

**REVISTA DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO  
MARANHÃO**

*JURIS ITINERA*

*Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro*  
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

*Eduardo Jorge Hiluy Nicolau*  
SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

*Regina Maria da Costa Leite*  
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

*Selene Coelho de Lacerda*  
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Joaquim Henrique de Carvalho Lobato*  
SUBCORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Lena Cláudia Ripardo Pauxis*  
DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Mariléa Campos dos Santos Costa*  
OUVIDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

## **CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

### **TITULARES (2011/2013)**

*Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro*  
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

*Selene Coelho de Lacerda*  
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Francisco das Chagas Barros de Sousa*  
CONSELHEIRO

*Raimundo Nonato de Carvalho Filho*  
CONSELHEIRO

*Regina Lúcia Almeida Rocha*  
CONSELHEIRA

*Suamy Vivekananda Meireles*  
CONSELHEIRO

*Rita de Cassia Maia Baptista Moreira*  
CONSELHEIRA

### **SUPLENTES**

*Eduardo Jorge Hiluy Nicolau*

*José Argôlo Ferrão Coêlho*

*Joaquim Henrique de Carvalho Lobato*

*Mariléa Campos dos Santos Costa*

*Themis Maria Pacheco de Carvalho*

### **COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA**

José Antonio Oliveira Bents

Regina Lúcia Almeida Rocha

Maria dos Remédios Figueiredo Serra

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

José Argôlo Ferrão Coêlho

Iracly Martins Figueiredo Aguiar

Ana Lúcia de Mello e Silva Moraes

Lúcia Maria da Silva Cavalcanti

Suamy Vivekananda Meireles

Krishnamurti Lopes Mendes França

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

Carlos Nina Everton Cutrim

Selene Coelho de Lacerda

José Henrique Marques Moreira

Domingas de Jesus Fróz Gomes

Francisco das Chagas Barros de Sousa

César Queiroz Ribeiro

Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

Regina Maria da Costa Leite

Flávia Tereza de Viveiros Vieira

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Teodoro Peres Neto

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro

Sâmara Ascar Sauaia

Themis Maria Pacheco de Carvalho

Maria Luíza Ribeiro Martins Cutrim

Mariléa Campos dos Santos Costa

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO  
MARANHÃO**

*JURIS ITINERA*

**R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 18, jan./dez. 2011**

## CONSELHO EDITORIAL

*José Antonio Oliveira Bents*  
PROCURADOR DE JUSTIÇA

*José Henrique Marques Moreira*  
PROCURADOR DE JUSTIÇA

*Lena Cláudia Ripardo Pauxis*  
PROMOTORA DE JUSTIÇA

*Luís Fernando Cabral Barreto Júnior*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

*Francisco de Aquino da Silva*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

*Antonio Augusto Nepomuceno Lopes*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

*Paulo Roberto Barbosa Ramos*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

*José Ribamar Sanches Prazeres*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

*Celso Antonio Fernandes Coutinho*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

*Carlos Augusto da Silva Oliveira*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

### Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - Coordenadora de Documentação e Biblioteca - PGJ  
Rômollo de Sá Malta - Chefe de Seção de Editoração e Publicação

### Colaboração

Conceição de Maria Lima Guedes - Analista Ministerial  
Rosicléa Pereira Rodrigues - Analista Ministerial  
Maria Édula Marçal Lima - Bibliotecária

### Revisão

Ilza Galvão Cutrim

### Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça  
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.  
São Luís-MA. CEP: 65.020-910.  
Fone: (0XX98) 3219-1600  
FAX: (0XX98) 3231-2890  
E-mail: [procuradoria@mp.ma.gov.br](mailto:procuradoria@mp.ma.gov.br)  
Home page: [www.mp.ma.gov.br](http://www.mp.ma.gov.br)

As ideias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:  
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,  
(jan./dez.1991- ) - São Luís: PGJ, 2011.  
n. 18

Anual  
1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do Maranhão.

CDU 340 (05)  
ISSN 1677-1060

## APRESENTAÇÃO

Com renovada alegria, temos a honra de promover o lançamento de mais uma Revista *Juris Itinera*, dedicada à divulgação de trabalhos jurídicos de autoria, sobretudo, de membros e servidores do Ministério Público do Estado do Maranhão – não obstante a gama de ilustres colaboradores que também dignificam esta edição –, todos voltados ao fomento do debate de temas sempre relevantes para toda a comunidade operadora do Direito.

Nesta oportunidade, exortamos à reflexão sobre a importância da produção doutrinária dos membros e servidores do Ministério Público e a sua colaboração para a sublimação de teses que possam servir de sustentáculo para os trabalhos de nossos órgãos de execução, em uma simbiose da qual não podemos abdicar.

A atividade acadêmica daqueles que fazem o Ministério Público brasileiro não é vista, por vezes, com o valor que merece, ensejando o risco de assistirmos a consagração de um pensamento jurídico contrário ao que necessita a instituição ministerial para promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em decorrência disso, até por imposição natural advinda do caráter dialético do Direito, devemos assumir nossa posição de protagonista no debate acadêmico, não nos sendo aconselhável ficar somente como expectadores da criação doutrinária na área jurídica.

Os trabalhos divulgados nesta 18ª edição da Revista *Juris Itinera* atendem, pois, a esse anseio de servir como supedâneo para o enfrentamento das atividades institucionais desenvolvidas cotidianamente, coadjuvando a vocação do Ministério Público como defensor da sociedade, na forma idealizada pelo legislador constituinte de 1988.

**MARIA DE FÁTIMA RODRIGUES TRAVASSOS CORDEIRO**  
Procuradora-Geral de Justiça



# SUMÁRIO

## DIREITO CONSTITUCIONAL

### **O DIREITO COMO DISCURSO ARTICULADO: O CONCEITO DE DIREITO DE JOÃO BATISTA ERICEIRA SUBMETIDO AO CRIVO DA TEORIA DAS QUATRO CAUSAS DE ARISTÓTELES**

*José das Chagas Leitão Júnior*..... 13

### **OBSERVAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE POLÍTICA DO DIREITO NO PENSAMENTO DE FERREIRA DE MELO**

*Isaac Sabbá Guimarães*..... 31

### **IMPACTOS DA CERTIFICAÇÃO DA SÉRIE ISO 14000 SOBRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL**

*Patrício Noé da Fonseca*..... 51

### **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA: ANÁLISE DE UM CASO PRÁTICO À LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES**

*Lindojon Gerônimo Bezerra dos Santos*..... 69

### **A QUEBRA DE SIGILO PELAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO**

*Jorge Fernando dos Santos Ribeiro* ..... 83

**MUNICÍPIOS E MEIO AMBIENTE: UMA PERCEPÇÃO  
CRÍTICA DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS  
AMBIENTAIS**

*Bruno Carvalho Pires Leal*..... 115

**A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010: O FIM DA  
SEPARAÇÃO DE DIREITO**

*Karen Beatriz Taveira Barros*..... 139

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
NAS RELAÇÕES PRIVADAS: BASES TEÓRICAS E  
POSSIBILIDADES À LUZ DA ORDEM JURÍDICA  
BRASILEIRA**

*Clóvis Marques Dias Júnior*

*Paula Regina Pereira dos Santos Marques Dias* ..... 149

**ELEMENTOS DA NOVA INTERPRETAÇÃO  
CONSTITUCIONAL**

*Tiago Vasconcelos Silva*..... 185

**DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

**O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 527 DO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

*Karen Karolyne Silva Rocha* ..... 227

**DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**CRÍTICAS PONTUAIS QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS  
JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA  
SOCIAL DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE**

*Justino da Silva Guimarães* ..... 241



## **APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE A LEI Nº 12.403/2011**

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho* ..... 275

## **A APLICABILIDADE IMEDIATA DA LEI Nº 12.403/2011**

*André Gonzalez Cruz* ..... 297

## **A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS QUALIFICADORAS NA DECISÃO DE PRONÚNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO**

*André Gonzalez Cruz* ..... 307

## **O COMPANHEIRO COMO REPRESENTANTE DO OFENDIDO NO DIREITO PENAL**

*Oswaldo Marcolino Alves Filho* ..... 317

## **CONFERÊNCIAS**

### **A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DA DIVERSIDADE**

*Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro* ..... 341

### **A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

*Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro* ..... 353



---

**DIREITO  
CONSTITUCIONAL**

---



**O DIREITO COMO DISCURSO ARTICULADO  
O CONCEITO DE DIREITO DE JOÃO BATISTA ERICEIRA\*  
SUBMETIDO AO CRIVO DA TEORIA DAS QUATRO  
CAUSAS DE ARISTÓTELES**

*José das Chagas Leitão Júnior\*\**

**Resumo:** Analisa-se, no presente trabalho, o conceito de Direito do Professor João Batista Ericeira à luz da teoria das quatro causas de Aristóteles: causas formal, material, eficiente e final. Propõe-se uma adaptação do referido conceito colocando-o sob o ponto de vista do Ministério Público.

**Palavras-chave:** Direito. Conceito. Causas. Aristóteles.

**Abstract:** This paper analyzes the concept of Law by Teacher João Batista Ericeira in light of the theory of Aristotle's four causes: formal causes, material, efficient and final. It is proposed an adaptation of that concept by putting it under the viewpoint of the Public Ministry.

**Keywords:** Law. Concept. Causes. Aristotle.

---

\* Advogado, professor universitário, diretor da EFG-MA, membro do Conselho Consultivo da Escola Nacional de Advocacia (ENA/OAB) (Disponível no Blog do Ericeira: <http://jbericeira.blogspot.com>. Acesso em: 12 jun. 2011). As referências ao pensamento de João Batista Ericeira baseiam-se em notas de aula tomadas pelo autor deste trabalho quando aluno do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, na cadeira Filosofia do Direito, primeiro semestre de 2002.

\*\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Pós-Graduado em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela ESMP/MA. Pós-Graduando em Direito Processual Civil (EAD) pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Pós-Graduando em Ciências Criminais pela ESMP/MA.

## 1 EXÓRDIO

Definir um objeto satisfatoriamente é tarefa cujo grau de complexidade em extensão e profundidade é obstáculo praticamente intransponível<sup>1</sup>.

Machado (2000, p. 13-15), logo nas primeiras páginas do seu excelente (e sumamente didático) *Uma Introdução ao Estudo do Direito*, argumenta que definir é tarefa praticamente impossível. Conceituar apresenta sérias dificuldades, E, tratando-se de objetos jurídicos, o máximo que se pode conseguir são noções ou ideias a respeito do assunto.

Conceituar *Direito*, portanto, é tarefa hercúlea.

Marques Neto (2001), em seu brilhante *Ciência do Direito: conceito, objeto, método*, fez a crítica da concepção de múltiplos jusfilósofos, apresentando, por derradeiro, seu próprio conceito da Ciência do Direito, apontando-lhe objeto e método. Afirma esse brilhante pensador, entre tantas outras pérolas, que “A *ciência do Direito*, como qualquer outra, decorre de um trabalho de construção da teoria, do método, do objeto etc. Por isso, suas proposições nunca são absolutas, mas aproximadas e retificáveis”. (MARQUES NETO, 2001, p. 239). Vale dizer, a ciência do Direito está em constante devir, em eterno processo de aperfeiçoamento, partindo o jurista de premissas menos perfeitas para outras mais perfeitas, em constante processo de indefinida aproximação do ser com sua essência, como quer Aristóteles.

O presente trabalho concentra-se no conceito de Direito de João Batista Ericeira, submetendo-o ao crivo da Doutrina das Quatro Causas de Aristóteles. Ao final, esboça-se uma tentativa de reescrever esse conceito do ponto de vista da missão constitucional do Ministério Público.

## 2 A TEORIA DAS QUATRO CAUSAS DE ARISTÓTELES

Aristóteles tinha a obsessão de classificar.

Nesse afã, desenvolveu a teoria das quatro causas.

---

<sup>1</sup> Sempre considerei a disciplina *Introdução ao Estudo do Direito* como a mais desafiadora do Curso de Direito, bem como a pergunta mais difícil com que já me deparei é: o que é o Direito? ; aliada a essa outra: Direito é ciência ou é técnica?

A vôo de pássaro, recorde-se que essa doutrina aparece com mais intensidade na Física e, depois, na Metafísica do estagirita. Quatro são as causas capazes de explicar o surgimento e desenvolvimento dos fenômenos: material, formal, eficiente e final.

No famoso exemplo da estátua, causa material é a matéria da qual ela é feita (bronze, mármore); causa formal é a figura que ela representa (Apolo, Diana); causa eficiente é o escultor (Fídias, Policleto); causa final é o objetivo visado pelo escultor (beleza, glória, ganho etc.) (JAPIASSÚ; MARCONDES, 1996, p. 40).

Mas o assunto é mais complexo e deveras apaixonante, merecendo investigação um pouco mais aprofundada.

Bittar (2003)<sup>2</sup> noticia que Aristóteles inicia sua investigação pela controvertida semântica do termo “causa” (*aitía*), entendido em quatro sentidos: a) como essência; b) como matéria, o sujeito; c) como aquilo de onde provém o movimento; d) como aquilo para onde se direciona o movimento, ou seja, o bem.

Aristóteles dialoga com os primeiros filósofos, que fizeram do estudo das causas um estudo particular das causas materiais.

Tales, de Mileto, identificou a causa material com o elemento *água*, sobre a qual flutuaria a Terra, sendo a origem (*arquê*) de todas as coisas.

Anaxímenes e Diógenes elegeram o elemento *ar* como o princípio de todas as coisas. Esse *aer*, para Anaxímenes, seria, inclusive, algo divino, eterno.

Heráclito aponta o *fogo* como origem de todas as coisas. Esse é o elemento que forma o mundo, as almas e os corpos celestes. Assim também pensa Hipaso.

Empédocles acrescenta à água, ar e fogo, o elemento *terra*, e este seria o quarteto gerador do universo.

Platão procurou conciliar o pensamento de Heráclito e Crátilo, segundo o qual todas as coisas materiais estão sujeitas a um *devir* constante, que todo o existente é contingente, fugaz e efêmero, com a dimensão essencial das coisas, que deve possuir o atributo da permanência, imanente à definição e à ética. Assim, concluiu que, *se tudo*

---

<sup>2</sup> Especialmente o Capítulo 6 – As causas na perspectiva da história da filosofia.

*é efêmero e se a definição é caracterizada pela eternidade, então os atributos essenciais de todas as coisas devem residir em outro plano que não o da manifestação empírica das coisas. O que é não é como matéria, mas como idéia. As causas para Platão são, assim, em consequência, da assunção de todas estas categorias e pressupostos de pensamento; o Uno (Grande/Pequeno) é causa das Formas, e estas a verdadeira essência do que é material; as causas são, pois, apenas duas, a formal e a material (BITTAR, 2003, p. 875).*

A evolução desses conceitos levou Aristóteles a promover uma expansão semântica, até chegar, gradativamente, à essência quadripartida de causa. Previamente a Aristóteles, não se chegou a explicar a causação do movimento da matéria, assim como a finalidade desse movimento, e para onde se dirigiria essa movimentação. Ao defenderem os conceitos de água, ar, terra e fogo como causa material do todo, não conseguiram, porém, fazer destes elementos também a causa eficiente ou a causa final do movimento.

Aristóteles vai identificar com mais precisão o *télos* de todo movimento natural: *a ordem e a inteligência como princípios diretivos de todo o existente; tendente ao belo e ao bom, este é conduzido por uma razão que a tudo preside, qual ocorre analogamente com os animais (BITTAR, 2003, p. 874).*

Dessa forma, Aristóteles considera várias facetas semânticas do termo causa.

Assim, elas podem ser: 1) próprias e acidentais; 2) potenciais e atuais; 3) material (*hyle*), eficiente (*kinoun*), formal (*eidos*), final (*télos*); 4) anteriores e posteriores. Conceitos desenvolvidos na *Física*, conforme citações de Bittar (2003, p. 384).

Aos propósitos deste trabalho interessam especialmente as célebres quatro causas (material, formal, eficiente e final) e também, como se verá, o binômio potencialidade-atualidade.

Nesse mister, a lição de Chauí (2002) é insuperável.

Uma primeira observação é sumamente esclarecedora: a forma é imutável.

Todas as coisas materiais encontram-se em constante movimento de transformação: o *devenir*. Mas a forma deve permanecer imutável, sob pena do ser desaparecer.

Nas palavras de Chauí (2002, p. 395):



A forma, diz Aristóteles, é imutável. Pois os quatro elementos, os gêneros e as espécies, e a essência de um indivíduo determinado não podem alterar-se sem desaparecer. Ora, sabemos, por experiência, que as coisas mudam e que os seres mudam de forma, isto é, se transformam. A semente é uma forma que se transforma em árvore; o ovo é uma forma que se transforma em pássaro; a madeira é uma forma que se transforma em mesa, em cadeira, porta; o feto é uma forma que se transforma em criança; etc. Por que há mudança ou devir? Responde Aristóteles: porque é da natureza da matéria alterar-se, mudando de forma. Assim, o princípio da mudança, (do devir ou do movimento, *kinesis*) é a matéria. Por isso os seres compostos de matéria e forma mudam ou estão submetidos ao devir. Propriamente falando, devemos distinguir dois tipos de mudança: a mudança radical ou transformação, quando uma matéria perde uma forma e recebe outra diferente da primeira; e a mudança como desenvolvimento ou desdobramento de uma forma contida numa matéria. Mas para que os seres se transformam ou se desenvolvem? Em vista do que eles mudam? E não só isso. A experiência mostra, em primeiro lugar, que uma matéria não recebe qualquer forma – não é possível dar a forma da mesa à água ou ao fogo –, mas recebe uma forma que lhe é adequada; e, em segundo, que os seres não mudam ao acaso, arbitrariamente, e sim de uma maneira regular, constante – a semente de uma oliveira não se transforma num pássaro ou num peixe, nem mesmo se desenvolve como uma outra espécie de árvore (não se torna uma macieira, por exemplo).

A causa eficiente é o instrumento para a mudança. Mas tal mudança alia-se intimamente à finalidade buscada pelo ser. As coisas mudam aproximando-se de suas essências, anelando à estabilidade, à perfeição estampada na imobilidade da forma ideal.

Todo ser, diz Aristóteles, move-se ou muda porque aspira ou deseja a perfeição, isto é, realizar plenamente sua essência. Todo ser aspira à identidade total consigo mesmo. Assim, a primeira condição para que a causa eficiente opere é dada pela causa final, ou seja, é porque a finalidade dos seres é realizar plenamente sua essência, aspirando pela identidade e pela imobilidade, que eles não cessam de mudar, pois, de mudança em mudança, cada ser se aproxima indefinidamente de sua finalidade ou forma perfeita (CHAUI, 2002, p. 396).

Por derradeiro, a ação conjunta das quatro causas perpassa o binômio potência-atualidade. A causa eficiente trabalha sobre uma matéria em estado menos perfeito para levá-la a um estado maior de perfeição, vale dizer, mais próximo de sua finalidade essencial; age sobre uma potência, atualizando-a.

Para compreendermos como Aristóteles explica a ação conjunta das quatro causas, precisamos, agora, examinar dois conceitos fundamentais da metafísica (e da física) aristotélica: o conceito de ato (*enérgeia*) e o de potência (*dýnamis*). A forma de um ser é ato ou atualidade; é a *enérgeia*, a essência da coisa tal como ela é aqui e agora. A matéria de um ser é potência ou potencialidade, a *dýnamis*, a aptidão ou capacidade da coisa para o que ela pode vir a ser no tempo. Quando uma matéria recebe uma forma, não a recebe inteiramente pronta, acabada, atualizada, mas a recebe como uma possibilidade, como uma potencialidade que deve ser atualizada. [...] A unidade da causa formal e da causa material é realizada pela causa eficiente, à qual cabe atualizar a forma potencialmente contida na matéria, de tal modo que um ser não muda de forma, mas passa da forma em estado menos perfeito ou acabado para a forma em estado mais perfeito ou acabado. A matéria, como suporte, é passiva; recebe a forma atual

e a potencial e é “puxada” pela causa final para atualizar a potencialidade, graças às operações da causa eficiente (CHAUI, 2002, p. 397).

### 3 O CONCEITO DE DIREITO DE ERICEIRA

João Batista Ericeira assim conceitua Direito: “Direito é um discurso articulado, manifestado em normas, fatos e valores, propondo-se a prevenir ou solucionar o conflito social, visando a realização da Justiça”<sup>3</sup>.

Para iniciar nossa investigação, algumas observações, *en passant*.

Ericeira, em seu *Programa de Filosofia do Direito – Desenvolvimento Tópico*, elaborado como guia para a cadeira de Filosofia do Direito do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, ministrada no primeiro semestre de 2002, no item 1.4 – *Conceito de Direito*, citou três conceitos: o seu próprio (no item “c”), o de Ulpiano<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Ante minha solicitação de atualização do conceito e autorização para utilizá-lo no presente trabalho, o Prof. João Batista Ericeira teve a bondade de me responder por correio eletrônico em 13 de junho de 2011, 23h24min, nos seguintes termos:

“*Agradecendo por sua gentileza em atenção a sua solicitação, transcrevo abaixo o conceito de Direito referido:*

*‘O Direito é um discurso articulado, manifestado em normas, fatos e valores, propondo-se a prevenir ou solucionar o conflito social, visando a realização da Justiça’. Sinta-se autorizado a utilizá-lo em seu trabalho. Grato pela leitura do nosso blog. Recomendo-lhe ver texto recente comentando o centenário de San Thiago Dantas. Com a amizade do João Batista Ericeira’.*

<sup>4</sup> Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

**Eneo Domitius Ulpianus** (Tiro, 150 – Roma, 228) foi um jurista romano. Sua obra influenciou fundamentalmente a evolução do direito romano e bizantino. Tem como expoente jurídico o princípio contido no ditame: “Tais são os preceitos do direito: viver honestamente (honeste vivere), não ofender ninguém (neminem laedere), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*)”. Ainda foi reconhecido como importante político e estudioso, sendo considerado um dos maiores economistas de seu tempo. Foi Ulpiano quem deu os primeiros passos para o desenvolvimento do seguro de vida. Interessou-se pelo estudo de documentos sobre nascimentos e mortes dos romanos, publicando a Tabela de Ulpiano, provavelmente no ano 200 d.c, o que lhe valeu o título de Primeiro atuariário da História. Ulpiano foi prefeito pretoriano sob o império de Alexandre Severo, sendo morto pela guarda pretoriana. (Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ulpiano>>. Acesso em: 12 jun. 2011).

(item “a”) e o de Kant<sup>5</sup> (item “b”). Parece querer ilustrar uma evolução do conceito, partindo dos primórdios de uma ciência do Direito, oriunda da Roma Antiga; passando pelo período de intenso debate filosófico da época do Demolidor de Königsberg; até chegar ao nosso espaço-tempo sócio-jurídico.

O conceito de Ulpiano é citado dessa forma: “*Jurisprudentia est divinarum, atque humanarum rerum notitia, justi et in justi scientia.*” Ou seja, Ciência do Direito é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do Justo e do Injusto. Afirma Ericeira que Ulpiano dividiu o Direito em três ramos: Natural, das Gentes e Civil. Acrescenta que no conceito se vislumbra a visão sistêmica da filosofia estoica, de precedência do primeiro ramo sobre os últimos. O *estoicismo* é uma doutrina predominantemente moral, fundada por Zenão (336-274 a.C.); para essa escola a felicidade consiste na prática da virtude, afastando qualquer transigência quanto à satisfação das paixões.

Já o de Kant está assim expresso: “conjunto de condições segundo as quais o arbítrio de cada ser humano pode coexistir com o arbítrio dos demais, de acordo com a lei universal da liberdade.” Comenta

---

<sup>5</sup> Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

**Immanuel Kant** ou **Emanuel Kant** (Königsberg, 22 de abril de 1724 — Königsberg, 12 de fevereiro de 1804) foi um filósofo prussiano, geralmente considerado como o último grande filósofo dos princípios da era moderna, indiscutivelmente um dos pensadores mais influentes. Depois de um longo período como professor secundário de geografia, começou em 1755 a carreira universitária ensinando Ciências Naturais. Em 1770 foi nomeado professor catedrático da Universidade de Königsberg, cidade da qual nunca saiu, levando uma vida monotonamente pontual e só dedicada aos estudos filosóficos. Realizou numerosos trabalhos sobre ciência, física, matemática, etc. Kant operou, na epistemologia, uma síntese entre o Racionalismo continental (de René Descartes e Gottfried Leibniz, onde impera a forma de raciocínio dedutivo), e a tradição empírica inglesa (de David Hume, John Locke, ou George Berkeley, que valoriza a indução). Kant é famoso sobretudo pela elaboração do denominado idealismo transcendental: todos nós trazemos formas e conceitos a priori (aqueles que não vêm da experiência) para a experiência concreta do mundo, os quais seriam de outra forma impossíveis de determinar. A filosofia da natureza e da natureza humana de Kant é historicamente uma das mais determinantes fontes do relativismo conceptual que dominou a vida intelectual do século XX. No entanto, é muito provável que Kant rejeitasse o relativismo nas formas contemporâneas, como por exemplo o Pós-modernismo. Kant é também conhecido pela filosofia moral e pela proposta, a primeira moderna, de uma teoria da formação do sistema solar, conhecida como a hipótese Kant-Laplace. (Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Immanuel\\_Kant](http://pt.wikipedia.org/wiki/Immanuel_Kant)>. Acesso em: 12 jun. 2011).

Ericeira que, segundo Kant, a lei de liberdade está inscrita na consciência do ser humano; o Direito é a forma garantidora da vontade, da liberdade humana; o núcleo do conceito kantiano é a liberdade moral; o Direito fundamenta-se na moral.

Amiel (1992, p. 98-101) ensina que é na *Crítica da Razão Prática* (1788) que Kant escreve: “Duas coisas enchem-me o coração de uma admiração e de uma veneração sempre novas e sempre crescentes [...] o céu estrelado sobre mim e a lei moral em mim”. Dessa forma, o homem estaria dividido entre duas realidades: o mundo natural e o mundo moral, o mundo do determinismo e o mundo da liberdade. Para Kant, há um uso prático da razão que vai além do uso teórico, que eleva o homem a um nível superior ao de um mero fenômeno submetido a um ciclo mecânico de causas e efeitos, que concede ao homem o *status* de ser livre, vale dizer, determinar por si mesmo suas ações. Essa liberdade não pode ser ilimitada, sob pena de inviabilizar a convivência em sociedade e o limitador da liberdade humana, para que esta possa ser exercida por todos sem que umas colidam contra as outras em inconcebível pandemônio, é justamente o Direito.

No conceito de Ericeira, é possível enxergar-se quatro elementos explícitos:

- 1 – O DISCURSO ARTICULADO (ser)
- 2 – FATOS, NORMAS E VALORES (manifestação)
- 3 – CONFLITO SOCIAL (prevenção ou solução)
- 4 – JUSTIÇA (realização)

Observe-se, primeiramente o segundo item acima (**fatos, normas e valores**). São fatores em permanente e intenso processo de mudança e evolução em um determinado espaço-tempo sócio-jurídico. Veja-se, à guisa de exemplo recente, o alvoroço social provocado pela evolução e reavaliação da valoração das relações homoafetivas, catalisado por decisão do Supremo Tribunal Federal simpática aos homossexuais<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> *Notícias STF* - Quinta-feira, 05 de maio de 2011

**Supremo reconhece união homoafetiva**

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram

Aqui é nítido o contato com a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale<sup>7</sup>.

Ora, o que está em devir é a substância do ser. Por via de consequência, conclui-se que fatos, normas e valores como manifestação do Direito, em consonância com a doutrina aristotélica das quatro causas, constituem a **causa material** do fenômeno jurídico.

---

ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. O julgamento começou na tarde de ontem (4), quando o relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Na sessão de quarta-feira, antes do relator, falaram os autores das duas ações – o procurador-geral da República e o governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio de seu representante –, o advogado-geral da União e advogados de diversas entidades, admitidas como amici curiae (amigos da Corte).

#### **Ações**

A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp>>. Acesso em: 17 jun. 2011).

<sup>7</sup> Reale (2002, p. 511), em sua monumental *Filosofia do Direito*, explica, em síntese insuperável: “A análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos sucintamente lembrados, demonstra que a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento *normativo*, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada *situação de fato*, referida a *valores* determinados.”

**Discurso articulado**, selecionando no Dicionário Eletrônico Houaiss as acepções mais adequadas à nossa investigação, é raciocínio que se realiza pela sequência que vai de uma formulação conceitual à outra, segundo um encadeamento lógico e ordenado, expresso com clareza e elegância. **Isso não muda no Direito**. É a matriz, o molde, a forma, o arquétipo que se vai preencher com fatos, normas e valores para produzir Direito, quer teórico (em sede de doutrina ou nas salas de aula das faculdades de Direito), quer no momento de sua aplicação prática, como técnica. O imutável, para Aristóteles, é a **causa formal**.

Uma rápida vista d'olhos a duas obras importantes para a moderna Filosofia do Direito é suficiente para demonstrar o papel central da discussão sobre o discurso na fundamentação jurídica na pós-modernidade. Os próprios títulos dos textos são eloquentes: Com Habermas, *Contra Habermas – Direito, Discurso e Democracia* (APEL; OLIVEIRA; MOREIRA, 2004); *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica* (ALEXY, 2005).

Na primeira obra de Apel, Oliveira e Moreira (2004, p. 169-170), lê-se:

Habermas afirma não só o caráter co-originário do direito e da moral, mas também a igualdade do princípio do direito e do princípio da democracia em uma tradição de pensamento vinculada a Rousseau e Kant, e fundamenta sua tese no pressuposto recíproco da autonomia individual das pessoas e da autonomia política dos cidadãos, que são constitutivos do discurso legislativo da democracia deliberativa, ou seja, por intermédio do postulado da identificação entre o autor do direito e seu destinatário, que subjaz à idéia de soberania popular, ou seja, nesta perspectiva, a ordem jurídica é consequência dos processos discursivos da vontade política dos cidadãos. Nesta perspectiva, ele identifica imediatamente, segundo Apel, a fundamentação normativa do direito com a do Estado democrático de direito por meio dos seres humanos que, como cidadãos, fundam o Estado

de Direito. A intenção é solucionar a questão da fundamentação normativa da validade do direito, não semântica-abstrativamente, mas a partir do ponto de vista pragmático dos discursos intersubjetivos dos afetados, o que se concretiza na tese de que só podem propriamente pretender validade as normas jurídicas capazes de ter a aceitação de todos os parceiros dos processos discursivos de normatização.

Assim, vê-se que o problema da própria validade das normas jurídicas, resolve-se discursivamente, para Habermas.

Com Alexy (2005, p. 16), na Introdução à Edição Brasileira, feita por Cláudia Toledo, aprende-se:

Surge assim o trabalho pioneiro de Robert Alexy na elaboração de uma teoria da argumentação jurídica. Este autor é reconhecido como um dos mais destacados jusfilósofos da atualidade na Alemanha e considerado um dos grandes conhecedores da Filosofia do século XX, isto é, da Filosofia da Linguagem. Professor titular de Direito Público e de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, é eminente pesquisador, dentre outros, dos temas teoria da argumentação e da argumentação jurídica, teoria dos direitos fundamentais, teoria do discurso.

Portanto, não carece de lógica apontar o discurso articulado como a essência do Direito.

Ericeira explica que no discurso articulado estão incluídas a lei, a doutrina e a jurisprudência. Além disso, está presente também em toda peça jurídica.

Conceitos-chave do Direito no Estado Democrático como contraditório e ampla defesa devem encontrar expressão discursiva no processo, seja civil seja penal. A solução (e a prevenção) de conflitos é, assim, construída por meio da linguagem empregada pelos atores do processo. A linguagem jurídica mostra-se declarativa do fato, interpretativa da norma e, principalmente, argumentativa, ao atribuir valor a



uma situação jurídica. Esses atores trocam constantemente de papel, ora atuando como sujeito que fala, ora como interlocutor a quem se fala, buscando uma síntese dos debates que venha pacificar a escaramuça. Nesse debater está a alma imortal do Direito.

Afasta, pois, Ericeira, o atrelamento do Direito à Moral, idealista, característico tanto no pensar de Ulpiano quanto no de Kant, e propõe uma visão pós-moderna, construtivista, lastreada na Filosofia da Linguagem, sobre a qual não é exagero afirmar que é “a” filosofia do século XX, tema de expoentes do calibre de Wittgenstein, Piaget, Heidegger, Günther e Habermas, para ficarmos apenas em uma mancheia.

Uma palavra sobre ciência e técnica. Nesse passo, nos ajuda uma vez mais o binômio potência-atualidade. Podemos dizer que o Direito como ciência contém a potencialidade da ação em favor da prevenção ou solução de conflitos, em busca de Justiça; ação que se materializa no momento de aplicação do Direito, como técnica.

A **finalidade** do Direito encontra-se bipartida no conceito de Ericeira. Uma finalidade imediata, que é a prevenção ou solução do conflito social; e uma mediata, que é a busca da Justiça.

A **causa eficiente** do Direito encontra-se implícita no conceito. Com efeito, se há discurso, necessariamente há o emissor desse discurso. Esse emissor é o agente que vai preencher o molde jurídico com sua substância para produzir Direito.

Deve-se ter claro que o agente de que falamos não é unívoco, mas multifacetado.

Juízes, promotores de justiça, advogados, são agentes. Mas não é necessária a graduação em Direito para ser agente. Qualquer do povo pode (e deve), por exemplo, abrir a Constituição para aprender-lhe o conteúdo e atribuir-lhe significados, vale dizer, interpretá-la. Daí por que um termo adequado para o agente parece ser *intérprete*. Ampliando a semântica desse termo, compreendendo que esse intérprete é o emissor do discurso articulado, é razoável denominar o agente, com maior propriedade, de *intérprete emissor*. O legislador, também, é claro, merece ser aqui destacado.

Ainda no item *finalidade*, questão tormentosa é conceituar Justiça.

Ora, no momento da atualização do Direito, não há como separar o discurso articulado do seu emissor.

Quatro são os motores da ação humana: a Riqueza, o Poder, a Fama e o Sexo. Raras vezes na vida de uma pessoa, e certamente sob a pressão de condições absolutamente peculiares, consegue-se superar a condição humana e agir no estrito cumprimento do Dever, abstraídos os interesses pessoais<sup>8</sup>.

Seria ingenuidade supor que advogados, promotores de justiça e juizes trabalham irmanados em busca do bem estar da maioria e da justiça social. Cada um se empenha em cumprir seu ofício, sem esquecer a conquista dos seus honorários, o abundante preenchimento dos seus relatórios de produtividade, suas promoções e a obtenção de cargos honoríficos.

É evidente que, para o advogado, Justiça é a prevalência dos interesses do seu cliente; o promotor de justiça busca assegurar a hegemonia do ordenamento jurídico; o juiz promove a síntese, para prevenir conflitos ou solucionar a lide.

O próprio Ericeira leciona que a aplicação prática do Direito não tem nenhum compromisso com a verdade científica. A residência da Ciência do Direito é na escola, na Universidade.

Assim, não é desarrazoado reescrever o conceito de Ericeira, *data venia*, de forma a estabelecer uma sintonia fina com a Doutrina das Quatro Causas, da seguinte forma: “Direito é essencialmente discurso articulado, consubstanciado em fatos, normas e valores, teleologicamente direcionado à promoção da Justiça, segundo o ponto de vista do intérprete emissor desse discurso”.

Diligencia-se, *in terminis*, ainda uma vez, para reescrever o conceito, do ponto de vista do Ministério Público.

O dever constitucional do promotor de justiça é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Estado Democrático carece de um Ministério Público independente e altivo. O Estado Opressor subjuga o Ministério Público.

O Professor Maia Neto (2007, p. 40) mostra que a atual delimitação do Ministério Público provém da Revolução Francesa:

---

<sup>8</sup> Fatos notórios independem de demonstração.

Com o advento da Revolução Francesa em 1789 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nasce o Ministério Público e delinea-se a divisão dos Poderes do Estado, no momento em que os reis deixam de realizar Justiça pessoalmente – delegação de função aos magistrados –; surge então a necessidade de um órgão fiscalizador da atuação dos juízes, o Ministério Público.

O paranaense caracteriza com propriedade o papel do Ministério Público no regime democrático:

O regime democrático exige dos agentes do Poder Público atuação em defesa dos interesses gerais e indisponíveis dos cidadãos. A realização efetiva da Justiça é alvo da instituição do Ministério Público. O Promotor de Justiça, como seu representante, é um verdadeiro *justite-ombudsman*, delegado permanente da coletividade, advogado por excelência da sociedade, que vela pela correta aplicação da lei, e funciona como instância de tutela individual e coletiva da cidadania.

Para uma boa atuação da atividade jurisdicional-penal é conveniente que a antiga e retrógrada idéia segundo a qual o Promotor de Justiça é um acusador, e somente interessado em conduzir pessoas ao cárcere, como se fosse um verdugo público, seja urgentemente olvidada.

Ao “Estado-acusação” não lhe interessa condenar por condenar, denunciar por denunciar; seu órgão deve atuar com racionalidade dentro da legalidade, para realizar e alcançar a efetiva justiça criminal através da promoção ministerial em prol das garantias fundamentais dos indivíduos. O Ministério Público é um “ministério social”, ao reconhecer o bem comum estabelecido democraticamente, sem afetar os direitos individuais indisponíveis. Quando emanado da representação popular do Poder estatal de exercitar o *ius perseguendi* e o *ius puniendi*, assume, desta forma, a responsabili-

dade de defender a paz social, tutelar e assegurar a prática jurídico-penal humanitária.

Vale destacar que não estamos falando de um Estado de Direito, pura e simplesmente, ou de um Estado Democrático de Direito formal, mas daquele regime de governo que reflete na pura consciência popular ante a verdadeira promoção dos Direitos Humanos em nome da cidadania.

Por conseguinte, ao Ministério Público incumbe a tarefa de fiscalizar a correta aplicação da norma, preferencialmente aquela patrocinada sob os princípios democráticos e humanitários, no âmbito do regime de liberdades e garantias judiciais (MAIA NETO, 2007, p. 36-37).

Portanto, do ponto de vista do Ministério Público, é lícito reescrever o conceito de Ericeira, assim: “Direito é um discurso articulado, manifestado em normas, fatos e valores, visando à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

#### **4 EPÍLOGO**

Posto isso, forçoso é reconhecer que o conceito de Ericeira é primoroso em sua completude, sendo aprovado com louvor na arguição apoiada na doutrina aristotélica das quatro causas.

Aplauda-se sobremaneira o modo como a Filosofia da Linguagem permeia o conceito, posicionando-o na linha de vanguarda do pensamento atual.

Causa perplexidade, portanto, a forma como as teorias do discurso são negligenciadas em nossos cursos de Direito.

A prioridade, em sala de aula, ainda é para uma leitura predominantemente normativa, mnemônica, do Direito, privilegiando o estudo dos Códigos em detrimento do treinamento das habilidades argumentativas e, mesmo, interpretativas.

É imprescindível que o aplicador do Direito supra tais deficiências de formação para obter sucesso tanto no exercício profissional quanto, não menos importante, na satisfação pessoal de exercer atividade criativa.

No caso, então, do promotor de justiça, graças à missão constitucional da qual se acha investido, a aflição pela arqueologia de argumentos em defesa do Estado Democrático de Direito deve entranhar-se nas profundezas do seu ser profissional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

AMIEL, Anne. **50 grandes citações filosóficas explicadas**: os autores e as correntes de pensamento. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.

APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo; MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B., **Curso de filosofia aristotélica**: leitura e interpretação do pensamento aristotélico. Barueri, SP: Manole, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Aristóteles. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Promotor de justiça e direitos humanos**: acusação com racionalidade e legalidade por um ministério público democrático. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

# OBSERVAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE POLÍTICA DO DIREITO NO PENSAMENTO DE FERREIRA DE MELO

*Isaac Sabbá Guimarães\**

*Não podemos pensar os predicados de justo ou injusto, de Direito ou antijurídico, de lícito ou ilícito, mas podemos aplicá-los a uma atividade.  
Del Vecchio. Filosofia do direito*

**Resumo:** Este artigo tratará de aspectos epistemológicos de política do direito, tendo como eixo central sua localização no *universum* jurídico, bem como seu relacionamento com a ciência do direito. Para aí chegar-se, serão desenvolvidas as definições dessas duas categorias fundamentais, tendo como marco teórico os estudos de política do direito do professor Osvaldo Ferreira de Melo.

**Palavras-chave:** Teoria do conhecimento. Filosofia da ciência. Epistemologia da política do direito. Ciência do direito.

**Abstract:** This paper addresses the epistemological aspects of the politic of law, taking as its central location in the *Universum* legal as well as its relationship with the science of law. To get there, will be developed definitions of these two fundamental categories, with the theoretical studies of the political right of Teacher Osvaldo Ferreira de Melo.

**Keywords:** Theory of knowledge. Philosophy of science. Epistemology of the politic of law. Science of law.

## 1 INTRODUÇÃO

É verdade indesmentível que ressumbra para quem passa pelos portais dos *studia humanitatis*, seja para adentrar os compartimentos

---

\* Doutorando em Ciências Jurídicas na UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra e Promotor de Justiça no Estado de Santa Catarina.

da filosofia política, seja para desvendar os labirintos da história das civilizações, ou, ainda, para localizar fenômenos sociais, que política e direito – ou, ao menos, a ideia de juridicidade – caminham lado a lado, como se estivessem indissociavelmente ligados. Disso não descurou o pensamento dos antigos, quando Platão, ao escrever sobre o governo ideal em sua *República*, estabelece não apenas a organização da cidade-estado e sua estrutura de poder político, mas define os quadrantes dentro dos quais se desenvolve a Justiça, estando implícita, iniludivelmente, a ideia de sua concreção, que é o que hoje entendemos por direito; nem Aristóteles, ao conceber em sua *Política*, uma constituição para a *pólis*, onde também permeia a ideia de justiça, segundo as regras da prudência e da virtude, categorias vincadas na própria *práxis* do poder político; ou, ainda, Cícero, um politólogo aristotélico, que em obras como *Sobre os deveres* e *Da república*, assinala o cariz ético-prático da política, num amálgama em que se vê a concepção romana de direito. Não é despicienda a contribuição da Idade Média, sendo dela representativa as obras de Agostinho e de Tomás de Aquino, o primeiro, em sua *Cidade de Deus*, entendendo o caráter orgânico da sociedade, cujo eixo axial é a tendência para o governo autocrático, em posse do qual fica a realização da justiça, e o segundo, embora retornando às premissas aristotélicas, não se escusando de opinar, na *Suma teológica*, sobre as vantagens do governo alicerçado nas leis, cuja finalidade é o *bonum commune*. O que, aliás, vai paulatinamente ganhando maior envergadura durante a Renascença, quando um Giambattista Vico propõe os *Princípios de uma ciência nova*, obra na qual vai se desenvolvendo seu pensamento político e sobre o direito natural; que poderá ser o prelúdio do que ocorreria durante o século das luzes. Daí não se poder recusar, partindo da constatação dessa indissociabilidade, a proposta de uma Política do Direito, que tenderá à determinação prática, o próprio *faciendum* do direito, enquanto ele se compreende como fenômeno em constante reelaboração e redefinição.

Mesmo que o tema não seja novo, seu estudo terá um início de sistematização tardio. No seu trabalho de maior fôlego, Ferreira de Melo encontra em Radbruch uma primeira noção sobre a autonomia da matéria, quando o professor da Universidade de Heildeberg refere que a “determinação dos motivos que podem conduzir à escolha dos



meios para alcançarmos um determinado fim jurídico” não pertence à órbita da filosofia do direito, mas à Política do Direito<sup>1</sup>; com isso deixando implícita a ideia de que seu propósito é antes prático-jurídico do que de asserções – ou melhor, meditações – metafísicas; e que, havendo destinações distintas, esse estudo autonomiza-se em relação àquele. Mas o professor catarinense vai mais fundo em suas investigações, passando a relacionar a Política do Direito – ou Política Jurídica, como em alguns momentos também se refere –, com as teorias juspositivistas, com as teorias do direito natural, não lhe escapando o exame do empirismo e do culturalismo, achegas do *universum* jurídico que, por um lado, refogem ao hermetismo do positivismo jurídico kelseniano e, por outro lado, indicam o cariz aberto do direito. Contudo, Ferreira de Melo é cauteloso nas aproximações epistemológicas que faz em relação à matéria, nem lhe afirmando uma raiz científica, nem negando seu relacionamento com as ciências sociais, desta forma abrindo-lhe um caminho para a cientificidade; parecendo, por isso, acertado inferir que seu pensamento, envolvido pela onda pós-cartesiana – tão bem descrita por Santos (2002), que irá encontrar um referencial no trabalho do estruturalismo, como o de Foucault e Derrida, mas, também, já na área das ciências sociais, de um Gilberto Freyre, quem não abre mão de um estilo sedutor e livre do hermetismo linguístico, mas que percorre os métodos de sua área científica –, não desconsidera a possibilidade de novos diálogos, como os que ocorrem entre o conhecimento comum, a *doxa*, e o conhecimento científico, a *episteme*, ou entre os resultados obtidos pelas observações empíricas e as reflexões filosóficas; de forma que em momento algum afirma, ou categoriza, a Política do Direito como ciência, nos moldes do que se preconizou como método do empirismo.

Diante desse novo quadro da epistemologia, como se deve tratar o estudo da Política do Direito, pressupondo sua autonomização em relação à filosofia do direito e à ciência do direito? Será cabível atribuir-lhe o estatuto de ciência, apesar de o método de construção de

---

<sup>1</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994. p. 106. Vide, ainda, RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácio: L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 52.

conhecimento prescindir do empirismo e do caráter de testabilidade? Estes são, basicamente, os problemas que rondam nossa área de indagações no presente artigo; que serão destrinchadas partindo-se dos conceitos de conhecimento e de ciência e, na medida do possível, fazendo as distinções entre as duas categorias; para, num segundo momento, adentrarmos as concepções acerca de Política do Direito ou, segundo já se pode adiantar com base nos estudos de Ferreira de Melo, sobre as modalidades de Política do Direito possíveis em cada experiência jurídica.

## 2 APROXIMAÇÕES AO CONCEITO DE CIÊNCIA

Há motivos justificáveis para seguirem-se os passos de Parmênides quanto à formação do conhecimento pelo senso comum indutivo (POPPER, 1999, cap. 1), segundo o qual tudo o que é concebido pela inteligência nos chega pelos sentidos; mas, também, pelas expectativas internalizadas e pelo que acreditamos como situações de regularidade. As experimentações e conhecimentos formados não obedecem a uma normação metodológica, mas resultam da natural aptidão do homem e da conjunção de expectativas e regra da regularidade. Em termos conceituais, esta crença não sofre qualquer abalo na alta Idade Média, nem mesmo durante a escolástica, a não ser pelo fato de estruturar-se numa rigorosa hierarquia com ascendência teocêntrica. Naquele período mais afastado, durante a patrística, especialmente em S. Agostinho, a compreensão fulcrava-se na inteligência, em última análise, dada por Deus<sup>2</sup>. É graças ao dom divino que se desenvolvem os sentidos, com os quais se retém conhecimento e fazem-se reflexões (AGOSTINHO, 1997, p. 45). Tomás de Aquino, por sua vez, arrancando de Aristóteles, preconiza formas de inteligência e de conhecimento, num desdobramento que visa determinar os limites da

---

<sup>2</sup> O bispo de Hipona refere, em suas *Confissões*, como aprendeu a falar, sem que houvesse um método preciso como o dos gramáticos, pela associação dos nomes às coisas nominadas (aquilo que modernamente Wittgenstein contestará em suas *Investigações filosóficas* ao deslocar o problema da filosofia para os jogos de linguagem), graças, iniludivelmente, “à inteligência que tu, Senhor, me deste”. (AGOSTINHO, 1997, p. 29).

potência humana; por um lado, afirmando que a inteligência não pode desvendar o infinito material, assim como o infinito formal, que é Deus; da divindade, tudo o que se logra conhecer é pelos efeitos sensíveis que lhe chegam aos sentidos; por outro lado, o aquinatense sustenta que ao homem resta o conhecimento dedutivo, portanto, partindo do universal para o singular (TOMÁS DE AQUINO, 2002, p. 544-548, *quaestio* 86, art. 1-2).

Se o conhecimento é, como se deduz das teorias clássicas e do medievo, a formação de concepções que geralmente percorrem o caminho indutivo, conduzidas pelas sensações e pelo intelecto, tendencialmente determinando definições das coisas singulares, então teremos que concordar com a *Teoria do conhecimento*, de Hessen (1978, p. 29 et seq), de acordo com a qual, do ponto de vista fenomenológico, o conhecimento implica uma correlação entre sujeito e objeto. Mas o sujeito anela e busca o conhecimento fazendo representações do objeto, que Hessen denomina *imagens*. Elas surgem como elemento fundamental da formação do conhecimento. De maneira que se poderá dizer, esquematizando a teoria, que o conhecimento apresentará três elementos: o sujeito, a imagem e o objeto (HESSEN, 1978, p. 31); sendo que a imagem será concebida numa etapa independente das sensações, pelo pensamento, em todo caso, como expectativa de verdade. Mas atenção: para que haja uma premissa verdadeira e irreduzível sobre o objeto cognoscível, há de se verificar a concordância entre o conteúdo do pensamento e o objeto (HESSEN, 1978, p. 30). É nesta operação de verificação de concordância que surge a zona problemática da teoria do conhecimento: a que se refere à qualidade desse conhecimento. Tentemos entender: se o intelecto faz representações do objeto cognoscível, então é possível cairmos numa intrincada aporia: ou o sujeito determina o objeto, e ele não passará de uma criação *ex nihilo* do homem, e como tal, só refutável por uma superveniente representação; ou o objeto determina o sujeito, e o homem não estará diante da verdade, mas apenas condicionado pelo ser sensível intrínseco ao objeto. Assim, com relação aos estudos de que hoje dispomos acerca da vida, diz-se que ela só é possível no meio em que houver hidrogênio, e estaremos, por esta premissa, dando uma representação à vida (objeto determinado pelo intelecto do homem); por outro lado, seremos tentados a afirmar, como

numa operação silogística, que se em Marte não há hidrogênio, então a hipótese para existência de seres vivos naquele planeta será impossível (o objeto está a limitar o pensamento do sujeito, que só concebe a vida onde haja hidrogênio). Num e noutro caso, entendemos, estaremos diante dos riscos do dogmatismo, que gera hermetismo e imobilismo para o objeto cognoscível. Mas não só. Um tal esquema de condicionamento, representável numa circularidade entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, impede, por outro lado, a determinação da verdade, cuja ideia ultrapassa a simples concordância entre o conteúdo do pensamento e o objeto, uma vez serem possíveis falsas representações do objeto. Por outras palavras, diante da aporia há pouco apresentada, já não parece ser suficiente o raciocínio de Hessen.

O problema, embora não desenvolvido pelo professor da Universidade de Colônia, que se interessa pela teoria do conhecimento a partir da abordagem fenomenológica, não é novo e foi pensado de muitas formas. Poucos, no entanto, exerceram tanta influência para o início de uma filosofia da ciência quanto Descartes. Ao estabelecer o princípio da dúvida como método para suas meditações, o filósofo francês deslocou o problema da filosofia do conhecimento do aspecto conceitual para a sua essência, entendida como descoberta da verdade. Pelo método cartesiano, submete-se tudo o observado à dúvida e chega-se à conclusão de que a única coisa sobre a qual se tem certeza é a própria existência, na medida em que se pensa; o pensamento transforma-se em evidência da existência; o *cogito*, portanto, é elevado a critério definidor da certeza, e uma evidência em si.

O mérito do *Discurso do método*, no entanto, não se restringe ao fato de ter lançado novas luzes para o debate acerca da verdade, que por longo tempo se desenvolveu segundo uma ótica teocêntrica; nem por ter erigido o ceticismo como critério delimitador dessa nova filosofia; mas por ter fundamentado no raciocínio *more geometrico* uma perspectivação de método do pensamento científico e, conseqüentemente, da estruturação do conceito moderno de ciência<sup>3</sup>. Para além de não

---

<sup>3</sup> A preocupação com os limites da ciência e de seu conceito é de vários pensadores que antecedem o Iluminismo. Lembramos, a propósito, de Vico, autor dos *Princípios de uma ciência nova*, onde desenvolve o conceito da ciência do direito natural, mas sem deixar,

receber por verdadeira a coisa observada (ou estudada), Descartes estabelece, como segunda etapa de seu método, o fracionamento das dificuldades (problemas) que examinasse, “em tantas parcelas quanto fosse possível e requerido para melhor as resolver”<sup>4</sup>; na terceira etapa, os estudos deveriam evoluir de grau de dificuldade, partindo do mais simples para o mais complexo (DESCARTES, [19--], p. 35). A obra ecoa durante o século das luzes, tanto para estabelecer teses sobre uma diferenciação entre as coisas divinas e os demais domínios humanos (e os enciclopidistas terão dado maior vazão a isto), quanto para dar início ao positivismo (filosófico e científico); mas, também, para estabelecer novos padrões de ciência, que procuram o parcelamento do conhecimento, antes genérico e pertencente ao âmbito dos *studia humanitatis*. Não é por outro motivo que os estudos jurídicos obedecem aos planos de segmentação das áreas do direito (embora sejam frequentes os reclamos pela interdisciplinaridade)<sup>5</sup>; e que os trabalhos científicos percorram, geralmente, o método indutivo; e, ainda, que se propugne, como característica essencial da ciência, a testabilidade das proposições formuladas com base no método científico.

Aqui já temos o eixo em torno do qual gravitam os elementos conceituais de ciência, a saber: *a*) a ciência trabalha com o conhecimento, lapidando-o e transformando-o; *b*) seu começo não ocorre, segundo Popper (1978, p. 14), por percepções ou observações (aspecto assentado pela filosofia do conhecimento de origem clássica), mas por problemas; aliás, será válido dizer que “não há nenhum conhecimento sem problemas”; *c*) o conhecimento obtido através dos experimentos e métodos científicos, circunscreve-se em áreas de especificidade; *d*) do que se depreende que não se trata de produção de conhecimento

---

no entanto, retornar ao padrão antigo de ciência segura fundamentado nas “verdades abstratas da matemática”, cujo domínio é essencialmente diverso daquelas “verdades abstratas da metafísica”, aplicáveis às coisas morais. (VICO, 2006, p. 42). Mas é Descartes quem ultrapassa o nível conceitual de debate para estabelecer critérios para a realização de ciência, tratando, portanto, da própria metódica dos estudos científicos.

<sup>4</sup> DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Fernando Melro. [S. l.]: Publicações Europa-América, [19--]. p. 35. (Cf. toda a 2ª parte do *Discurso*).

<sup>5</sup> Sobre o tema, Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico: aproximação ao método e à formação do conhecimento jurídico**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010. passim.

ingênuo, para o diletante, mas de matéria destinada à utilização por comunidades científicas; e) por causa das tensões problemáticas, o produto científico está sempre a renovar-se, não se compaginando com o conhecimento dogmatizado, nem com a formulação de explicação que Popper (1999, p. 180 et seq) denomina de *ad hoc*, ou de explicação inserta num esquema de circularidade, segundo o qual a explicação tem como evidência o próprio objeto explicável.

É claro que o tratamento científico dos problemas tem como objetivo o estabelecimento de explicações ditas verdadeiras, ou, pelo menos, com validade para a comunidade científica. Popper (1999, p. 180) refere-se à questão de outra forma, mas convergindo para aquele sentido: a meta da ciência “é encontrar *explicações satisfatórias* de qualquer coisa que nos impressione como necessitando de explicação”<sup>6</sup>, sendo que por explicação, entende o precursor do *racionalismo crítico* tratar-se do conjunto de asserções, através das quais “uma delas descreve o estado de coisas a ser explicado (o *explicandum*) enquanto as outras, as asserções explicativas, formam a “explicação” no sentido mais estreito da palavra (o *explicans* do *explicandum*)”. (POPPER, 1999). Sobre o *explicandum* não haverá, em regra, dúvidas quanto ao seu cariz de verdade, pois, a ciência não se ocupará do imaginário, daquilo com caráter de infabilidade; mas o *explicans*, ensina Popper, antes de ser conhecido, deverá ser descoberto e corresponder à verdade (POPPER, 1999). Ora, para que se chegue a uma resposta consensual, ou de validade universal, acerca do *explicandum*, as asserções deverão ser testáveis, submetidas a provas, para que disso resultem fundamentos das leis da ciência. Elas, no entanto, se nos não apresentam prontas e acabadas: não existe, segundo o filósofo da ciência, uma explicação final, na medida em que “qualquer explicação pode ser ainda mais explicada por uma teoria ou conjectura de mais alto grau de universalidade”. (POPPER, 1999, p. 183).

Em suma, uma qualquer tentativa de conceituação de ciência, não poderá deixar de considerar seu antagonismo em relação à produção

---

<sup>6</sup> Atenção para a expressão *qualquer coisa*. Em outra obra, *sir* Popper adverte que “Relevância, interesse e significância (a significação de declarações relativas a uma situação problemática puramente científica), são, igualmente, valores científicos de primeira ordem”. (POPPER, 1978, p. 24).

de conhecimento dogmático; que todo conhecimento com pressuposto de verdade exposto pela ciência, deverá ser testável; em decorrência disso, não existirá conhecimento científico final, posto que novas teorias ou conjecturas friccionarão as leis científicas, seja para lhes dar maior credibilidade, seja para refutá-las.

### **3 O UNIVERSUM JURÍDICO E SEU RELACIONAMENTO COM AS CIÊNCIAS**

O modelo de racionalidade que nasce com o *Discurso do método* apresenta um aspecto intrigante: se, por um lado, dá impulso ao positivismo (não apenas científico), que tem pretensões de tornar científicos diversos setores do conhecimento, de maneira absolutamente diversa daquele outro momento revolucionário localizável no humanismo renascentista, quando a ideia de ciência, obviamente, não passava pelos rigores metodológicos de fracionamento das áreas de conhecimento e da testabilidade, por outro lado erige um muro que divide o conhecimento em científico e do senso comum, aquele de maior dignidade, enquanto que este relegado a uma posição nem mesmo subsidiária, de forma que os dois mundos do conhecimento passam a ser inconciliáveis. No entendimento de Santos (2002, p. 10) a racionalidade científica torna-se “um modelo totalitário, na medida em que nega o carácter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”. O surgimento das ciências sociais parece decorrer dessas novas pretensões que, em boa verdade, vão se impregnando inclusive naqueles domínios das atividades humanas em que sequer se pode afirmar viável o emprego do método científico, como em relação à política (como se fosse possível dar carácter de cientificidade a um fenómeno social, que é mais facilmente identificável com outras expressões de atividade humana, como as competições, do que com um procedimento estritamente racional, empírico, testável e previsível), que, no entanto, Comte pretendia dar dignidade de ciência, imaginando uma política científica.

Essa revolução teve extensões no mundo jurídico e não é de desprezar-se o impacto de um purismo do direito kelseniano na

formação de uma verdadeira *Rechtskultur*, que pretendeu escoimar tudo o que não pudesse ser atestado por método científico, como a moral (o distanciamento entre os dois conjuntos normativos é abissal, de forma que, para a *Teoria pura do direito*, a moral não deve tangenciar o conjunto normativo-jurídico), ou que estivesse fora do mundo jurídico, como a psicologia (nenhuma ciência extrajurídica deverá ser aceita na experiência constitutiva do direito). A estrutura de direito pretendida por Kelsen, numa palavra, fecha-se não só ao conhecimento do senso comum, mas também a todos aqueles que se podem considerar alheios aos critérios constitutivos, mesmo que a norma hipotética que os preside, a *Grundnorm*, careça de sustentabilidade teórica.

O domínio dessa racionalidade, conduz os estudiosos do direito (não apenas juristas, mas os operadores do direito) a uma crença no mito da ciência, de maneira que se passe a tratar de fenômenos humanos segundo a lógica cartesiana, que procura fundamentar a verdade sobre fatos da vida num percurso que vai das ideias às coisas; de modo que só o racional existe, num esquema lógico que poderá ser resumido na fórmula  $r \rightarrow e$  (se racional, então existe). É também por se estar preso a essa crença que, por vezes, se intenta impingir o caráter de testabilidade na solução de problemas cuja natureza não admite recursos empíricos; já para não se dizer que, em boa verdade, a prática do direito – referimo-nos ao momento de sua *práxis* consubstanciada na elaboração de normas pelo legislador ou pelo juiz –, não deverá depender dos métodos científicos de aferição das respostas<sup>7</sup>.

O cartesianismo perdeu fôlego e hoje já não será incomum a defesa de um novo discurso científico, como o de Santos (2002,

---

<sup>7</sup> Exemplo disso encontra-se no julgamento do HC 100.959-TO (j. 8.09.2009, publ. 15.10.2009), em que o relator, Min. Celso de Mello, refere que a prisão cautelar não pode assentar-se tão somente na gravidade do crime, mas, “para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe [...] que se evidenciem, *com fundamento em base empírica idônea*, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação de liberdade do indiciado ou do réu” (o *itálico* é nosso). Será possível aferir empiricamente a necessidade de prisão de alguém, considerando que a simples regra da experiência não é, de acordo com julgado, suficiente para a decisão judicial? De outra forma, considerando que antecedentes criminais e gravidade do crime não autorizam, só por si, o decreto de prisão preventiva, como atestar empiricamente sua necessidade? A circunstância, inclusive psicológica, admite aferição empírica?



p. 49-50), quem escreve sobre a interdisciplinaridade, e mesmo a transdisciplinaridade no mundo científico, dando como exemplo desta quebra da metódica os trabalhos de Feyerabend ou de Foucault (aos quais acrescentaríamos os estudos de Ulrich Beck, Tzvetan Todorov, Umberto Eco, apenas para citar alguns, que conseguem tratar tanto de ciências sociais, como de política, história, linguística, semiótica, literatura e direito). O professor de Coimbra, falando de uma maior permeabilidade dos estudos científicos, aponta para um diálogo da ciência com o conhecimento do senso comum, que permite entender que a ciência não é, em si mesma, racional, mas só sua configuração o é (SANTOS, 2002, p. 55). Ao tratar de *Ética e filosofia da política*, Oppenheim (1971, p. 7) também refere que a caracterização geral da ciência passou por uma reformulação, de modo que, segundo escritos contemporâneos, “a ciência é colocada em estreita relação com “método científico”, o qual valoriza a aceitabilidade das asserções concernentes ao mundo, baseadas em dados empíricos relevantes, como os achados oriundos de observações ou as provas experimentais”.

Sob esse novo prisma, não será incorreta a afirmação de uma ciência do direito que, embora não apresente soluções atestáveis empiricamente, pode expor seus problemas a um escrutínio realizado segundo o método científico; para além de, uma vez localizável num vasto espaço fenomênico, que podemos denominar de *universum* jurídico, travar diálogo com outras ciências sociais, delas obtendo dados necessários para as asserções jurídicas. Com referência ao primeiro aspecto, sabemos que as decisões legais decorrem da observação de problemas postos no entrecruzamento das dimensões temporal e espacial; daí que as soluções sejam formuladas para um *hic et nunc* histórico-cultural, normalmente sem pretensões de perenidade; e, ainda, sem a certeza de que possam surtir efeitos ideais, apesar de poderem ser otimizadas ao longo das experiências jurídico-judiciais. A norma positivada em lei será submetida a interpretações por meio de discursos argumentativos, muitas vezes sem critério material seguro, mas, *tout court*, ideologicamente influenciados, e passíveis de reformas sem que, no entanto, se obtenha um alto grau de universalidade. No direito penal, a criminalização do aborto, v.g., visa à proteção do bem jurídico vida; no entanto, o fato de se tratar de fenômeno cujos episódios fazem parte

das cifras negras, não permite que se tenha a certeza de sua eficácia nem mesmo que a sanção penal alcance os objetivos de prevenção especial. Quanto ao segundo aspecto, é possível entendermos que a constituição do direito se dê mediante um *racionalismo crítico*, somente viável quando o jurista ultrapassa as fronteiras do jurídico e perscruta outros ramos da ciência, dos quais pode obter *explicações satisfatórias* para os problemas jurídicos, de maneira a colocar em plano inferior o puro decisionismo. Também no direito penal, o problema do uso de drogas, v.g., poderá ser aferido pela criminologia e pela sociologia criminal, que oferecerão alguns dados para a realização da política criminal de otimização jurídica para sua solução.

O discurso da ciência do direito, por sua vez, tal como já se verificou com outros ramos das ciências sociais, não é puro. Traços da moral (a moral social, v.g.) entremeiam-se no jargão técnico e nas regras de dever-ser insculpidas nos códigos. De maneira que ao tentar definir a honra, v.g., naturalmente o operador do direito terá de buscar referenciais nas regras de experiência para dar contornos a esse bem jurídico; da mesma forma que sondará aqueles costumes fortemente arraigados numa comunidade, consolidados em sua cultura, para preencher vazios normativo-jurídicos; o conhecimento do senso comum interagirá, aí, iniludivelmente. Ainda que se pretenda utilizar uma linguagem técnico-jurídica, o mais livre possível dos ruídos da linguagem comum, como forma de diminuir-se as imprecisões interpretativas, o jurista deverá estar atento à polissemia dos termos empregues nas normas; e a *ratio legis*, muita vez reduzida à (mítica) vontade do legislador, poderá usar fórmulas facilmente amoldáveis a determinados discursos jurídicos que, em algumas situações, podem se contrapor. Além do mais, as idiosincrasias e a mundividência do estudioso interpenetrarão seu trabalho hermenêutico, assinalando os aspectos humanos – *demasiadamente humanos* – dessa ciência, que se quer perfectível. Não é sem razão que Popper (1978, p. 25), ao tratar das ciências sociais, percebe que o cientista social não consegue livrar-se completamente das influências extra-científicas, escrevendo que:

é, praticamente, impossível conseguir a eliminação dos valores extra-científicos da atividade científica. A situação é semelhante com respeito

à objetividade; não podemos roubar o partidarismo de um cientista sem também roubá-lo de sua humanidade, e não podemos suprimir ou destruir seus juízos de valores sem destruí-lo como ser humano e como cientista. Nossos motivos e até nossos ideais puramente científicos, inclusive o ideal de uma desinteressada busca da verdade, estão profundamente enraizados em valorações extra-científicas e, em parte, religiosas. Portanto, o cientista “objetivo” ou “isento de valores” é, dificilmente, o cientista ideal.

Parece-nos, *a fortiori*, que ocorre o mesmo com os juristas ao sondarem os fenômenos do *universum* jurídico; ou quando se põem a constituir metodicamente as prescrições do direito; ou quando passam a substanciar, em normas jurídico-jurisdicionais (as normas concretas e casuísticas estabelecidas nas sentenças), soluções para problemas jurídicos: o jurista, em todas essas etapas, atuará, não restam dúvidas, como homem integral, inclusive consciente de sua falibilidade, embora guiado pelo objetivo do melhoramento.

#### **4 A LOCALIZAÇÃO DA POLÍTICA DO DIREITO NO UNIVERSUM JURÍDICO E SUA CARACTERIZAÇÃO**

O direito, como fenômeno social, localizável e somente compreensível, portanto, no entrecruzamento das dimensões histórica, social e cultural é, essencialmente, dinâmico e em ininterrupto fazimento, de maneira que as soluções para os problemas originados das tensões humanas nunca são seminais, nem um produto pronto e acabado. Cada solução formulada pelo direito é, pois, datada, correndo os mesmos riscos de defasagem histórica, quando já não surtem os efeitos esperados nem a condição ideal de promoção de paz social, que enfrentam outras ciências sociais. Daí que seu sistema seja melhor compreendido segundo a conhecida fórmula orteguiana criada para a *História como sistema*, de acordo com a qual diríamos que o direito se conjuga no gerúndio, como um constante *faciendum*.

Uma vez concebido como instrumento para a preservação da paz e da harmonia social, (e já não poderemos excluir de seus

objetivos a busca do progresso humano, na sua acepção mais larga, que ultrapassa o *suum cuique tribuere*), resulta iniludível, por um lado, seu cariz pragmático, para a solução do *hic et nunc* problemático; mas, por outro lado, é inegável que a vida do direito se faz por antecipações aos problemas que estão apenas na linha do horizonte, desta maneira perspectivando para o futuro. Assim, o direito tanto será um instrumento prático para o trato dos interesses sociais em ebulição, como, também, se constituirá daquelas proposições utópicas que, para Melo (1994, p. 55), são fundamentais para “projetos sociais de transformação e mudança”, ocorrentes a cada momento histórico em que se verifica o esgotamento de paradigmas.

Mas então, arrancando dessa primeira explanação, poderemos dizer que o direito apresenta não apenas um aspecto pragmático, destinado à solução de problemas iminentes (através de normas gerais e abstratas) e de problemas concretos (por meio de normas jurídico-jurisdicionais, que são casuísticas), mas, também, um veio teórico desenvolvido através do método científico que, por isso, lhe confere aspecto de cientificidade. No seu âmbito pragmático (legislativo ou jurisdicional), o direito poderá dar saltos em relação às normas postas; e, até mesmo, redefinições jurídicas que representem uma verdadeira fratura de um paradigma juspositivo, por meio do decisionismo hermeneuticamente fulcrado naquela perspectivação problemática ainda assente na linha do horizonte; e com relação a isso, estaremos a nos referir ao direito como *práxis* que, embora tenha de recorrer à ciência do direito, faz-se realidade num âmbito extra-científico. Ao passo que o âmbito teórico do direito procura prescrever, segundo o método científico, o que o direito deve ser. Chegados a este ponto, teremos já condições de ver no *universum* jurídico a coexistência da ciência do direito e da política do direito, sendo que estas realidades, embora estreitamente ligadas, não se confundem. Partindo da distinção kelseniana, poderíamos dizer que a ciência do direito procurará responder à questão sobre *o que é e como é* o direito; enquanto que a política do direito se empenhará em mostrar *como deve ser ele feito* (KELSEN, 1984, p. 17).

A forma como ciência do direito e política do direito se desenvolvem, permite-nos avançar com um segundo postulado epistemológico, que é referido ao caráter de complementaridade. Claro

que, à primeira vista, esse aspecto parece algo estranho, uma vez que, deslocadas as noções de ciência do direito e política do direito do que acima foi dito para sua essência conceitual, encontraremos naquela um *lógos* eminentemente teórico, enquanto que nesta identificaremos as manifestações práticas do direito. Ora, teoria e prática são noções de exclusão recíproca, uma vez que a atividade mental de quem produz a teoria, simplesmente não requer a atividade prática, enquanto que esta, pode-se dizer, é a atividade não-teórica. Por isso que, referindo-se à formulação de Pareto, Sartori (1997, p. 72) reduz a questão à compreensão de que “Teoria e prática aparecem como duas paralelas: o *saber* e o *operar* não se devem encontrar”. Mas é o mesmo Sartori (1997, p. 100) quem desenvolve duas circularidades teóricas, a da teoria como realidade dependente da prática e vice-versa, para chegar à conclusão de que a prática depende da teoria, uma vez que “a ação dos homens é sempre influenciada, de modo e em grau variável, pelo que pensam”. Dentro do *universum* jurídico onde se encontram ciência do direito e política do direito, contudo, a interdependência dessas duas realidades é inegável: a ciência do direito faz-se a partir da reflexão e da análise das práticas sociais, políticas e, também, jurídicas; enquanto que a política do direito só mediatizará, responsavelmente, as transformações jurídicas se amparada pelas asserções do mundo da ciência.

Apesar dessa relação de recíproca complementaridade, a política do direito nem se confunde com a ciência do direito nem é dela decorrente. Queremos com isso sustentar, como terceiro postulado, que a política do direito é estudo autônomo. Ferreira de Melo, ao discorrer sobre a questão, analisa, em primeiro lugar, o aspecto destacado da matéria, que é sua gênese política<sup>8</sup>; este fenômeno, no entanto, não se confunde nem com filosofia nem com ciência, “pois cada uma dessas áreas delimita-se em espaços próprios”. (MELO, 1994, p. 40). Arremata com a afirmação de que uma política, qualquer que seja ela, inclusive a do direito, pauta-se pela arquitetura de estratégias para

---

<sup>8</sup> Entenda-se o termo na sua acepção mais larga, para a qual poderíamos invocar o radical grego *pólis*; de maneira que interpretaremos política como o fenômeno verificável no meio social, inegavelmente resultante das tensões pela disputa de poder e de objetivos.

alcançar determinados fins (MELO, 1994, p. 40). No caso da política do direito, os objetivos transcendem o nível de cientificidade, uma vez que o estabelecimento de normas boas (com o caráter do *moralmente bom*) e eficazes poderá relacionar-se com as tensões surgidas no meio não apenas jurídico e acadêmico, mas, também, social. O 7 de abril, ou a tragédia de Realengo, marcada pelo assassinato de 12 crianças numa escola do Rio de Janeiro, v.g., despertou, imediatamente, debate de ampla ressonância em torno da proibição do comércio de armas de fogo no País, sobressaindo tanto vozes políticas como de juristas; em todo o caso, apesar dos contornos de juridicidade, essa inicial tensão resultante do problema não se abriga nos foros da ciência do direito.

Como quarto postulado epistemológico da matéria, apontamos para sua raiz conceitual, que é a de política. E uma incipiente noção que temos dela – a todas as luzes, correta –, decorre da pequena grande obra de Maquiavel, *O príncipe*, onde, ao alicerçar as bases do que viria a ser conhecido como *raison d'État*, põe-nos a claro o aspecto amoral da política. Política, segundo demonstra o historiador florentino, nada tem que ver com religião, moral ou com qualquer outra doutrina estranha às estratégias de poder: é, *tout court*, um modo de obter-se o poder e nele manter-se. Esse aspecto não passa despercebido por Melo (1994, p. 56), quem sublinha o histórico desdém da política em relação à “ética dos meios”. Mas o jusfilósofo catarinense, procurando melhor desenvolver seu raciocínio, afirma que, enquanto moral e direito são sistemas normativos que dispõem sobre o dever-ser, a política será normalmente relacionada com as regras pragmáticas “que garantam o resultado preconizado”. (MELO, 1994, p. 57). Estabelecida essa noção conceitual, não será difícil entender que o entrosamento dessas duas realidades fenomênicas, o direito e a política, constituirá o momento pragmático do direito ou, segundo Kelsen, o *como ele deve ser feito*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já há muito vencido o posicionamento de um *nec plus ultra* representado pelo direito natural, com suas regras válidas universal e atemporalmente, e mesmo o de um retorno ao direito costumeiro historicamente consolidado e conhecido do povo, como pretendia um dos grandes jusfilósofos espanhóis, Costa (2008), que entendia

possível eternizar as normas ditas boas de determinada cultura jurídica, os estudos do direito apontam para marcos delimitadores sempre movíveis, em consonância com a dinamicidade desse fenômeno, que é dinâmico porque também o é a sociedade. Desta forma, o direito, embora se socorra da dogmática para estabelecer os instrumentos para o equacionamento de problemas, não é produto pronto e acabado: trata-se de expressão fenomênica, em que se acham refletidos valores culturais da sociedade. Se as coisas se passam dessa forma, então não estaremos equivocados quando dizemos que o direito se conjuga no gerúndio, num ininterrupto *faciendum*.

O fazimento do direito, no seu momento pragmático, ocorre, ordinariamente, durante as experiências jurídico-legislativa e jurídico-jurisdicional, por causa das tensões verificáveis na sociedade. Não há dúvidas de que naquele quadro compreensivo da elaboração normativa a ideia de política lhe será inerente. Dentro do qual, também, aflorará a política do direito. E disso não descarta Oliveira (2008, p. 23) ao referir que “A política jurídica [...], é o estudo crítico do ordenamento jurídico positivo e o estudo preceptivo da nova ordem”, localizando nossa matéria, portanto, na abordagem da experiência jurídico-legislativa. Contudo, não se pode perder de vista que o direito está, também, em movimento nos tribunais, onde a norma jurídico-positiva é submetida à interpretação.

O trabalho do operador do direito não se reduz ao mero equacionamento do problema jurídico por meio da adequação da norma ao fato-espécie, mas é, também, o de encontrar o sentido, ou o *lógos* da norma legal; e, ainda, o de preencher os vazios do regramento positivo, para o que se socorre de múltiplos instrumentos, todos eles contidos no *universum* jurídico ou, pelo menos, com ele tangenciando. A interpretação, embora obedeça a uma determinada metódica, não escapa às influências diversas que fazem parte da mundividência do profissional do direito ou, ainda, de sua carga de valores pessoais; desta forma, o trabalho interpretativo desenvolve-se dialógica e criticamente. Se esses aspectos recaírem sobre as fraturas dos paradigmas jurídicos, então o trabalho do operador do direito, na veste de intérprete, poderá resultar na própria transformação do direito posto. Por outras palavras, as realidades enfrentadas pelos tribunais podem resultar na perspectivação de um novo direito.

Se a experiência jurídico-jurisdicional desempenha *elle-même* um papel transformador do direito – como hoje temos verificado nas decisões do STF, com relação à matéria constitucional –, então já não poderemos confundir o operador do direito com o burocrata do direito e nem o juiz, o promotor de justiça ou o advogado encarnarão a figura do *iuris peritus*. Serão, como já defendia Ferreira de Melo, agentes da política do direito.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Fernando Melro. [S. l.]: Publicações Europa-América, [19--].

HESSSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 7. ed. Tradução de António Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1978.

COSTA, Joaquín. **A ignorância do direito**. Tradução, notas e apresentação: Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

OPPENHEIM, F. E. **Ética e filosofia política**. Tradução ao italiano de Maria Carla Galavotti. Bolonha: Mulino, 1971.

POPPER, Karl R. **Conhecimento objetivo**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.



\_\_\_\_\_. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1978.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico**: aproximação ao método e à formação do conhecimento jurídico. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SARTORI, Giovanni. **A política**. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2002. v. 2.

VICO, Giambattista. **Principios de una ciencia nueva**: en torno de la naturaleza común de las naciones. 3. ed. Tradução ao espanhol de José Carner. México: Fondo de Cultura Economica, 2006.



# IMPACTOS DA CERTIFICAÇÃO DA SÉRIE ISO 14000 SOBRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL

*Patrício Noé da Fonseca\**

**Resumo:** O presente estudo aborda as principais questões políticas e econômicas suscitadas pela temática das certificações ambientais, com foco na ISO 14000, as quais, segundo o discurso oficial, se propõem a ser um mecanismo eficaz para combater o *dumping* ecológico e implementar o princípio do desenvolvimento sustentável, porém, ao mesmo tempo, são acusadas de suscitar o crescimento indiscriminado do comércio internacional, com o aumento da pressão sobre os recursos naturais, e de servir de pretexto para justificar políticas protecionistas dos países ricos em detrimento dos países emergentes. A pesquisa foi feita com base em revisão bibliográfica e tenta identificar os potenciais impactos da certificação ISO 14000 sobre o comércio internacional, na perspectiva das novas relações de poder que ela faz surgir entre os Estados.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental. Gestão Ambiental. ISO 14000.

**Abstract:** This paper addresses the main political and economic issues raised by the theme of environmental certifications, focusing on ISO 14000, which, according to the official discourse, are intended to be an effective mechanism to combat environmental dumping and implement the principle of sustainable development, but at the same time, are accused of raising the indiscriminate growth of international trade, with increasing pressure on natural resources, and serve as a pretext to justify protectionist policies of rich countries to the detriment of developing countries. The research was based on literature review and attempts to identify the potential impacts of ISO 14000 certification on international trade in view of the new relations of power that it does arise between States.

**Keywords:** Environmental Law. Environmental Management. ISO 14000.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Estudos Clássicos pela Universidade Federal do Ceará e Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Fortaleza.

## 1 INTRODUÇÃO

O comércio internacional revela atualmente um fenômeno de uniformização de regras e padrões técnicos, vistos como necessários ao equilíbrio dos processos concorrenciais de produção e de venda, igualando as condições de produção e assegurando níveis mínimos de qualidade dos produtos. Nesse contexto estão inseridas as regras dos sistemas privados de gestão ambiental e suas respectivas certificações, que tentam uniformizar padrões mínimos de qualidade ambiental.

Contudo, uma tal uniformização também pode acarretar desequilíbrios e situações de assimetria entre os participantes das relações comerciais internacionais, cuja regulamentação, inspirada pelo conceito de desenvolvimento sustentável, tem se dado de forma antagônica, em um cenário que revela a hegemonia dos países do Norte na gênese e desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental.

A polêmica suscitada pelo tema das certificações ambientais tem obtido cada vez mais destaque no comércio internacional. Discute-se se seu verdadeiro objetivo seria impor barreiras comerciais não tarifárias e favorecer políticas protecionistas ou, diversamente, promover a defesa do meio ambiente e a proteção contra o chamado *dumping* ecológico. Além disso, questiona-se também a própria eficácia desse mecanismo para a tutela ambiental.

Por um lado, teme-se que países em desenvolvimento, carentes de recursos tecnológicos e sem tradição de investimentos em pesquisa científica, fiquem impedidos de comercializar seus produtos, por não terem acesso às chamadas “tecnologias limpas” e, por isso, não atenderem aos padrões das normas de certificação ambiental, estabelecidas pelo grupo de países desenvolvidos. Por outro lado, é preciso evitar a transferência do parque produtivo das indústrias poluidoras para países com menor grau de exigências ambientais e, portanto, menor custo de produção.

Nesse contexto, assume peculiar relevância a análise de alguns aspectos do modelo de gestão ambiental elaborado pela *Internacional Organization for Standardisation* (ISO) na série ISO 14000, a fim de revelar possíveis utilizações políticas dessa certificação que, em outras instâncias, possam contribuir para perpetuar relações de desequilíbrio entre categorias de países ou de produtores, impondo barreiras discri-

minatórias às exportações de países emergentes, cujos mecanismos de controle ambiental sejam pretensamente deficitários ou simplesmente não se conformem aos padrões dos países ricos.

Essa tarefa exige uma postura crítica do intérprete, pois, apesar da importância da gestão ambiental como mecanismo privado de tutela do meio ambiente, também é certo que, ao definir normas técnicas aparentemente neutras e objetivas, a ISO induz e exige comportamentos e resultados que favorecem certos objetivos e atores do cenário internacional. Por isso, depois de analisar a ISO 14000 e outros sistemas de gestão ambiental, destacando previamente seu papel na tutela ambiental, o presente estudo cuidará das principais críticas feitas à certificação ambiental, por seu potencial impacto negativo sobre o comércio internacional.

## **2 A GESTÃO AMBIENTAL E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE**

A questão ambiental contemporânea evidencia a interação entre a economia e o meio ambiente e impõe a adoção e a efetivação de alguns princípios de direito ambiental como balizas da atividade econômica, em especial o princípio do desenvolvimento sustentável e o princípio da prevenção. O direito de propriedade passa então a condicionar-se pelo atendimento a sua função socioambiental, que se concretiza, na prática empresarial, por uma gestão ambiental eficiente. Diante dessa nova realidade, o gerenciamento ambiental da empresa assume destacada relevância no âmbito da ordem jurídica interna e, sobretudo, no âmbito internacional, sendo objeto de regras técnicas que buscam uma padronização de práticas econômicas ambientalmente impactantes.

A importância do bem jurídico ambiental tem provocado uma crescente intervenção do Estado na regulamentação de atividades potencialmente nocivas ao meio ambiente, impulsionada pela acentuada expansão do Direito Internacional Ambiental no mundo globalizado, mediante a proliferação de tratados e convenções internacionais regulando a matéria. A internacionalização do meio ambiente decorre de sua própria natureza difusa, estabelecendo uma complexa rede de relações que ultrapassam as fronteiras dos territórios nacionais. Guerra (2006, p. 21) comenta o fenômeno da seguinte forma:

Na verdade, em sua caracterização moderna, o meio ambiente é um fenômeno que desconhece fronteiras, pois os ecossistemas ou os elementos protegidos situam-se em espaços locais, portanto, dentro de um país (por exemplo: as espécies animais e vegetais em perigo de extinção, que vivem em determinado país, ou os recursos da biodiversidade, cuja preservação é do interesse de toda a Humanidade), em espaços sub-regionais (por exemplo: os rios transfronteiriços e lagos internacionais, cuja preservação não pode ser deixada aos cuidados de um único país), em espaços regionais (como os mares que banham vários países e nos quais realiza a pesca internacional, que não se encontra restrita só aos países ribeirinhos) e, enfim, mesmo no espaço global de toda a Terra (como a preservação da camada de ozônio ou a regulamentação das mudanças do clima da Terra causadas por fatores humanos, mediante a emissão de gases de efeito estufa).

Por outro lado, uma vez reconhecido e proclamado internacionalmente o meio ambiente hígido como um direito fundamental, surge para os Estados o dever de protegê-lo, incumbindo-se da tarefa de planejar, administrar e controlar a utilização de seus recursos ambientais, devendo, para tanto, criar mecanismos legais eficazes para sua preservação. Por isso, a atuação do Poder Público nesse setor é obrigatória, como destaca Machado (2006, p. 96): “A gestão do meio ambiente não é matéria que diga respeito somente à sociedade civil, ou uma relação entre poluidores e vítimas da poluição. Os países, tanto no Direito interno como no Direito internacional, têm que intervir ou atuar”.

Convém observar, porém, que a obrigatoriedade da intervenção em matéria ambiental contrasta com a tendência contemporânea de diminuição do papel do Estado na regulação da economia, como lembra Tosini (2007, p. 154-155):

A tendência de desregulamentação e diminuição da intervenção do Estado na economia, observa-

da na maior parte dos países industrializados, não tem seguido o mesmo padrão no campo ambiental. Tanto o escopo quanto a intensidade das regulações destinadas a garantir a qualidade ambiental estão crescendo. Isso é válido inclusive para países considerados símbolos da reforma neoliberal, como a Inglaterra e os EUA. Apesar das políticas desestatizantes, implementadas na década de 1980 por Margareth Tatcher e Ronald Reagan, a regulação ambiental não apenas se diversificou, como tornou seus padrões ainda mais rígidos (DEMAJOROVIC, 2003).

Contudo, a regulamentação da atividade econômica em face ao meio ambiente não se limita às normas editadas pelo Poder Público. Os poderes econômicos e comerciais privados têm invadido, de forma consentida, a esfera de regulamentação das atividades econômicas, antiga área de prerrogativa estatal exercida exclusivamente pelas instituições públicas. Nesse contexto, verifica-se que o controle da gestão ambiental passa a ser exercido tanto pelos Estados, mediante edição de legislação interna ou elaboração de normas internacionais, como também pelo setor privado, através da iniciativa das empresas, com a diferença de que este controle é de natureza voluntária, sendo orientado por estratégias de mercado, ao passo que aquele é obrigatório, sendo imposto por normas cogentes, sancionadas pelos mecanismos estatais de coerção.

Milaré (2007, p. 298) destaca o desenvolvimento da gestão ambiental na esfera privada, em particular no segundo setor:

No âmbito da sociedade organizada encontram-se muitos segmentos aos quais, dentro de seus limites e características, incumbe administrar a qualidade ambiental e buscar o equilíbrio ecológico, com todos os cuidados e as ações necessárias a tal propósito – fatores que constituem o fulcro do Direito do Ambiente e da Gestão Ambiental. No caso das empresas e outras entidades que constituem o Segundo Setor (sendo o Primeiro Setor formado pelos órgãos da Administração

Pública), existem normas específicas, já implantadas e bem provadas, que são regidas por um ou vários instrumentos legais e, paulatinamente, vão desenhando os sistemas internos das empresas e organizações para que estas possam fazer face às exigências ambientais do Poder Público, particularmente dos órgãos do meio ambiente.

No gerenciamento ambiental, “certas ações favorecem simultaneamente o meio ambiente e quem as pratica, numa constatação de que os cuidados ambientais são compensadores”. (MILARÉ, 2007, p. 301). Assim, as corporações não são legalmente obrigadas a adotar um sistema de gestão ambiental, mas, dado que a adoção dessas normas de gerenciamento externa a sua política ambiental, elas dificilmente poderão prescindir do mesmo, especialmente no âmbito internacional, onde há uma crescente uniformização das práticas transnacionais de comércio e a preservação ambiental passa a constituir uma exigência do mercado consumidor.

Por outro lado, como o gerenciamento ambiental inclui a obediência à legislação ambiental e a implementação de um programa de desenvolvimento sustentável e de melhoria contínua, a sua adoção proporciona para a empresa uma importante estratégia de prevenção de riscos financeiros da atividade econômica, aumentando, ao mesmo tempo, a sua eficiência. Logo, além das exigências legais, cujas normas preventivas e repressivas influenciam os modelos de gerenciamento ambiental, há também razões de mercado que induzem, talvez com maior eficácia, a adoção da gestão ambiental pelas empresas. D’Isep (2004, p. 142-143) aponta os principais motivos da opção por um modelo de gestão ambiental:

- a) Exigência de conformidade à legislação ambiental como requisito para concessão de financiamentos bancários e admissão em processos licitatórios;
- b) Utilização do *marketing verde* para melhorar a imagem da empresa perante clientes, investidores e consumidores;
- c) Redução de risco de danos ambientais e de passivo ambiental;
- d) Melhoria de desempenho e permanência do produto no mercado;



e) Abertura de novos mercados consumidores a partir da reciclagem dos resíduos e da criação de subprodutos.

Justifica-se, assim, a vantagem econômica das certificações ambientais, na medida em que a adoção de uma política ambiental condizente com a legislação reduz os riscos de gerar passivo ambiental e, ao mesmo tempo, a divulgação dessa política bem como a demonstração da conformidade de suas práticas com padrões técnicos reconhecidos passam então a agregar valor à atividade empresarial, contribuindo para a formação do chamado “capital reputacional” da organização, cuja importância é destacada por Tosini (2007, p. 154-155):

A importância do capital reputacional das empresas tem sido crescente, especialmente num contexto de integração dos mercados e disseminação das informações em tempo real. Empresas que desenvolvem comportamento social e ambientalmente questionável em seu meio, no sentido ético e legal, intencionalmente ou não, como em alguns eventos envolvendo espoliação ambiental, exposição a riscos da comunidade circunvizinha, práticas lesivas aos funcionários, etc. podem atrair a atenção da mídia, o que, por sua vez, pode causar danos irreversíveis à empresa, comprometendo a sua própria sobrevivência. Por outro lado, as práticas sociais positivas podem obter efetivo contrário (MACHADO FILHO; ZYLBERSZTAJN, 2004).

Barbieri (2004, p. 137) esclarece que “a empresa pode criar o seu próprio SGA [sistema de gestão ambiental] ou adotar um dos modelos genéricos propostos por outras entidades nacionais ou internacionais”, sendo que este, no mínimo, “deve contribuir para que a empresa atue conforme a legislação num primeiro momento, mas com o compromisso de promover melhorias que a levem gradualmente a superar as exigências legais”. Mas, a despeito da possibilidade do gerenciamento ambiental específico, são os sistemas padronizados propostos por entidades de atuação internacional que demonstram maior importância, por seu potencial impacto no comércio exterior.

### 3 A SÉRIE ISO 14000 E OUTROS SISTEMAS DE GESTÃO AMBIENTAL

Pode-se definir sistema de gestão ambiental (SGA) como sendo “um conjunto de atividades administrativas e operacionais inter-relacionadas para abordar os problemas ambientais atuais ou para evitar o seu surgimento”. (BARBIERI, 2004, p. 137). Na tentativa de padronizar o gerenciamento ambiental, diversos sistemas já foram propostos por entidades que atuam no cenário internacional. Dentre os mais conhecidos, podem-se citar o da *Internacional Chamber of Commerce* (ICC); o *Eco Management and Audit Scheme* (Emas), estabelecido pelo Regulamento nº 1.836/1993 do Conselho da Comunidade Econômica Europeia, posteriormente revisado pelo Regulamento nº 761/2001 do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia; e, principalmente, a família de normas ISO 14.000.

A ISO (*International Standards Organization*) é uma associação privada internacional com sede em Genebra, na Suíça, formada por cento e quarenta órgãos nacionais de normalização, criada em 1947, com o objetivo de desenvolver a normalização e as atividades relacionadas para facilitar as trocas de bens e serviços no mercado internacional e a cooperação entre os países nas esferas científicas, tecnológicas e produtivas. Em 1991, a ISO criou o *Strategic Advisory Group on the Environment* (Sage), grupo de assessoria incumbido de estudar as questões relativas ao impacto das normas ambientais sobre o comércio internacional. E, em 1993, o Comitê Técnico 2007 (TC 207) – criado por recomendação do Sage – e seus subcomitês (SC) e grupos de trabalho (WG) começaram a elaborar as normas da família ISO 14.000, dando cumprimento a uma das resoluções da *Agenda XXI*.

O objetivo e o conteúdo da série ISO 14000, conforme explica Barbieri (2005, p. 70-71), são os seguintes:

Essa nova série de normas objetiva, entre outros, harmonizar as normas de gestão ambiental existentes nos níveis nacionais e regionais, estabelecer padrões para avaliar o desempenho das empresas em relação ao meio ambiente e estabelecer critérios para a rotulagem ambiental. Quando comple-

ta, essa série deverá abordar a gestão ambiental através de normas sobre (1) sistemas de gestão ambiental, (2) avaliação do desempenho ambiental, (3) auditoria ambiental, (4) avaliação do ciclo de vida do produto, (5) rotulagem ambiental e (6) aspectos ambientais em normas de produtos. As três primeiras são normas voltadas para a organização, enquanto as demais, para avaliar produtos e processos [...]. De um modo geral, a aplicação bem sucedida destas normas deverá levar as empresas a adotarem uma postura preventiva em termos ambientais.

Para utilizar o “capital reputacional” decorrente da implementação do gerenciamento ambiental, assim como para atender aos padrões de qualidade ambiental exigidos pelo mercado, poderá a empresa buscar a certificação ou o registro do seu SGA por uma organização externa, credenciada ou não, que ateste que o mesmo atende aos requisitos especificados pelas normas pertinentes (no caso, a norma ISO 14.001). Para pleitear um certificado da série ISO 14000, uma empresa deve tomar medidas para reduzir os problemas ambientais causados pelos processos produtivos que emprega, e, além disso, os impactos ambientais do produto têm de ser analisados desde as fontes energéticas que vai consumir, passando pelos materiais, sua vida útil e destinação após o uso. Uma inovação importante é que a responsabilidade jurídica de possíveis problemas ambientais fica para o proprietário (ou acionista majoritário) da empresa, em vez de recair isoladamente sobre um técnico.

As normas da série ISO 9000 e subsequentes já veiculavam a ideia de qualidade na prestação de serviços e fornecimento de produtos, estabelecendo padrões organizacionais para as empresas. Contudo, como a certificação dessa série não contemplava de maneira adequada a relação entre as organizações e o meio ambiente, surgiu então a série ISO 14000, que, como regra geral, mantém todos os padrões de qualidade estabelecidos anteriormente e a estes acrescenta outros voltados prioritariamente para o respeito integral à legislação ambiental e para a prevenção de danos ambientais que poderiam ser causados em decorrência da atividade desenvolvida.

#### 4 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL DA ISO 14000 COMO BARREIRA AO LIVRE COMÉRCIO INTERNACIONAL

Dentre os instrumentos de gestão ambiental regulados pela série ISO 14000, destaca-se a Avaliação do Ciclo de Vida (ACV), aplicável a bens e serviços. Também conhecida pela expressão *cradle to grave* (do berço ao túmulo), a ACV é regulada pela norma ISO 14.040, que define ciclo de vida como os estágios consecutivos e interligados de um sistema de produto, desde a aquisição da matéria-prima ou extração dos recursos naturais até a disposição final. Como esclarece Barbieri (2004, p. 146):

O ciclo de vida que interessa à gestão ambiental refere-se aos aspectos ambientais de um bem ou serviço em todos os seus estágios, desde a origem dos recursos no meio ambiente até a disposição final dos resíduos de materiais e energia após o uso, passando por todas as etapas intermediárias, como beneficiamento, transportes, estocagens e outras.

A preocupação da série ISO 14000 em estabelecer conceitos, diretrizes e requisitos uniformes para a ACV decorre justamente do fato de que esse instrumento pode ser empregado com o intuito de manipular a opinião pública assim como influenciar a análise oficial acerca dos impactos ambientais de determinados produtos e serviços, inclusive com a possibilidade de uma empresa ou grupo de empresas tentar orientar essa avaliação, a fim de valorizar seus produtos em detrimento de concorrentes e, desse modo, ganhar mercado.

Porém, considerando que os países ricos possuem maior influência na elaboração dessas normas, o sistema de gestão ambiental da série ISO 14000 também gera especulações acerca da possibilidade de se criarem novos entraves ao livre comércio internacional, com os países adotando a prática protecionista de exigir certificação para a entrada de produtos estrangeiros, ao mesmo tempo em que se poderá abrir uma via para o *dumping* ecológico, por conta de uma brecha na legislação que criou a série.

Com efeito, como a certificação se limita a exigir a obediência à legislação ambiental do país em que a empresa está instalada, um país que impõe um menor controle ambiental é capaz de certificar produtos e serviços que, em países de legislação mais rígida, seriam desclassificados, de modo que aquela poderá usufruir a vantagem de ostentar o selo do certificado em seu produto, não importando se ele foi conseguido a partir de leis mais ou menos exigentes (RIBEIRO, 2005, p. 135). A princípio, os selos (ou rótulos) ambientais servem para informar os consumidores ou usuários sobre as características benéficas ao meio ambiente presentes em determinados produtos ou serviços, tais como biodegradabilidade, retornabilidade, uso de material reciclado, eficiência energética e outras (BARBIERI, 2004, p. 147). Contudo, uma vez que esses rótulos se baseiam na avaliação do ciclo de vida do produto, e esta, por sua vez, considera o cumprimento de aspectos da legislação nacional, pode ocorrer que se considerem ambientalmente saudáveis bens e serviços que não o seriam em outros países.

Os mercados consumidores, principalmente em países ricos, cada vez mais conferem especial valor aos selos ambientais, preferindo consumir produtos elaborados com a observância de determinadas normas ambientais, o que faz com que o seu cumprimento passe também a ser exigido de exportadores estrangeiros. Percebe-se que a certificação ambiental apresenta-se como um requisito essencial à competitividade, obrigando as empresas a se adequarem a novos padrões ambientais, que, em geral, são fixados segundo interesses e necessidades dos países desenvolvidos. Desse modo, se a uniformização de padrões de qualidade ambiental pode tornar mais ágil e seguro o comércio internacional, também é certo que o poder de influir na normalização dos SGA pode ser utilizado como mecanismo velado de protecionismo comercial, como esclarece Barbieri (2004, p. 183-184):

A normalização de um modo geral desempenha um papel fundamental nos processos de produção e distribuição, podendo facilitar ou criar obstáculos ao comércio internacional. A existência de várias normas de âmbito nacional sobre uma mesma matéria constitui uma barreira ao comércio, pois aumenta os custos do exportador que pretende

atender a mais de um mercado. Uma norma internacional gera economia de recursos para o produtor e maior segurança para o consumidor e torna mais ágil o comércio entre nações, pois permite simplificar e uniformizar procedimentos administrativos e operacionais. Apesar disso, há uma certa desconfiança dos países não desenvolvidos de que as normas sobre SGA elaboradas pela ISO possam se tornar barreiras técnicas para proteger empresas dos países desenvolvidos que operam com custos mais elevados decorrentes de legislações mais rigorosas. Essa preocupação não é totalmente desprovida de sentido, porquanto se sabe que as questões ambientais têm sido usadas como pretexto para práticas protecionistas e a normalização ambiental no âmbito da ISO está sendo conduzida sob a regência de órgãos de normalização de países desenvolvidos [...], nos quais a prática do protecionismo comercial baseado em critérios é amplamente difundida.

Devido a essa suspeita de parcialidade, os critérios utilizados para a elaboração das normas da série ISO 14000 são submetidos a vários questionamentos, sendo interessante observar que o comitê técnico responsável pela elaboração de normas de gestão ambiental, o TC 207, tem todos os seus subcomitês coordenados por representantes dos países desenvolvidos, o que causa inevitável desequilíbrio de forças entre os que participam da organização. Argui-se que a maciça representação desses países termina por influenciar o resultado dos trabalhos da ISO, pondo em dúvida o caráter democrático de seu sistema de padronização, que, declaradamente utilizado em nome de um desenvolvimento sustentável, pode também servir como mecanismo velado de protecionismo econômico.

Isso é um sintoma da forma desordenada e desigual como tem sido construída a ordem ambiental internacional, haja vista que não há uma perfeita coordenação entre os tratados ou entre as políticas de cada Estado, que pautam suas práticas comerciais e suas orientações jurídicas conforme suas necessidades e suas concordâncias políticas com

os outros Estados, e não conforme uma lógica inerente à ordem jurídica. A elaboração dos principais conceitos dessa ordem ambiental, notadamente o princípio do desenvolvimento sustentável, que resulta da tensão entre o direito ao desenvolvimento e a preservação do meio ambiente, é feita sob o influxo da tensão entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, com clara prevalência dos primeiros. Muitas vezes a pressão em favor dos limites ambientais postulados pelos países do Norte foi vista como um instrumento para bloquear o desenvolvimento econômico dos países emergentes, atitude refletida nos discursos de diplomatas do Sul, que se opunham à questão ambiental e defendiam o mesmo direito de destruir a natureza de que aqueles tinham usufruído durante as épocas de maior desenvolvimento econômico (VARELLA, 2004, p. 23).

Organismos internacionais ligados ao comércio, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), defendem que a certificação ISO 14000 tem a finalidade precípua de cumprir a obrigação de defender e preservar o meio ambiente, manifestando-se como um “subproduto” sob o prisma das relações de consumo e também como uma cláusula contratual antitruste na perspectiva das relações comerciais. Contudo, tem prevalecido o realismo político nas discussões travadas na OMC, sendo claro o propósito dos países desenvolvidos de utilizar-se de argumentos ambientais para influenciar as decisões sobre as regras do comércio mundial, cujos interesses econômicos geralmente prevalecem sobre os da preservação ambiental. Kjeld Jakobsen dá um exemplo dessa tendência, citando a Conferência de Cingapura (JAKOBSEN, 2005, p. 74):

Comércio e meio ambiente. Foi um debate em que pouco se avançou, diante da intenção dos países desenvolvidos de introduzir determinadas medidas de proteção ao meio ambiente, como, por exemplo, a proibição de pesca de atum com redes que também capturam e matam golfinhos, e da reação dos países em desenvolvimento ao considerar que uma medida como esta nada mais era que protecionismo disfarçado, uma vez que estes países não possuem tec-

nologia para pescar de outra forma. Este tipo de impasse remeteu o tema para a continuidade do debate nos fóruns internos da OMC e no momento não está em pauta.

Por outro lado, é equivocada a opinião de que a obtenção dessa certificação garante, por si só, que a entidade certificada se abstenha de desenvolver atividades poluidoras, quando, na verdade, representa apenas o compromisso de contínua melhoria de seu desempenho ambiental, segundo as normas pertinentes. Já se afirmou acima que as normas da ISO 14000 assemelham-se às da série 9000, relativas à “qualidade total” dos processos de produção, no sentido de evitar efeitos nocivos e desperdícios, puramente analisados em termos de custos e benefícios, fazendo com que a degradação ambiental seja vista como fator de perda de lucro, resultante de riscos financeiros das mais diversas ordens. Nesse contexto, a diminuição das autuações por infração à legislação ambiental é consequência da obrigação de obediência à legislação interna do país, o que reduz os custos da empresa com pagamento de multas e/ou condenações judiciais. Porém, os parâmetros legais de degradação ambiental podem variar de um ordenamento a outro.

Além disso, constata-se que, em última análise, a padronização internacional de normas ambientais, representada pelas certificações conferidas pela ISO e outras congêneres, tem como finalidade última a facilitação e expansão do intercâmbio comercial entre os Estados, o que, no entanto, pode conduzir a níveis de expansão do capital incompatíveis com a sustentabilidade ecológica, pois a necessidade de aumentar a produção para atender às crescentes demandas do comércio internacional faz aumentar necessariamente a pressão sobre os recursos naturais, causando entropia e acelerando os processos de degradação ecológica. A padronização dos sistemas de gestão ambiental, de forma paradoxal, estaria a serviço do expansionismo comercial, em detrimento da conservação do meio ambiente, considerando que a internalização dos custos ambientais não é suficiente, por si só, para a garantia de um desenvolvimento sustentável que assegure um sistema ecológico equilibrado para as gerações futuras.

Destaca-se que a certificação ambiental está diretamente ligada ao *dumping* ecológico, na medida em que buscam assegurar que



determinada empresa cumpra normas de controle ambiental e internalize os custos ambientais de sua atividade, sob pena de incorrer em sanções fruto de um protecionismo disfarçado por parte dos países ricos. Revela-se aí uma interface com o direito econômico concorrencial, pois aqueles produtores que não internalizam os custos ambientais e, por isso, produzem de forma mais barata, conseguem realizar preços mais baixos, configurando uma vantagem competitiva desleal em relação àqueles que, por internalizarem esses custos, produzem produtos mais caros.

A lógica da internalização dos custos ambientais tem sido utilizada por diversos países para justificar a imposição de barreiras comerciais àqueles produtos importados que não satisfazem os níveis padronizados de proteção do meio ambiente. Os produtores dos países desenvolvidos frequentemente promovem a aplicação de medidas de proteção ambiental para fazer oposição aos que se utilizam do *dumping* ecológico, ou simplesmente para conseguir uma vantagem competitiva, elevando o custo de produção dos competidores estrangeiros. Nesse contexto, as certificações ambientais podem servir aos interesses dos produtores que não conseguem se manter competitivos, mas, com base nas regras do capitalismo, pressionam seu governo para adotar políticas protecionistas em defesa da economia interna.

Há que se considerar também que os elevados custos de implementação do SGA da ISO 14000 têm revelado, na prática, uma tendência discriminatória que lança dúvidas sobre sua real eficácia na consecução da preservação do meio ambiente e da promoção do desenvolvimento sustentável. Observa-se, com efeito, que somente empresas de grande porte, a maioria sediada em Estados mais industrializados, têm conseguido obter essa certificação, revelando, assim, o caráter excludente do sistema. Basta atentar para a realidade do Brasil, em que a maioria das empresas é de pequeno e médio porte, que não reúnem os recursos financeiros exigidos para implementar um SGA regulado pela série ISO 14000. Por isso, resta ainda o desafio de prever soluções viáveis de gestão ambiental compatíveis com o perfil das pequenas e médias empresas, adequando o sistema às necessidades destas bem como às exigências dos mercados locais.

## 5 CONCLUSÃO

É preciso não ser simplista nem ingênuo ao abordar a busca da implementação de padrões mínimos de qualidade ambiental na esfera de organizações que estão inseridas numa economia de mercado, cuja lógica é a da maximização dos lucros. A ISO 14000 é uma criação de sujeitos econômicos que vivenciam essa realidade. Ela não é produto de amor à natureza, e sim, basicamente, do mercado, de suas regras e de seus riscos. Sua exequibilidade é indissociável da relação custo/benefício do investimento.

Uma preocupação do setor produtivo, principalmente daqueles provenientes dos países em desenvolvimento, é que a rápida proliferação de rótulos e certificações ecológicas possa criar barreiras comerciais, intencionais ou não, ao comércio internacional. Nesse contexto, a maior crítica feita aos selos e aos organismos de normalização ambiental é de que estes abrigam tendências e imprecisões, favorecendo setores produtivos, invariavelmente situados no primeiro mundo, acarretando severos prejuízos aos concorrentes instalados nos países em desenvolvimento. E a fraca participação dos países em desenvolvimento no processo de elaboração das normas é um fator que reforça essa preocupação.

Além disso, o crescimento econômico fomentado pelas certificações, que visam a aumentar o volume do comércio internacional, causa entropia e aumenta a pressão sobre os recursos naturais, acelerando, assim, os processos de degradação do meio ambiente. A ideologia dominante, alimentada pela lógica do expansionismo capitalista, investe na gestão ambiental como forma de minorar os efeitos negativos desse modelo de crescimento econômico, mas é evidente que, muitas vezes, trata-se apenas de encobrir, sob a aparência da causa ambientalista, novas formas de exploração das desigualdades econômicas entre os povos.

## REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**: as estratégias de mudanças da agenda 21. 7. ed. rev. e atual. Petrópolis: Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **Meio ambiente: certificações ambientais e comércio internacional.** 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008.

CARBAUGH, Robert J. **Economia internacional.** Tradução de Roberto Galman. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

CAVALCANTI FILHO, Gabriel de Oliveira. A ISO 14000 e o direito ambiental em evolução – concretização do desenvolvimento sustentável através da qualidade ambiental. In: FREITAS, Valdemar Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução.** Curitiba: Juruá, 2008. v. 2. p. 99-112.

CORRÊA, Luciane Amaral. A cláusula do tratamento nacional do GATT/94 e o meio ambiente: principais decisões do órgão de solução de controvérsias da organização mundial do comércio. In: FREITAS, Valdemar Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução.** Curitiba: Juruá, 2008. v. 3. p. 193-214.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional ambiental.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

JAKOBSEN, Kjeld. **Comércio internacional e desenvolvimento: do Gatt à OMC – discurso e prática.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Wagner Costa. **A ordem ambiental internacional**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2005.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thex, 2002.

TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. **Risco ambiental para as instituições financeiras**. São Paulo: Anna Blume, 2007.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

# A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA ANÁLISE DE UM CASO PRÁTICO À LUZ DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

*Lindojon Gerônimo Bezerra dos Santos\**

**Resumo:** O presente trabalho é baseado em um estudo analítico de um caso prático, em que uma consumidora teve seu direito cerceado à luz de uma hermenêutica literal, sem levar em consideração as normas de direito do consumidor e a teoria do diálogo das fontes.

**Palavras-chave:** Consumidor. Provas. Prescrição. Caso prático.

**Abstract:** This paper is based on an analytical study of a practical case study, in which a consumer has curtailed their rights in the light of a literal hermeneutic, without taking into account the rules of consumer law and the theory of dialogue of sources.

**Keywords:** Consumer. Evidence. Prescription. Practical case study.

---

\* Especialista em Direito do Consumidor. Pós-graduando em Ciências Criminais – Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Professor de Direito do Instituto de Ensino Superior do Brasil. Foi Professor de Direito da Faculdade do Vale do Itapecuru – FAI e da Faculdade Evangélica do Meio Norte – FAEME. Foi Professor das disciplinas jurídicas do Curso de Formação da Guarda Municipal de Codó-MA. Servidor do Ministério Público do Maranhão. Autor de tese aprovada por unanimidade no X Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor em Florianópolis-SC. Autor de diversos artigos jurídicos publicados a nível nacional e internacional. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Conferencista. Palestrante convidado do Poder Judiciário em Codó-MA, do Ministério Público em Timbiras-MA, da Polícia Militar em Codó-MA, da Secretaria de Ação Social do Município de Codó-MA e do IFMA/Campus Codó. Colaborador de projetos do Ministério Público em Codó-MA. Presidente e Membro do Conselho da Comunidade da Comarca de Codó-MA (Lei nº. 7.210/84). Criador do EMAIL DO CONSUMIDOR, ferramenta de ajuda ao consumidor, que consta no Banco de Boas Práticas do Ministério Público do Maranhão. Título honorífico de Cidadão Codoense. E-mail: professorlindojon@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo surgiu a partir da análise de um caso prático em que um juiz federal julgou improcedente a ação de uma consumidora lesada pela Caixa Econômica Federal em virtude das disparidades relativas às variações da inflação no final da década de 80 e início da década de 90.

Na ação judicial, a consumidora, primeiramente, requereu junto ao banco o extrato daquele período, contudo, como é de praxe no meio bancário, houve um descaso com a consumidora e não lhe foi fornecida qualquer informação, mesma ela tendo deixado claro, por escrito, que aqueles documentos seriam fundamentos para ação judicial e que o prazo prescricional estava por se findar.

O magistrado, ao sentenciar, entendeu de acordo com os argumentos da Caixa Econômica Federal, que alegou que deveria ser aplicado de forma alternativa, ou o procedimento do Código de Defesa do Consumidor, ou o do Código de Processo Civil, como demonstraremos no presente trabalho.

## 2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal de 1988 trouxe valores perdidos durante a ditadura e que caracterizam um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Desta forma, vislumbra-se o Direito como um instrumento justiceiro de inclusão social e de proteção a determinados grupos dentro de nossa sociedade, haja vista a disparidade das classes sociais que gera, a poucos, um certo tipo de poder, o econômico.

A redação do artigo 3º, da Constituição Federal, determinando que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária nos traz a ideia de que uma ordem com estas características não tem sentido se não for buscado como início de tudo o atendimento aos destinatários das normas constitucionais.

Observa-se neste contexto que a Constituição Federal adotou o modelo econômico capitalista, fundado na livre iniciativa e na livre

concorrência: a ordem econômica na Constituição de 1988, define opção por um sistema econômico, o sistema capitalista.

Face o texto constitucional, o modelo capitalista encontra limites, e esses limites visam inibir quaisquer posturas que de alguma forma agridem os demais direitos, garantias e princípios constitucionais, dentre os quais encontra-se o da defesa dos consumidores.

Nesse contexto, preciosas se apresentam as palavras de Sérgio Varella Bruna, para quem a liberdade de iniciativa empresarial, portanto, porque inserida no contexto constitucional, há de ser exercitada não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social – da melhor distribuição de renda – com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna.

A liberdade de iniciativa, destarte, mais do que uma garantia individual, passa a ser uma técnica de produção social, dentre a qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos. Isso equivale a dizer que o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por obrigação a realização da justiça social, através da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, entre outros, condiciona não só a ação do Estado, mas também as ações de toda a sociedade.

A plena economia de mercado, assim entendida aquela em que o Estado deixava aos particulares a missão de auto regularem os seus interesses, e que implicava necessariamente na visão absolutista dos direitos subjetivos, já não mais se mostrava adequada à efetiva proteção daqueles que não detinham os meios de produção e informação, não mais garantia o alcance de uma das finalidades da República: a proteção à dignidade da pessoa humana.

### **3 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO**

Todas as vezes em que figurarem dois pólos extremos: consumidor e fornecedor, haverá relação de consumo. E esta será relacionada à prestação de serviços ou utilização de produtos dentro do território nacional.

### 3.1 Consumidor

O artigo 2º da Lei nº 8.078/90 é de clareza solar ao conceituar consumidor: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

É também considerado consumidor aquele que mesmo sem fazer parte diretamente da relação de consumo, é vítima de acidente de consumo, e pela exegese do art. 17 do CDC<sup>1</sup>, essas vítimas, que também são conhecidas como *bystanders*, são equiparadas aos consumidores.

Sem contar que o legislador sofreu muitas “pressões” dos fornecedores para modificação no art. 2º do CDC, sendo que teve modificar geograficamente uma parte do conceito de consumidor para o art. 29 do CDC<sup>2</sup> que equipara a consumidor todas as pessoas expostas às práticas comerciais adotadas no mercado de consumo.

Com efeito, aquele que utilizar produto ou serviço estará à mercê da tutela protetiva, do regramento do Código de Defesa do Consumidor, independentemente de aquisição, compra, pagamento correspondente à utilização.

De igual forma, é usuário quem se vale da energia fluida, elétrica ou de qualquer natureza, concedida por empresas públicas, concessionárias, privadas ou não, além daquele que estiver meramente exposto à prática de qualquer atividade econômica, disponibilizando no mercado produto ou serviço.

Quanto se falar em destinatário final, existem três correntes doutrinárias a respeito do assunto: as teorias maximalista, finalista e mista.

#### 3.1.1 Teoria maximalista

A primeira é chamada de teoria maximalista, onde o consumidor é visto em razão da atividade econômica, seja ele pessoa física ou

---

<sup>1</sup> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

<sup>2</sup> Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.



jurídica, desde que não haja repasse ou reutilização como objeto central da atividade propriamente dita.

### *3.1.2 Teoria finalista*

A segunda, denominada finalista, define-se em razão da necessidade de que não haja, sob hipótese alguma, a continuidade da cadeia produtiva, tendendo a não admitir aquisição ou utilização de produto ou serviço que de alguma forma propicie a continuidade da atividade econômica, ainda que indiretamente, em razão do bem, afastando para essa finalidade o Código de Defesa do Consumidor em razão de insumos e bens de produção.

### *3.1.3 Teoria mista*

A teoria mista é a terceira destas, mais utilizada hodiernamente, ela mitiga a aplicação dos conceitos supra estudados na medida em que reconhece o consumidor como pessoas, quer física ou jurídica, que adquiram ou se utilizam de bem ou serviços, mesmo em razão de sua atividade, até mesmo em razão de equipamentos ou serviços que sejam auxiliares de sua atividade econômica, com a proteção jurídica do CDC nessas relações.

## **3.2 Fornecedor**

Na exegese do artigo 3º do Codex analisado neste capítulo, observa-se que o conceito de fornecedor ficou bem definido:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Logo depreende-se que fornecedor é toda e qualquer pessoa que coloca de alguma maneira um produto no mercado ou que presta um serviço.

## 4 OS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS

Quando um consumidor resolve depositar uma quantia em dinheiro no banco, ele espera um rendimento e se por algum motivo, a atualização monetária é realizada com base em um índice de correção menor do que aquele efetivo, há uma perda no valor real do rendimento, e esta perda chama-se expurgo.

No caso da poupança, em relação aos planos Bresser e Verão, apenas os poupadores que tinham aplicações com data de aniversário até o dia 15 de cada mês podem pleitear de volta parte do prejuízo, muito embora os demais poupadores também tenham perdido com as alterações de indexadores. A falha jurídica que permitiu que parte dos poupadores tenha a chance de receber de volta essas diferenças decorreu da data em que foram editadas as normas e da sua aplicação sem respeito aos períodos de aquisição da remuneração da poupança que já haviam iniciado.

Especificamente em relação às contas de Caderneta de Poupança, o fato é que os bancos que administravam seus depósitos, atendendo a um conjunto de normas editadas pelo Governo Federal, alteraram indevidamente as taxas de correção dos saldos das contas mediante a substituição de índices nos meses de julho de 1987 (Plano Bresser), fevereiro de 1989 (Plano Verão) e também maio e junho de 1990 (Plano Collor).

## 5 O CASO PRÁTICO E SUA ANÁLISE

A consumidora fez um pedido para que o banco apresentasse os extratos reais aos períodos em que fora correntista do banco e o mesmo foi ignorado pela instituição financeira, para fazer com que a autora desistisse da ação ou transcorresse o prazo prescricional.

Qualquer instituição fornece os dados necessários, desde que, judicialmente determinados, e, razoável não é, incumbir essa obrigação de guardar documentos bancários ao consumidor, tendo em vista seu caráter vulnerável e a sua hipossuficiência.

Ao banco, pela Teoria do Risco da Atividade, compete a responsabilidade em guardar os dados de seus clientes e fornecê-los a autoridades judiciais, sempre que forem determinados. Nesse diapasão já

se posicionou a jurisprudência pátria, senão vejamos a Ementa do REsp 829716, de 08.06.2006, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO e do REsp 330261, de 08.04.2002, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRÉDITO DECORRENTE DE DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE CRUZADOS NOVOS. EXTRATOS DAS CONTAS EM PODER DO BACEN. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. ART. 844, II, DO CPC. PRECEDENTES.

1. Recurso especial contra acórdão segundo o qual “evidenciando-se a ausência de documentos necessários à instrução do processo, documentos esses que se encontram em poder da parte contrária, é de todo salutar que o juiz, mediante provocação da parte interessada ou de ofício, os requisi-te de quem os possuir”.

2. Decisão a *quo* clara e nítida, sem omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses do recurso não implica cerceamento de defesa. Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (CPC, art. 131), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há vício para suprir. Não há ofensa ao art. 535, I, do CPC quando a matéria é abordada no aresto *a quo*.

3. O Direito Processual Civil contemporâneo está a exigir uma participação mais ativa do juiz na formação e no desenvolvimento da relação jurídico-processual, especialmente quando uma das partes é hipossuficiente economicamente.

4. Evidenciando-se ausência de documentos necessários à instrução do processo, documentos esses que se encontram em poder da parte contrária, é de todo salutar que o juiz, mediante provocação da parte interessada ou de ofício, os requisite de quem os possuir.

[...]

7. Precedentes desta Corte Superior.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CUSTO DE LOCALIZAÇÃO E REPRODUÇÃO DOS DOCUMENTOS. ÔNUS DO PAGAMENTO.

- O dever de informação e, por conseguinte, o de exibir a documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória. Não pode ser objeto de recusa nem de condicionantes, face ao princípio da boa-fé objetiva.

- Se pode o cliente a qualquer tempo requerer da instituição financeira prestação de contas, pode postular a exibição dos extratos de suas contas correntes, bem como as contas gráficas dos empréstimos efetuados, sem ter que adiantar para tanto os custos dessa operação.

2007.002.22406 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 25/09/2007 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que, em ação de cobrança de valores relativos aos expurgos inflacionários do Plano Bresser, determinou a inversão do ônus da prova em razão de se tratar de relação regida pelo CDC, determinando ainda ao banco réu que apresente os extratos bancários referentes ao período objeto da lide. No caso em tela, tratando-se de caderneta de poupança, verifica-se que a relação jurídica mantida entre cliente e instituição bancária é de trato sucessivo,

com natureza continuada, de modo que a ela se aplica a legislação processual vigente, mormente no que tange à inversão do ônus da prova, uma vez que, como de curial sabença, as normas processuais incidem imediatamente a partir da entrada em vigor da lei que as estabelece. Os extratos da conta-corrente não são indispensáveis à propositura da ação em comento, mas o serão quando da liquidação do julgado em caso de procedência do pedido, haja vista a necessidade de se apurar o índice de correção monetária que foi efetivamente aplicado naquele período e o saldo bancário sobre o qual incidiu tal correção. Neste passo, afigura-se excessivamente rígida a exigência de que o consumidor ainda possua guardados os extratos relativos à sua conta-corrente naquele período questionado, sendo muito mais razoável que estes sejam apresentados pela instituição financeira, que dispõe de toda uma infra-estrutura tecnológica para realizar o controle da movimentação bancária de seus clientes. Decisão que se mantém.

2007.002.19453 - AGRAVO DE INSTRUMENTO JDS. DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 18/09/2007 - TERCEIRA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - GRATUIDADE DE JUSTIÇA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. Parte assistida pela Defensoria Pública, o que faz presumir a veracidade da declaração de hipossuficiência. Expurgos sofridos no período de 1987 a 1990, a importar na necessidade da apresentação de extratos de 20 anos atrás. Não se mostra razoável exigir que o correntista guarde extratos bancários daquela época, sendo suficiente para a propositura da ação a demonstração da titularidade da conta-poupança. Inteligência do art. 6º, § VIII do CDC. Recurso provido na forma do art. 557, § 1º - A do CPC.

2007.002.26698 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. PAULO GUSTAVO HORTA - Julgamento: 25/09/2007 - QUINTA CÂMARA CÍVEL EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - EXIBIÇÃO DE EXTRATO DE CONTA-POUPANÇA - Código de Defesa do Consumidor. A exhibitória incidental, como procedimento probatório, tem a mesma natureza e repercussão das demais provas produzidas pelas partes, cabendo ser avaliada no contexto probatório. Pode o juiz determinar que o réu apresente a cópia dos extratos de conta-poupança do autor pretende revisar em juízo. Aplicação do disposto no artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. A recusa da instituição ré acarreta os efeitos da confissão, tomando-se como verdadeiro o fato que o documento poderia provar. Inteligência do art. 359 do CPC. Agravo com seguimento negado, na forma do art. 557 do CPC.

É cediço que o Código de Defesa do Consumidor – CDC é nascido de uma lei principiológica e que segundo a insigne professora PhD Cláudia Lima Marques há que existir o diálogo de fontes<sup>3</sup> no nosso ordenamento jurídico.

Quando falamos em inversão do ônus da prova, ele por si só é um direito inerente ao consumidor e todos os tribunais pátrios já se manifestaram no sentido de afirmar que há relação de consumo nesse caso que analisamos, inclusive a nossa Corte Maior, Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento a ADIN 2591, ratificou esse entendimento.

Não é necessário que, para utilizar um direito do consumidor, precisemos de todos os direitos elencados no CDC, até porque é um rol exemplificativo, e não taxativo, de direitos.

Em análise ao diálogo das fontes, observamos que pode, com uma clareza suprema, o consumidor se valer de algumas normas do

---

<sup>3</sup> “Diálogo das fontes é uma expressão retórica (e semiótica = conta sua própria finalidade de impor duas lógicas, de aplicar simultânea e concomitantemente duas leis)”. (MARCQUES, 2009, p. 90).

direito consumerista, de outras do direito civil (como é o caso da prescrição) e nem por isso causar qualquer transtorno às normas vigentes.

Para que seja concedida a inversão do ônus da prova pelo magistrado é necessário verificar a existência da VEROSSIMILHANÇA e da HIPOSSUFICIÊNCIA.

O CDC, em seu art. 6º, inciso VIII nos esclarece que:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:  
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

E quanto ao diálogo das fontes da jurista Cláudia Lima Marques o art. 7º do mesmo codex é radiante:

Art. 7º. Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Nesse sentido já se posicionou a jurisprudência pátria, senão vejamos a Ementa do REsp 696.816, de 29.10.2009, Rel. Ministro SIDNEI BENETI:

PROCESSUAL CIVIL. ÔNUS PROCESSUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ADIANTAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.

I - Ônus processual pode ser entendido como uma faculdade cujo exercício configura implemento de

condição apta a colocar a parte em situação processual mais vantajosa. Transportando essa noção para o campo probatório é possível afirmar que o ônus da prova exorta a parte que o suporta a produzir determinada prova, sob pena de, não o fazendo, ver constituída em seu desfavor, uma situação gravosa. Assim, se a parte não se desincumbe do ônus de provar determinado fato, resta ao juiz interpretar o *non liquet* que daí pode se originar em desfavor dessa mesma parte.

II - Considerando o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, as regras relativas ao ônus da prova se apresentam, portanto, como um instrumento que permite ao juiz proferir sentença nas hipóteses em que ele não conseguiu formar uma convicção (motivada) a respeito dos fatos. Precedentes.

III - A inversão do ônus da prova não é incompatível com a atividade instrutória do juiz reconhecida no artigo 130 do Código de Processo Civil.

IV - Não se impõe à parte contrária a obrigação de adiantar as custas relativas às provas determinadas de ofício pelo juiz, cumprindo, nesse caso, ao próprio autor beneficiado com a inversão, adiantar as custas.

Precedentes.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do arcabouço apresentado, sobretudo jurisprudencial, evidenciou-se que a falha do magistrado federal, embora tenha impedido uma consumidora de alcançar a Justiça, com a utilização do Direito com uma hermenêutica menos apropriada, venho corroborar o fato de que o Direito do Consumidor é dos ramos jurídicos ainda pouco estudado por alguns aplicadores do Direito e esse foi o *insight* para a elaboração do presente trabalho. De forma que ficasse claro que pode-se aplicar normas distintas em sentido de complementariedade com o fito de proporcionar a defesa dos consumidores de uma maneira geral.



A Constituição Federal destacou a necessidade de se proteger o consumidor<sup>4</sup>, mas essa proteção vai muito além da mera fiscalização pelos órgãos de defesa do consumidor, legalmente constituídos. A prestação jurisdicional é a forma mais eficaz de assegurar esses direitos, haja vista que, através dela, o consumidor pode garantir a aplicação da lei corretamente e punir os maus fornecedores, que se aproveitam da condição de fragilidade na qual se encontra a maioria dos consumidores para impor condutas abusivas que lhes garante maior lucratividade nas relações de consumo.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V. et al. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado, jurisprudência, doutrina questões. 6. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do Título III do código de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 43-78, jul./set. 1995.

---

<sup>4</sup> Art. 5º, inciso XXXII, CF/88.



## A QUEBRA DE SIGILO PELAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

*Jorge Fernando dos Santos Ribeiro\**

**Resumo:** O presente trabalho versa sobre as comissões parlamentares de inquérito na Constituição da República de 1988. É dado especial destaque ao estudo da quebra de sigilo realizada pelas aludidas comissões no âmbito federal, dando ênfase à análise da possibilidade de elas terem poderes para decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo de dados fiscais, bancários, financeiros e telefônicos. O tema é estudado com base na doutrina pátria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Comissão Parlamentar de Inquérito. Investigação parlamentar. Quebra de sigilo.

**Abstract:** This paper deals with the parliamentary committees of inquiry in the Constitution of 1988. Special emphasis is given to the study of breach of confidentiality made by the aforesaid commissions at the federal level, emphasizing the analysis of whether they have the power to enact, by his own authority, the breach of confidentiality of tax information, banking, financial and telephone. The subject is studied based on the doctrine and jurisprudence of the country the Supreme Court.

**Keywords:** Parliamentary Commission of Inquiry. Parliamentary investigation. Breach of confidentiality.

### 1 INTRODUÇÃO

Embora a instauração de comissões parlamentares de inquérito (CPI's) seja uma prática frequente em nosso país, de modo que constantemente tem ganho as manchetes dos jornais, seja pela relevância do

---

\* Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco/UNDB. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Advogado. Secretário da Comissão de Acompanhamento dos Juizados Especiais da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Maranhão. E-mail: jorgefernando\_84@hotmail.com

fato investigado, seja pelos abusos que os parlamentares cometem, o tema ainda é pouco conhecido pela sociedade.

Pouco se sabe quais são os verdadeiros poderes das CPI's. Podem elas diretamente, ou seja, sem autorização judicial, determinar a quebra do sigilo de dados fiscais, bancários, financeiros e telefônicos?

É esta a pergunta que o presente ensaio se propõe a responder.

Dessa maneira, o artigo será dividido em 4 (quatro) tópicos.

O primeiro tópico aborda o conceito, a natureza jurídica e a origem das CPI's, assim como faz uma breve explanação do referido instituto nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

O segundo tópico trata, de forma sucinta, das CPI's no Direito Comparado, especificamente nos Estados Unidos, França, Alemanha, Espanha, Itália, Argentina, Portugal e Parlamento Europeu.

Por sua vez, o terceiro tópico diz respeito aos requisitos para a criação das CPI's.

Por derradeiro, o quarto tópico estuda a quebra de sigilo pelas CPI's, enfatizando a quebra do sigilo de dados fiscais, bancários, financeiros e telefônicos.

## 2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

De acordo com Ferreira (1986, p. 1437), a palavra comissão deriva do latim *commissione* e no vernáculo significa “ato de cometer, de encarregar. Encargo, incumbência. Grupo de pessoas com funções especiais, ou incumbidas de tratar de determinado assunto; comitê”.

No âmbito do Direito Constitucional, Diniz (1998, p. 661) define o vocábulo comissão como “cada um dos grupos em que se dividem os membros de Câmaras Legislativas para estudar os projetos de lei, dando sobre eles parecer”.

Da definição supramencionada pode-se extrair a ideia do que são comissões parlamentares. Silva (2009, p. 513-514) as define como “organismos constituídos em cada Câmara, compostos de número geralmente restrito de membros, encarregados de estudar e examinar as proposições legislativas e apresentar pareceres”.

As aludidas comissões nascem da necessidade da divisão do trabalho no âmbito do parlamento, imprescindível para que se garanta

um bom desempenho no cumprimento das atividades do Poder Legislativo (BARTHÉLEMY apud OLIVEIRA, 2001, p. 3).

Uma espécie dessas comissões são as CPI's, que são temporárias e podem ser criadas pela Câmara dos Deputados, ou pelo Senado Federal, ou em conjunto pelas duas Casas Legislativas, com a finalidade de apurar fato determinado e por prazo certo.

As CPI's "são órgãos [colegiados] que instauram um procedimento administrativo de feição política, de cunho meramente investigatório, semelhante ao inquérito policial e ao inquérito civil público". (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 930).

Discorrendo sobre as investigações realizadas pelas CPI's, Gonçalves (2001, p. 40-41) assevera que elas:

[...] possuem natureza *sui generis*, não redutível a quaisquer outros procedimentos investigativos existentes em nosso direito, embora tome destes algumas de suas características. Notadamente, o inquérito policial, a instrução processual penal e o inquérito civil público apresentam características assemelhadas às das investigações parlamentares, a ponto de servirem de parâmetro de análise, permitindo a elucidação do que é próprio apenas às CPIs. Uma diferença importante, entretanto, é que tanto o inquérito policial quanto o inquérito civil público são procedimentos preparatórios, um para a promoção da ação penal, outro para ação civil pública. Já as investigações parlamentares não são preparatórias. Embora possam ser utilizadas até mesmo como lastro para ações penais e civis públicas, a finalidade delas não é, por certo, este encaminhamento. [...] Seu escopo é tão somente apurar o fato certo e determinado para o qual foram constituídas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Oliveira (2001, p. 6), analisando a natureza jurídica das CPI's, anota: "Como natureza jurídica pode-se definir a comissão parlamentar de inquérito como uma comissão *especial e temporária*. É especial, pois só se utiliza se requerida e para investigar fato determinado, e temporária porque tem prazo certo para ultimar os seus trabalhos, podendo no máximo ser prorrogada até o término da legislatura no qual foi constituída".

Ademais, as investigações iniciadas pelo Poder Legislativo têm natureza inquisitiva. Sendo assim, tendo em vista que as CPI's não responsabilizam, não processam e não julgam, a elas não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa (GONÇALVES, 2001, p. 173-174)<sup>2</sup>.

### 3 BREVE HISTÓRICO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

#### 3.1 Origem das Comissões Parlamentares de Inquérito

A doutrina é unânime em afirmar que as CPI's surgiram na Inglaterra. Entretanto, não há consenso com relação ao exato momento do seu surgimento (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 899).

Para alguns estudiosos, a origem das CPI's remonta ao século XIV, mais precisamente, durante o período que a Inglaterra foi reinada por Eduardo II e Eduardo III (1327-1377), quando “permitiu-se ao parlamento a possibilidade de controle da gestão da coisa pública realizada pelo soberano”. (MORAES, 2010).

Contudo, há aqueles que afirmam que a origem das CPI's se deu no ano de 1571 e se ampliou depois de 1688, período em que o Parlamento passou a ostentar uma posição de supremacia na Inglaterra<sup>3</sup>.

Baracho (2001, p. 154), discorrendo sobre a origem das CPI's, assevera que elas surgiram após a revolução inglesa, “quando foi possível a vigilância da *prerrogativa regia*, através de vários instrumentos. Naquela

---

<sup>2</sup> Em sentido diverso, Peixinho e Guanabara (2005, p. 98) lecionam: “As testemunhas e os indiciados convocados e intimados pelas CPI's não podem ser privados da ampla defesa (*Nemo inauditus dammari potest*) e, por via de consequência, esta só poderá efetivar-se em plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do inquérito parlamentar”.

<sup>3</sup> Tucci (1994, p. 172), em seu parecer sobre as comissões parlamentares de inquérito, afirmou: “A origem das comissões parlamentares de inquérito remonta, provavelmente, ao séc. XVI, na Inglaterra, como anota, lastreado em Marshall Edward Dimock e Aguinaldo Costa Pereira, o Dep. Dnár Mendes Ferreira (em ‘comissões parlamentares de inquérito’, na RF, Rio, 1954, v. 151, p. 95), e fixando, com o 1.º, o ano de 1571, - ressalvada a opinião de Ernest J. Eberling no sentido de que ‘a Alta Corte do Parlamento já exercia esse direito de investigação no séc. XIV’”.

ocasião eram órgãos compostos por reduzido número de deputados (*Select Committees*)” e tinham como principal objetivo “obter informações sobre fatos concretos relacionados aos trabalhos parlamentares. [...] pretendiam facilitar o trabalho do plenário e ser um instrumento de controle ou de equilíbrio, nos casos de discordâncias entre parlamento e governo”.

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 899), discorrendo sobre a origem das CPI’s, ponderam que há quem afirme “que a primeira comissão do gênero foi a que o Parlamento britânico instituiu, em 1689, para investigar circunstâncias da guerra contra a Irlanda”; já para outros, a primeira comissão “foi instituída ainda antes, em 1571, embora os trabalhos inquisitivos do legislador tenham, realmente, ganhado maior vulto depois de 1688, quando o Parlamento assumiu posição de supremacia na Inglaterra”.

Um dos motivos dessa incerteza quanto ao momento em que surgiu a primeira CPI pode ser atribuído ao fato do seu nascimento ter ocorrido na Inglaterra, onde a Constituição é costumeira<sup>4</sup>, o que dificulta o registro histórico (MATEUS, 2006, p. 47).

### **3. 2 As Comissões Parlamentares de Inquérito nas Constituições brasileiras**

A Constituição do Império (1824) não fazia qualquer menção às CPI’s, mas isso não queria dizer que o Poder Legislativo estava proibido de criá-las.

Desse modo, foram criadas algumas CPI’s para apurar questões comerciais, industriais, agrícolas e financeiras.

Nesse diapasão, o Ministro Paulo Brossard, em voto proferido no *Habeas Corpus* n.º 71.039/RJ, afirmou:

A Constituição imperial era omissa a respeito. Nem por isso se negou às câmaras o poder de criá-las, e ao contrário do que se tem afirmado, àquele

---

<sup>4</sup> Cunha Júnior (2008, p. 116) explica: “Constituição não-escrita, ou costumeira, é aquela cujas normas não estão plasmadas em um texto único, mas que se revelam através dos costumes, da jurisprudência e até mesmo em textos constitucionais escritos, porém esparsos, como é exemplo a Constituição da Inglaterra”.

tempo foram nomeadas comissões de inquérito. Delas dá notícia AFONSO PENA em suas notas ao Regimento do Senado, ao tempo em que seu presidente, na condição de Vice-Presidente da República: ‘temos exemplo de inquéritos parlamentares sobre questões comerciais, industriais, agrícolas e financeiras e outras...Entre outros casos, podemos citar o da Comissão Parlamentar nomeada em 24 de outubro de 1882, para instaurar inquérito sobre as condições do nosso comércio, da nossa indústria fabril e do serviço das nossas Alfândegas, que apresentou desenvolvidas informações em 30 de agosto de 1883 [...]’<sup>5</sup>.

A exemplo da Constituição de 1824, a Constituição de 1891 também silenciou-se no que se refere às CPI’s. No entanto, prevalecia o entendimento de que essa omissão não proibia que as Casas do Congresso realizassem investigações, de modo que “foram propostos na Câmara 19 (dezenove) inquéritos parlamentares”. (BARACHO, 2001, p. 104).

A primeira Constituição que passou a prever expressamente a criação das CPI’s foi a de 1934 que, na dicção do *caput* do seu art. 36, assim dispôs: “A Câmara dos Deputados criará Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros”.

Importante frisar que, ao contrário do que alguns estudiosos sobre o tema vêm afirmando<sup>6</sup>, a criação das aludidas comissões não ficou restrita apenas ao âmbito da Câmara dos Deputados, uma vez que

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.039. Tribunal Pleno. Paciente: Cesar de La Cruz Mendoza Arrieta. Co-autora: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do INSS. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, 07 de abril de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72853>>. Acesso em: 8 jul. 2010. Em sentido contrário, Tucci (1994, p. 173): “Em nosso país, não se tem notícia da formação de comissão parlamentar de inquérito à época do Império, nem mesmo com a finalidade de apurar fatos relacionados à atuação de órgãos do Poder Executivo”.

<sup>6</sup> Afirmando que apenas a Câmara dos Deputados poderia criar Comissões Parlamentares de Inquérito (Cf. NINA, 2010). Em sentido contrário, sustentando que a criação das mencionadas comissões também era facultada ao Senado Federal (TUCCI, 1994, p. 173).



a própria Constituição de 1934, no seu art. 92, §1º, VI, dava poderes à Seção Permanente do Senado Federal para “criar Comissões de Inquérito, sobre fatos determinados observando o parágrafo único do art. 36”.

A Constituição de 1937, de cunho ditatorial - que ficou conhecida como “Polaca”, por ter sofrido forte influência da Constituição autoritária da Polônia -, com o objetivo de fortalecer o Poder Executivo e restringir as atribuições do Poder Legislativo, extinguiu do nosso ordenamento jurídico a possibilidade de criação de CPI’s.

Por sua vez, a Constituição de 1946 passou a prever novamente o instituto das CPI’s. Todavia, dessa vez deu poder tanto a Câmara como ao Senado de criá-las, estabelecendo no seu art. 53 que “a Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão Comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros”.

A Constituição de 1967, ao disciplinar o instituto em apreço, estabeleceu no seu art. 39 que “a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros”.

Como se pode perceber, a Constituição de 1967 inovou tanto ao possibilitar a instalação de comissões mistas, formadas por Senadores e Deputados Federais, como ao instituir o requisito do prazo certo.

A Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, que foi considerada uma nova Constituição<sup>7</sup>, no seu art. 37<sup>8</sup>, reproduziu o texto do art. 39 da Constituição de 1967.

O art. 30 foi completamente modificado, de modo que em seu parágrafo único foi acrescentada a alínea “e”<sup>9</sup> com a seguinte redação:

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, Silva (2009, p. 87) leciona: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*”.

<sup>8</sup> Art. 37. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros.

<sup>9</sup> Que com o advento da Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982, ganhou nova redação, de modo que o seu texto original foi transferido para a alínea “d” do mesmo dispositivo legal.

“não será criada comissão parlamentar de inquérito enquanto estiverem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal”.

A alínea “f”<sup>10</sup> do parágrafo único do art. 30, também estabeleceu uma restrição às comissões em estudo, de modo que não se permitiu despesas com viagens para seus membros.

Accioli (1980, p. 25-26) assinala que esses dois dispositivos limitaram “a formação de comissão de inquérito, fator primordial na investigação, o que naturalmente, dificultou as investigações nos locais objeto das mesmas. Erigiu-se, [...] essa sanção do governo num autêntico cerceamento ao poder de investigação do Legislativo”.

Por derradeiro, a Constituição de 1988 inovou em relação às anteriores, ampliou significativamente as prerrogativas das CPI’s ao atribuí-las “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas” (art. 58, § 3º), tornando-as um grande instrumento do Poder Público.

## **4 AS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NO DIREITO COMPARADO**

### **4.1 Estados Unidos**

Apesar da omissão da Constituição norte-americana de 1787, já no ano de 1792 foi criada a primeira comissão de inquérito, quando a Câmara de Deputados nomeou um comitê para apurar os motivos da derrota da expedição comandada pelo General Arthur St. Clair contra os índios do noroeste norte americano (GONÇALVES, 2001, p. 19)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Com o advento da Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982, este dispositivo foi transferido para a alínea “e” do mesmo parágrafo, passando a constar com a seguinte redação: “e) não será de qualquer modo subvencionada viagem de congressista ao exterior, salvo no desempenho de missão temporária da Câmara a que pertencer o deputado ou senador”.

<sup>11</sup> Embora a Constituição Norte-Americana tenha sido silente “Comissões congressuais de inquérito foram sem hesitação utilizadas quase no início do governo dos Estados Unidos, devido ao conhecimento, por parte dos membros do Congresso, da posição segura e larga da atividade de tais comissões, por longo tempo, na Inglaterra. As comissões de investigação têm seu fundamento num costume parlamentar que rivaliza em antiguidade com

Já no Senado norte-americano, a primeira comissão de inquérito foi realizada no ano de 1818 com o escopo de investigar os problemas ocorridos na guerra dos Seminolas na Flórida. O objetivo dessa comissão era averiguar a conduta do General Jackson – na referida guerra – especificamente no que se refere ao avanço das tropas da União na Flórida Ocidental. Apurou-se “que o General Jackson agira de modo independente, sem respeitar certas restrições constitucionais. A comissão concluiu com uma censura severa à usurpação dos poderes do General”. (OLIVEIRA, 2001, p. 13).

No ano de 1927, no julgamento do caso *Magrain vs. Daugherty*, a Suprema Corte proferiu importante voto firmando o entendimento de que o Congresso, além de poder compelir testemunhas a comparecer às CPI's, poderia impor punições, caso elas mentissem ou ficassem caladas diante de questões relevantes, uma vez que o poder de investigação é um auxiliar indispensável e adequado à função legislativa.

Em 1961, no caso *Bareblatt vs. United States*, a Suprema Corte confirmou a denúncia formulada em desfavor de um professor, que ao prestar depoimento optou por não responder as perguntas que lhe foram formuladas, afirmando que, além do Congresso não possuir poderes para conduzir coercitivamente e o objeto da Comissão necessitar de uma melhor delimitação, tais questões poderiam violar o direito de cátedra. No referido julgamento a Suprema Corte “entendeu que a relevância da investigação sobrepunha o interesse público ao particular, aceitando como válido o objeto de investigação, que era a infiltração comunista no meio educacional norte-americano”. (GONÇALVES, 2001, p. 21).

Ademais, atualmente nos Estados Unidos prevalece o entendimento de que as CPI's não podem ter como objeto de investigação pessoa ou organização privada, de modo que tais comissões investigativas não podem invadir a esfera de intimidade dos indivíduos e devem

---

muitas das práticas, as quais constituem ainda uma parte dos processos adotados pelo Parlamento e pelo Congresso. A base do exercício do poder inquisitório, em ambos os casos, encontra-se antes no costume que em direito especificamente criado por provisão constitucional ou legal. O uso original e continuado do exercício desse poder pareceu necessário para a própria sobrevivência e eficiência do Legislativo”. (DIMOCK apud OLIVEIRA, 2001, p. 11-12).

ter conexão com o propósito legislativo (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 127-129).

#### **4. 2 França**

Assim como a Constituição norte-americana, a Constituição francesa silenciou-se sobre a possibilidade de instauração de CPI. Entretanto, o tema é regulado por lei (*ordonnance* n. 58-1100, de 17 de novembro de 1958, com nova redação dada pelas Leis ns. 77-807, de 19 de julho de 1977 e 91-698, de 20 de julho de 1991) (GONÇALVES, 2001, p. 31-32).

A comissão não pode funcionar por mais de 6 (seis) meses, a contar da data da resolução que a criou, só sendo possível após um intervalo de 12 (doze) meses a constituição de nova comissão de inquérito para investigar os mesmos fatos que tiverem sido objeto de outra. Além disso, desde que não haja decisão em contrário, as sessões serão públicas (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 130).

As comissões serão constituídas por 30 (trinta) membros na Assembleia Nacional e 21 (vinte e um) no Senado, que serão eleitos em conformidade com o princípio da proporcionalidade dos grupos.

Dentre as suas competências, pode-se destacar a possibilidade de convocarem testemunhas, assim como poderão ter acesso a qualquer tipo de documento, “exceto aqueles que devam ser guardados em sigilo em razão da relevância ou da defesa nacional, como aqueles assuntos pertinentes a Estado e sob reserva do princípio da separação do Poder Judiciário e outros poderes”. (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 130-131).

#### **4. 3 Alemanha**

A Alemanha inovou ao ser o primeiro país a prever em nível constitucional (Constituição de 1919) a instauração de CPI's.

Conforme o art. 34 da citada Constituição, o Parlamento Federal, mediante o requerimento da quinta parte dos seus membros, tinha o direito de instituir comissões de inquérito, colhendo, em sessão pública, as provas julgadas necessárias por elas ou pelos promotores do inquérito (OLIVEIRA, 2001, p. 18).

Por outro lado, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn), de 23 de maio de 1949, em seu art. 44 estabeleceu:

1. O Parlamento Federal tem direito e, a requerimento de uma quarta parte de seus membros, o dever, de nomear uma comissão de investigação que reunirá as provas necessárias em sessão pública. A publicidade poderá ser suprimida.
2. À produção da prova se aplicarão analogicamente as disposições relativas ao processo penal. Permanecerá inviolável o segredo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações.
3. Os tribunais e autoridades administrativas estão obrigados a prestar ajuda judicial e administrativa.
4. As resoluções da Comissão de Investigação não poderão ser submetidas à consideração judicial. Os tribunais são livres para apreciar e qualificar os fatos que são objeto de investigação<sup>12</sup>.

Importante frisar que ao se aplicar analogicamente as regras do processo penal alemão às CPI's, objetiva-se garantir que os investigados não sofram abusos estatais, não se admitindo ficções jurídicas de qualquer tipo, buscando-se a verdade real.

Ademais, é vedada a possibilidade de acesso aos dados protegidos pelo segredo de correspondência, das comunicações postais e telecomunicações (GONÇALVES, 2001, p. 25).

#### **4. 4 Espanha**

Na Espanha, para que haja instauração de CPI deve-se observar o princípio da proporcionalidade (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 135).

Com relação ao prazo de duração, as CPI's não podem ultrapassar o tempo máximo que dura a legislatura.

---

<sup>12</sup> Tradução realizada por Gonçalves (2001, p. 24-25).

As CPI's não tem seus poderes equiparados aos poderes das autoridades judiciais, mas possuem importantes prerrogativas. Dentre elas, pode-se citar que os funcionários públicos ou particulares, quando convocados, regularmente citados, são obrigados a comparecer, sob pena de, em caso de falta injustificada, serem enquadrados no crime de desobediência grave. No entanto, não poderá o Poder Legislativo aplicar diretamente a sanção aos infratores, uma vez que somente o Poder Judiciário tem poder para praticar tal ato (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 136).

#### 4.5 Itália

Na Itália, as CPI's estão previstas expressamente na Constituição e se inserem como mecanismo essencial para o funcionamento do regime de gabinete (GONÇALVES, 2001, p. 21).

A Constituição Italiana de 1948 dispõe em seu art. 84:

Cada Câmara poderá criar comissões de inquérito sobre matérias de interesse público. Para tanto, nomeará entre seus próprios membros uma Comissão formada de maneira tal que reflita proporcionalmente os grupos. A Comissão de inquérito investigará e examinará, com os mesmos poderes e limitações da autoridade judicial<sup>13</sup>.

Da leitura do dispositivo constitucional supramencionado pode-se constatar as quatro principais características das CPI's na Itália, a saber: a) podem ser criadas em Casa do Parlamento, em conjunto ou separadamente; b) devem observar a proporcionalidade dos partidos e coligações; c) possuem poderes de investigação semelhantes aos poderes dos juízes; e d) devem limitar-se a investigar matérias que se revistam de interesse público (GONÇALVES, 2001, p. 23).

Apesar de a Constituição não exigir lei específica para a criação de uma comissão de inquérito, é comum tais comissões serem cria-

---

<sup>13</sup> Tradução realizada por Gonçalves (2001, p. 22).

das por lei. Também é praxe que sejam criadas comissões mistas, ou seja, comissões formadas paritariamente por representantes da Câmara e do Senado. Nesse caso, a lei que as instituiu será aprovada pela Câmara e pelo Senado e promulgada pelo Presidente da República. Após a criação das comissões, ambas as Casas Parlamentares deverão, em conjunto, elaborar um regimento interno procurando garantir a efetividade da lei instituidora (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 138).

Por derradeiro, urge salientar que, findo os trabalhos, deverá ser apresentado um relatório contendo uma proposta que será implementada pelo Parlamento.

#### 4.6 Argentina

Na Argentina, as primeiras CPI's surgiram em 1872, sendo que no decorrer da evolução histórica dessas comissões houve um período que os parlamentares membros de algumas comissões realizaram verdadeira inquisição<sup>14</sup>.

São 3 (três) os postulados que legitimam as CPI's na Argentina, a saber: A competência que o Congresso tem para investigar decorre da função de controle, que se manifesta através do princípio da legalidade, que é resultado de uma Constituição escrita e rígida. Em um segundo plano, tal competência retira o seu fundamento da teoria dos poderes implícitos advinda da influência norte-americana. Por fim, o terceiro postulado se fundamenta na "teoria dos poderes herdados tanto do parlamento inglês quanto das primitivas legislaturas também promanadas da jurisprudência e doutrina norte-americanas". (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 148).

As CPI's devem ter como objeto de investigação somente fatos que estejam vinculados a alguma atividade do Poder Legislativo. Desse

---

<sup>14</sup> "No transcorrer da evolução histórica das comissões parlamentares de inquérito na Argentina, houve época de verdadeira inquisição realizada pelos parlamentares. José Alfredo de Oliveira Baracho relata que a Comissão Investigadora do caso Satsnowsky, em 1958, chegou a deter pessoas, submetê-las a interrogatórios, decretar incomunicabilidade e outros procedimentos. No entanto, entende que a Constituição fulmina as 'Comissões Especiais', destinadas a julgar e condenar, porém não pode impedir a formação de Comissões Investigadoras, cuja finalidade seja controlar ou legislar dentro das funções concedidas pela Constituição ao Congresso". (OLIVEIRA, 2001, p. 20).

modo, as aludidas comissões não podem investigar atividades privadas que não guardem pertinência com a função pública, assim como “também não têm competência para citar compulsoriamente as testemunhas, bem como violar o sigilo de correspondência e determinar busca e apreensão em domicílio, sem que haja autorização legal”. (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 151).

#### 4.7 Portugal

A Constituição Portuguesa de 1976 dedicou um artigo possibilitando a instauração de CPI's. No ano de 1982 houve uma Revisão constitucional, no entanto não ocorreu alterações na parte que disciplina o tema.

Dispõe o art. 181 da atual Constituição:

1. A Assembléia da República tem as Comissões Previstas no Regimento e pode constituir comissões eventuais de inquérito ou para qualquer outro fim determinado.
2. A composição das comissões corresponde à representatividade dos partidos na Assembléia da República.
3. As petições dirigidas à Assembléia são apreciadas pelas comissões ou por comissão especialmente constituída para o feito, que poderá ouvir as demais comissões competentes em razão da matéria, em todos os casos podendo ser solicitado o depoimento de quaisquer cidadãos.
4. Sem prejuízo da sua constituição nos termos gerais, as comissões parlamentares de inquérito são obrigatoriamente constituídas sempre que tal for requerido por um quinto dos Deputados em efectividade de funções, até o limite de uma por Deputado e por sessão legislativa.
5. As comissões parlamentares de inquérito gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.
6. As presidências das comissões parlamentares são no conjunto repartidas pelos grupos parla-



mentares em proporção com o número de seus deputados [...]<sup>15</sup>.

A Lei nº 5, de março de 1993, trata dos demais aspectos das CPI's, estabelecendo que elas tem a finalidade de fiscalizar o cumprimento da Constituição e das leis e investigar fatos considerados de relevante interesse público. O tempo máximo de duração das referidas comissões é de 180 dias, havendo possibilidade de prorrogação por 90 dias<sup>16</sup>.

Ademais, elas terão poderes de investigação análogos aos das autoridades judiciais.

#### **4.8 Parlamento Europeu**

Para que o Parlamento Europeu crie CPI é necessário requerimento de um quarto dos seus membros, que poderão instituí-las com a finalidade de verificar informações de que houve a prática de infrações ou de má administração na aplicação do Direito Comunitário quando a responsabilidade seja da administração pública de um Estado-membro, ou de uma instituição ou órgão das Comunidades Europeias, ou de pessoas mandatárias pelo Direito Comunitário para aplicar esse Direito (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 152).

O requerimento de criação das CPI's deve definir o objeto de investigação, sendo que a comissão terá o prazo de doze meses, a contar da data da sua constituição, para concluir os seus trabalhos que, por decisão fundamentada do Parlamento Europeu, poderá ser prorrogado por dois períodos de três meses. “Esta decisão será publicada no jornal oficial das Comunidades Européias”. (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 154).

A pessoa que for chamada para ser ouvida pela CPI terá a possibilidade de “opor-lhe os mesmos direitos que teria se testemunhasse perante um órgão jurisdicional de seu país, devendo ser informada desses direitos antes de prestar as declarações”. (GONÇALVES, 2001, p. 31).

---

<sup>15</sup> Informações extraídas da obra de Gonçalves (2001, p. 28).

<sup>16</sup> Cf. Peixinho e Guanabara (2005, p. 145) e Gonçalves (2001, p. 28).

De mais a mais, a composição – que terá que observar a representação dos grupos políticos –, e as regras de funcionamento interno das aludidas comissões serão fixadas pelo Parlamento Europeu (PEIXINHO; GUANABARA, 2005, p. 153).

## **5 REQUISITOS PARA A CRIAÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO**

A Constituição da República prescreve no seu art. 58, § 3º, três requisitos que devem ser observados para a instauração das CPI's, a saber: a) requerimento de 1/3 (um terço) de seus membros, b) apuração de fato determinado, e c) prazo certo.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança n.º 24.831/DF, consolidou o entendimento “de que uma vez preenchidos os três requisitos acima citados, a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito estará viabilizada no âmbito das Casas Legislativas”. (PORTO FILHO, 2007, p. 30).

### **5.1 Requerimento de 1/3 (um terço) de seus membros**

Ao estabelecer em seu art. 58, § 3º, que as CPI's serão criadas mediante requerimento de um terço de seus membros, a Carta Magna está garantindo o exercício do direito das minorias, ou seja, “está protegendo o direito de oposição e evitando que a minoria venha a ser oprimida pela maioria parlamentar, que poderá ter seus atos investigados, de acordo com o que enseja o regime democrático”. (PORTO FILHO, 2007, p. 32).

No ponto, oportuna a transcrição de um trecho do discurso proferido pelo – na época Deputado Federal – e atualmente Ministro da Justiça José Eduardo Martins Cardozo, na Câmara dos Deputados, em 9 de março de 2006, na sessão: 015.4.52.0:

Sabidamente, a Constituição Federal de 1988 permite que a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito se dêem com a subscrição de um terço de Parlamentares, portanto, da minoria parlamentar. Se a CPI vai investigar o Poder, deve fazê-lo

independentemente do seu próprio consentimento. Como a maioria parlamentar, normalmente - embora nem sempre -, tem correspondência com o poder do Executivo, subordinar o desencadear de uma iniciativa parlamentar à aprovação da maioria parlamentar seria permitir que o Poder negasse a possibilidade de ser investigado. É nessa perspectiva que a Constituição Federal de 1988 admite que a minoria parlamentar possa criar investigações parlamentares<sup>17</sup>.

Assim, colhidas as assinaturas no requerimento de criação de CPI e preenchidos os demais requisitos (apuração de fato determinado e por prazo certo), o aludido requerimento será apresentado ao Presidente da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal, ou do Congresso Nacional, dependendo do tipo de comissão que será criada. Observado este procedimento, será automática a criação da comissão.

Ocorre que a Magna Carta, na dicção do §1º, do seu art. 58, dispõe que “na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”.

Contudo, essa garantia da proporcionalidade assegurada aos partidos ou blocos parlamentares que participam da respectiva Casa gerou dúvidas quanto à sua observância no âmbito das CPI's, de modo que surgiram duas correntes debatendo sobre o assunto.

A primeira corrente advoga que somente os partidos políticos têm o direito de indicar os representantes para comporem as mencionadas comissões, pois o requerimento de 1/3 (um terço) é mera condição de procedibilidade, uma vez que “a real instalação é decorrente da efetiva vontade dos partidos políticos e, portanto, a indicação pelos partidos é requisito indispensável para a existência das Comissões Parlamentares de Inquérito”. (PORTO FILHO, 2007, p. 37).

---

<sup>17</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sessão nº. 015.4.52.0, 9 de mar. 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/plenario/notas/ordinari/v090306.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

Por sua vez, a segunda corrente, que é a dominante, adotada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>, sustenta que preenchidos os requisitos do art. 58, § 3º, da Constituição (requerimento de um terço de seus membros, apuração de fato determinado e por prazo certo) é obrigatória a instalação da CPI.

Desse modo, Porto Filho (2007, p. 40) afirma que a Lei Fundamental ao assegurar que as minorias parlamentares criem CPI e prescrevam a proporcionalidade partidária ou dos blocos parlamentares, estava apenas procurando garantir o equilíbrio entre a minoria e a maioria parlamentares, “sem, contudo, subordinar ou obstar o direito de fiscalizar”.

Sabendo que nem sempre será possível observar a proporcionalidade, o legislador constituinte prescreveu que ela deverá ser assegurada “tanto quanto possível” (art. 58, § 3º).

Assim, a impossibilidade de se garantir a proporcionalidade partidária não pode inviabilizar a instauração de CPI<sup>19</sup>.

## 5.2 Apuração de fato determinado

Outro requisito estabelecido pelo § 3º, do art. 58, da Constituição é que o requerimento de instauração da CPI aponte o fato determinado a ser investigado.

A partir dessa exigência constitucional, indaga-se: O que é fato determinado?

Cretella Júnior (1991, p. 270) conceitua fato determinado como sendo “*fato concreto*, específico, bem delineado, de modo a não deixar dúvidas sobre o objeto a ser investigado”.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.831/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de junho de 2005. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>>. Acesso em: 8 jul. 2010.

<sup>19</sup> Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de junho de 2005. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>>. Acesso em: 8 jul. 2010. Schier (2005, p. 68), escudado na lição de Rosah Russomano de Mendonça Lima, afirma: “o princípio da proporcionalidade de representação nas comissões comporta certa flexibilidade, ‘porquanto, se, numa Comissão, há menor número de membros que de partidos, não será de exigir-se uma proporcionalidade absolutamente exata’”.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no seu art. 35, § 1º, define fato determinado nos seguintes termos: “Considera-se fato determinado o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de constituição da Comissão”.

O aludido requisito constitucional tem o escopo de determinar o objeto a ser investigado, evitando que os parlamentares cometam o abuso de instituírem comissões com a finalidade de investigar fatos genericamente enunciados, amplos ou indefinidos.

De mais a mais, a CPI não está proibida de investigar fatos intimamente ligados ao fato determinado que ensejou sua instituição.

### 5.3 Prazo certo

A derradeira exigência prevista expressamente no art. 58, § 3º, da Constituição é que as CPI's tenham prazo certo para a conclusão de seus trabalhos.

Para Schier (2005, p. 68-69):

Legitima-se, a opção constitucional, ao que parece, por decorrência de três fatores. Uma vez que o fato a ser investigado deverá ser *determinado*, a sua delimitação adequada justificará que não se demande largo lapso de tempo para a investigação. Se assim não for, existirá, aí, forte indício de que o fato não seja realmente determinado. De outra sorte, em vista das repercussões políticas que podem advir das atividades investigatórias das CPIs, seria temeroso que se deixasse a sua duração alcançar período indeterminado, eis que isso facilitaria a exploração eleitoral do instituto. Finalmente, é através da fixação de prazo certo que se poderá, indiretamente, garantir certa objetividade e eficiência da atuação parlamentar nesta sede.

A Constituição exige que as CPI's tenham prazo certo e determinado, porém não enuncia qual é esse prazo, sendo a matéria dis-

ciplina no âmbito infraconstitucional. De acordo com o Regimento Interno da Câmara de Deputados (art. 35, § 3º), esse prazo será de 120 (cento e vinte) dias, podendo ser prorrogável por até metade, ou seja, o prazo poder ser de até 180 (cento e oitenta) dias.

Já o Regimento Interno do Senado Federal não fixou prazo máximo para a conclusão dos trabalhos das CPI's, permitindo que o seu requerimento de criação determine o prazo de duração, que poderá ser prorrogado, desde que não ultrapasse a legislatura em que foi criada. (art. 45, §1º cc arts. 152 e 76, § 4º).

Por sua vez, a Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, limitou-se a estabelecer que “a incumbência da Comissão Parlamentar de Inquérito termina com a sessão legislativa em que tiver sido outorgada, salvo deliberação da respectiva Câmara, prorrogando-a dentro da Legislatura em curso” (art. 5º, § 2º).

O Supremo Tribunal Federal, considerando que as CPI's constantemente interferem sobre direitos fundamentais dos indiciados, entendeu que a regulação do tempo de duração para que elas conclua seus trabalhos não deve ser objeto de resolução, mas sim de lei. Desse modo, a fórmula preconizada no dispositivo legal supramencionado, que admite a prorrogação dos trabalhos enquanto não terminar a legislatura, foi acolhida pela Suprema Corte (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 905).

Discorda-se da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a sucessiva prorrogação dos trabalhos das CPI's, mesmo que seja dentro da legislatura em curso, não obedece ao requisito constitucional do prazo certo.

## **6 A QUEBRA DE SIGILO PELAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO**

Como dito alhures, a Carta Magna de 1988, nos termos do seu art. 58, § 3º, inovou ao atribuir às CPI's poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Agindo assim o legislador constituinte admitiu que tais comissões possuíssem, somente no aspecto investigativo, poderes judiciais imprescindíveis à eficácia de suas ações. Contudo, proíbe que executem por si mesmas “medidas assecuratórias próprias

dos magistrados, estabelecendo em relação a tais poderes, verdadeira reserva jurisdicional”. (MATEUS, 2006, p. 149-150).

Para ilustrar, cite-se a ponderação sobre reserva de jurisdição que o Ministro Celso de Mello fez nos autos do Mandado de Segurança n.º 23. 652/DF:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Dito de outro modo, a reserva absoluta de jurisdição significa que determinados atos devem emanar somente do Poder Judiciário.

Por essa razão, Moraes (2004, p. 400) adverte que “as Comissões Parlamentares de Inquérito jamais terão os mesmos poderes cautelares que possuem as autoridades judiciais durante a instrução processual penal, por carecerem de competência jurisdicional”.

Assim, por incidência do princípio constitucional da reserva de jurisdição, as CPI’s não poderão determinar busca domiciliar (CF. art. 5º, XI), interceptação telefônica (CF. art. 5º, XII) e decretar prisão, salvo em flagrante delito (CF. art. 5º, LXI). Contudo, o supracitado princípio não se aplica à quebra de sigilo, uma vez que “por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF. art. 58, § 3º), assiste competência à [CPI], para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 23. 652/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. j. 22-11-2000, DJ 16-02-2001. “A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. – O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/ registros telefônicos que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que repre-

## 6.1 A quebra do sigilo de dados fiscais, bancários e financeiros

Antes de tecer qualquer consideração sobre o assunto, se faz mister estabelecer a distinção entre dados fiscais e dados financeiros.

Gonçalves (2001, p. 101) esclarece que “dados fiscais são aqueles obtidos pela Receita Federal e seus congêneres nos demais entes da federação, no exercício de sua atividade de arrecadação de tributos”. Portanto, englobam vários aspectos conexos “não só ao pagamento de tributos, mas também com a evolução patrimonial que lhe serve de paradigma”.

Já os dados financeiros, assevera o aludido autor,

[...] são, entre outros, aqueles relacionados a movimentação de recursos, em moeda, títulos, investimentos, poupanças, contas correntes e valores mobiliários. Dentre eles se incluem, em relação de gênero a espécie, os dados bancários, ou seja, recursos financeiros confiados, administrados ou

---

sentem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ ou sigilo telefônico, relativamente as pessoas por ela investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera da intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 23. 452/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. j. 16-09-1999, DJ 12-05-2000). Em sentido diverso, Barroso (2008): “As deliberações das comissões parlamentares de inquérito têm caráter imperativo, impõem o dever de obediência e podem efetivar-se mediante o emprego de meios coercitivos, quando necessário. Tais medidas, porém, não são executáveis pela própria comissão, que deverá servir-se do Judiciário para obter a execução coativa de suas decisões. [...] não pode a comissão parlamentar de inquérito, por seus próprios meios, realizar diligência de busca e apreensão ou quebra de sigilo telefônico, bancário e fiscal de qualquer pessoa. Poderá, todavia, formular requerimento ao Judiciário, instruindo o pedido com os elementos que evidenciem a necessidade de tais atos”.



postos à disposição por instituições financeiras de tipo bancário. É o caso dos dados relacionados a contas-correntes, contas-poupança, operações de crédito, etc.

Feito esse breve esclarecimento, passa-se à análise da quebra do sigilo dos dados fiscais, bancários e financeiros pelas CPI's.

Como cediço, a Constituição assegura a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X), bem como ao sigilo das correspondências, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Com efeito, a Constituição não se refere especificamente à proteção dos dados, mas sim à comunicação deles. Sendo assim, as CPI's podem, por competência própria, ter acesso a dados reservados, porém não podem torná-los públicos, de modo que só poderão divulgá-los, por justa causa, no momento do relatório final (SANTOS, 2004, p. 198).

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ:

A Comissão Parlamentar de Inquérito, embora disponha, *ex propria auctoritate*, de competência para ter acesso a dados reservados, não pode, agindo arbitrariamente, conferir indevida publicidade a registros sobre os quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico. Com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito, enquanto depositária desses elementos informativos, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável – com todas as conseqüências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar – a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e preservar o

sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. Havendo justa causa – e achando-se configurada a necessidade de revelar dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público, para os fins que se refere o artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição), seja ainda por razões imperiosas ditadas pelo interesse social – a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação da ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade<sup>21</sup>.

Interessante ressaltar que a quebra do sigilo de dados bancários e fiscais ante as CPI's estava prevista no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, nos seguintes termos:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

---

<sup>21</sup> No ponto, oportuno trazer à baila o seguinte ensinamento de Gonçalves (2001. p. 105): “Do maior relevo é referir que o acesso aos dados bancários, ou fiscais, ou quaisquer outros relativos à privacidade e intimidade das pessoas, não significa a possibilidade de sua divulgação indiscriminada. O sigilo, tendo agora outros detentores, não pode ser ‘quebrado’. De todo equivocada a expressão ‘quebra do sigilo bancário’. Ao revés, melhor é falar-se em ‘transferência do segredo’. O seu rompimento, por membros das Comissões Parlamentares, pode representar a conduta típica de violação de sigilo funcional”.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os parágrafos 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Ademais, o § 4º do aludido artigo estabelecia que esses pedidos de informações (a que se referia os §§ 2º e 3º, do mesmo artigo) deve-

riam ser aprovados pelo Plenário da Câmara ou do Senado e, quando se tratasse de CPI, pela maioria absoluta de seus membros.

Ocorre que o supracitado dispositivo legal foi revogado expressamente pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 que, em seu art. 13, assim dispôs: “Revoga-se o art. 38 da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964”.

De acordo com o art. 4º da Lei Complementar nº 105/2001:

Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§ 1º As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

É imperioso notar que às CPI's é permitido o acesso aos dados bancários, não sendo mais exigida a aprovação por maioria absoluta que estava prevista no revogado art. 38 da Lei nº 4.595/1965.

De mais a mais, essa antiga exigência – aprovação por maioria absoluta – tornava-se um empecilho para a atuação das minorias nas CPI's; por outro lado, oferecia proteção contra medidas isoladas. Dessa maneira, respeitado o princípio da colegialidade, os dados protegidos por sigilo bancário podem ser acessados pela referida comissão parlamentar. (GONÇALVES, 2001, p. 104-105).

## 6.2 A quebra do sigilo telefônico

Como dito alhures, a Constituição assegura a inviolabilidade ao sigilo das correspondências, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Logo de início, é preciso chamar atenção para que não haja confusão entre “comunicação telefônica em si” e os “registros pertinentes às comunicações telefônicas”.

Para compreender bem o assunto, é necessário trazer à baila as lições de Gomes (2010):

uma coisa é a “comunicação telefônica” em si, outra bem diferente são os registros pertinentes às comunicações telefônicas, registros esses que são documentados e armazenados pela companhia telefônica, tais como: data da chamada telefônica, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, etc. Pode-se dizer que esses registros configuram os “dados” escritos correspondentes às comunicações telefônicas. Não são “dados” no sentido utilizado pela ciência da informática (“informação em forma codificada”), senão referências, registros de uma comunicação telefônica, que atestam sua existência, duração, destino, etc. Vêm estampados nas denominadas “contas telefônicas”, que também integram o amplo espectro da “privacidade” da pessoa. A interceptação de uma comunicação telefônica versa sobre algo que está ocorrendo, atual; já a quebra do sigilo de dados telefônicos relaciona-se com chamadas telefônicas pretéritas, já realizadas.

Para realizar um estudo sobre a quebra do sigilo de dados telefônicos é preciso reconhecer que não há direitos fundamentais absolutos, de modo que o sigilo absoluto, em alguns casos, não está em conformidade com a realidade e a necessidade sociais. “Os dados pes-

soais, em conclusão, seja no momento da uma comunicação (telefônica ou por outra forma), sejam os armazenados (estanques), não gozam de sigilo absoluto”. (GOMES, 2010).

Nesse sentido, oportuna à transcrição do art. 1º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 que, regulamentando o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição, estabeleceu: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça”.

Com efeito, Greco Filho (1996, p. 6-7) entende que tanto a comunicação de dados como a obtenção posterior de dados relativos àquela comunicação estão acobertados pelo mesmo dispositivo constitucional, de modo que:

Aplica-se a disciplina da norma legal comentada (autorização judicial, somente se houver razoável suspeita de prática de crime punido com reclusão, etc) à quebra de sigilo das comunicações telefônicas, mesmo não se tratando de “interceptação” propriamente dita, quanto aos registros sobre as comunicações existentes nos concessionários dos serviços públicos, tais como a lista de chamadas interurbanas, os números chamados para telefones celulares, etc<sup>22</sup>.

Em sentido diverso, Gonçalves (2001, p. 175) entende que se os fatos investigados tiverem natureza criminal, as CPI’s poderão, sem intervenção judicial, determinar tanto a interceptação telefônica como a de dados relativos a comunicações telefônicas.

No entanto, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que as CPI’s só poderão decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo de dados telefônicos que, repita-se, não se confundem com a interceptação telefônica, que só poderá ser ordenada por autoridade judicial (SANTOS, 2004, p. 191)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido: Peixinho e Guanabara (2005, p. 205).

<sup>23</sup> Cf. Schier (2005, p. 117-118) e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 23.452/RJ, Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello, j. 16-09-1999, DJ 12-05-2000.

Com efeito, a Lei nº 1.579/1952 (art. 1º) estabeleceu que as CPI's terão ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem à sua formação.

Desse modo, desde que seja para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, será permitido às CPI's decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo de dados telefônicos que não estará caracterizado excesso de poder (GOMES, 2010).

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Para que haja a instauração de uma CPI basta que sejam observados 3 (três) requisitos, a saber: a) requerimento de 1/3 (um terço) de seus membros, b) apuração de fato determinado, e c) prazo certo.

2. Ao estabelecer em seu art. 58, § 3º, que as CPI's serão criadas mediante requerimento de um terço de seus membros, a Carta Magna está garantindo o exercício do direito das minorias.

3. Por incidência do princípio constitucional da reserva de jurisdição, as CPI's não poderão determinar busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII) e decretar prisão, salvo em flagrante delito (art. 5º, LXI). Contudo, o supracitado princípio não se aplica à quebra de sigilo, uma vez que a Constituição, em seu art. 58, § 3º, atribui, excepcionalmente, às aludidas comissões parlamentares a competência para decretar, desde que em ato motivado, a ruptura da esfera de privacidade das pessoas.

4. Como cedição, a Constituição assegura a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X), bem como, ao sigilo das correspondências, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

4. 1. Com efeito, a Constituição não se refere especificamente à proteção dos dados, mas sim à comunicação deles. Sendo assim, as CPI's podem, por competência própria, ter acesso a dados reservados, porém não podem torná-los públicos, de modo que só poderão divulgá-los, por justa causa, no momento do relatório final.

5. Para melhor compreensão da possibilidade da quebra do sigilo de dados telefônicos é preciso reconhecer que não há direitos fun-

damentais absolutos, de modo que o sigilo absoluto, em alguns casos, não está em conformidade com a realidade e a necessidade sociais.

6. De mais a mais, as CPI's só poderão decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo de dados telefônicos, que não se confundem com a interceptação telefônica, que só poderá ser ordenada por autoridade judicial.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Wilson. **Comissões parlamentares de inquérito**: instrumento de ação política. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral das comissões parlamentares**: comissões parlamentares de inquérito. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 12, dez./jan./fev. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 8 jul. 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 5.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

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

GOMES, Luiz Flávio. **A CPI e a quebra do sigilo telefônico**. Disponível em: <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-010.htm>>. Acesso em: 9 jul. 2010.



GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Comissões parlamentares de inquérito: poderes de investigação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MATEUS, Marcos Pedroso. **Regime jurídico mínimo das comissões parlamentares de inquérito**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/598/4/r146-21.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2010.

NINA, Carlos Homero Vieira. A comissão parlamentar de inquérito nas constituições brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 166, p. 367-374, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/650/4/R166-22.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2010.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Comissão parlamentar de inquérito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUANABARA, Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito: princípios, poderes e limites**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2005.

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Quebra de sigilo pelas comissões parlamentares de inquérito**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SANTOS, Margaret de Olivaes Valle dos. **Comissões parlamentares de inquérito e violações ao direito fundamental à privacidade**: o papel do Estado Democrático de Direito na garantia dos direitos fundamentais. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. Comissão parlamentar de inquérito (Atuação – Competência – Caráter Investigatório). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 171-185, abr./jun. 1994.

## MUNICÍPIOS E MEIO AMBIENTE UMA PERCEPÇÃO CRÍTICA DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS

*Bruno Carvalho Pires Leal\**

**Resumo:** Este trabalho consiste em investigar e abordar o tema das competências municipais sob um prisma crítico. Primeiramente estuda-se a evolução do direito ambiental no direito brasileiro, as passagens constitucionais sobre o tema e sua chegada ao patamar de direito fundamental, incluindo as alterações ocasionadas pela concessão de tal caráter. Passado o estudo de tais temas, analisa-se o sistema de repartição de competências entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como a inserção do Município como um ente federado, dando enfoque às suas competências e aos limites do interesse local. Expostas as competências municipais e, principalmente, sua capacidade de normatização própria, faz-se uma análise crítica da Constituição Federal de 1988 ante a impossibilidade de os Municípios legislarem de modo pleno em matéria ambiental.

**Palavras-chave:** Meio ambiente. Competência municipal. Entes federados.

**Abstract:** This paper investigates and addresses the issue of municipal powers in a critical light. First we study the evolution of environmental law in Brazilian law, the constitutional passages on the subject and his arrival at the level of fundamental rights, including changes caused by the granting of such a character. After the study of such issues, we analyze the system of division of powers between the federal entities (Federal, State, Federal District and Municipalities), as well as the insertion of the Municipality as a federal entity, focusing on their skills and limits of local interest. Exposed municipal powers, and especially their ability to own norms, it is a critical analysis of

---

\* Advogado. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Membro da Comissão de Jovens Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Maranhão.

the 1988 Constitution before the inability of municipalities to legislate so full environmental.

**Keywords:** Environment. Municipal jurisdiction. Counties.

## 1 INTRODUÇÃO

Não restam dúvidas sobre a imperiosa necessidade de se buscar uma completa e eficaz proteção ao meio ambiente, visando alcançar o chamado equilíbrio ambiental. Para tanto, o presente trabalho tem o interesse de ser um instrumento nessa busca, abordando temas relacionados com a matéria e tecendo considerações necessárias sobre eles. Urge analisar o problema das competências ambientais constitucionais concedidas aos Municípios, alcançando conclusões acerca da eficácia ou não do sistema de repartição de competências adotado pela Carta Magna de 1988 na proteção do meio ambiente. Assim, tem-se por objetivo construir uma percepção crítica à repartição de competências em matéria ambiental, sendo imprescindível, para tanto, a análise do sistema de repartição de competências adotado pela Carta Magna de 1988 e com que grau de importância esta trata do meio ambiente.

## 2 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PARADIGMA ECOLÓGICO

Também conhecida como “Constituição verde”, a Carta Magna de 1988 foi a pioneira dentre as constituições brasileiras a tratar do meio ambiente de modo amplo e moderno, uma vez que todas as demais constituições nacionais jamais haviam tratado da matéria com tamanha abrangência (MILARÉ, 2007, p. 147).

Com preocupações modernas e abrangência ampla, a Constituição de 1988 sublinha uma inédita preocupação ecológica ao prever em seu texto diversas normas visando regular a proteção do meio ambiente, com o intuito de garantir um desenvolvimento sustentável e um sistema ecológico equilibrado para as gerações atuais e futuras.

A constitucionalização do meio ambiente teve como um de seus alicerces o pensamento protecionista com relação aos direitos me-

ta individuais, aí inserido o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Indivisíveis por natureza, os direitos metaindividuais caracterizam-se também por transcender a esfera do indivíduo, ou seja, não é propriedade de ninguém específico, mas sim de toda coletividade. Em outras palavras, possuem titulares indeterminados interligados por uma circunstância fática (FIORILLO, 2007, p. 6-7).

Com o início da preocupação de se proteger o meio ambiente, o direito ambiental<sup>1</sup> passou a ser classificado como “direito humano de terceira geração”, pois introduziu o ser humano em uma coletividade e concedeu-lhe direitos de solidariedade. Calcado na ideia de fraternidade e solidariedade, surgiu este novo pólo jurídico denominado de direitos de terceira geração, haja vista que não se destinam especificamente à proteção de interesses de um grupo ou de um determinado Estado, mas sim ao próprio gênero humano, visto, portanto, como o valor supremo de uma existencialidade concreta (LYRA, 2004, p. 33).

Além da proteção aos direitos metaindividuais, a institucionalização da proteção ambiental também surgiu calcada no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que esta pretende assegurar, em linhas gerais, uma qualidade de vida digna ao ser humano. Há de se ressaltar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. Assim, tem-se que a proteção ao meio ambiente nada mais é do que um respeito ao ser humano, de modo a garantir-lhe condições existenciais mínimas para manter uma vida saudável e um convívio social satisfatório.

Por fim, a introdução do direito ambiental no âmbito constitucional também se deu com a preocupação em relação ao desenvolvimento<sup>2</sup> sustentável. Tal vertente surgiu em vista do grau avançado de degradação do meio ambiente e da necessidade de conciliar desenvolvimento com preservação ambiental. Para se cogitar um desenvolvimento sustentável, deve-se obter a interação de duas metas: desenvolvimento

---

<sup>1</sup> Toda vez que se mencionar direito ambiental este refere-se ao direito que cada ser humano possui ao meio ambiente equilibrado, um ambiente saudável para se viver.

<sup>2</sup> Por desenvolvimento, entenda-se que o termo se refere ao desenvolvimento econômico, social, tecnológico e cultural.

econômico e qualidade do meio ambiente. Dessa interação mútua entre as aludidas metas necessita resultar num incremento do bem estar social, com melhoria das condições de vida (COSTA NETO, 2003, p. 61).

## 2.1 Estado e meio ambiente na Constituição Federal de 1988

Além das referências explícitas ao meio ambiente em diversas passagens de seu texto, a Constituição de 1988 reservou um capítulo específico para tratar unicamente sobre proteção ambiental. Isso, por si só, já denota a especial transcendência do bem ambiental. O *caput* do art. 225 garante a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, considerando-o como um bem de uso comum do povo. Dispõe, ainda, que compete à coletividade e ao Poder Público o dever de preservá-lo e defendê-lo para as presentes e futuras gerações. Referida tarefa, portanto, implica o envolvimento de sociedade e Estado, sem o que a proteção resta minguada.

Ressalta-se o papel do Poder Público na proteção ambiental, pois nos parágrafos seguintes do mencionado dispositivo legal, a Constituição reserva-lhe várias atribuições visando garantir a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado. Ou seja, o Poder Público é peça fundamental e indispensável na proteção ambiental. Em vista disso, surgem algumas indagações: quem é o Poder Público e quem o representa?

Esculpido na ideia de Estado, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios personificam o Poder Público num só órgão abstrato. Em outras palavras, ele se desdobra nos entes acima mencionados desde que a lesão ou ameaça de lesão ambiental ocorra na esfera de competência de cada um deles, observado o princípio da predominância do interesse, matéria objeto de abordagem em momento oportuno.

Ressalta-se que a abrangência do termo Poder Público também abarca os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Portanto, Poder Público caracteriza-se pelo conjunto da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendendo ainda, em cada um deles, as esferas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário respectivos.

Além do Poder Público, a coletividade detém papel importantíssimo na proteção ambiental. Incumbidos na tarefa de proteger o meio ambiente, tanto o Poder Público como a coletividade devem atentar que

a crescente corrida capitalista, intimamente relacionada com a busca por maior exploração das reservas naturais e o acelerado crescimento das atividades produtivas, são os principais fatores que levam a degradação do meio ambiente. Ante ao princípio da intervenção estatal compulsória, o Estado deve atuar tanto positivamente como negativamente na defesa do meio ambiente. Adota uma postura positiva ao assegurar e proporcionar meios para alcançar a higidez do bem em tela e, em contrapartida, atua negativamente quando possuir o dever de se manter inerte para não causar danos ao meio ambiente (COSTA NETO, 2003, p. 38).

## **2.2 O direito ambiental como direito fundamental**

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado não se limita a um mero bem estar físico. Em verdade, seu objeto de consideração jurídica deve ser ampliado com o fito de alcançar não somente os danos e contaminações ao meio ambiente, mas também qualidade de vida. Não restando dúvidas sobre o caráter de direito fundamental concedido ao direito ambiental, resta agora estudar como se deu sua fundamentação, bem como as proteções que lhes foram concedidas a partir de sua nova concepção (CAPELLA, 1994 apud GAVIÃO FILHO, 2005).

Com o advento da Constituição de 1988, o direito ambiental como direito fundamental passou por dois fenômenos: a positivação e a constitucionalização. Por positivação dos direitos fundamentais, entende-se que é sua incorporação no ordenamento jurídico dos direitos consideráveis inalienáveis do indivíduo. Ou seja, o direito ambiental não só passou a integrar o ordenamento jurídico como adentrou no rol dos direitos indispensáveis do homem (CANOTILHO, 2003, p. 377).

Quanto à constitucionalização, obviamente que significa sua incorporação às matérias constitucionais. Canotilho (2003, p. 378) expressa, com peculiar clareza, o que significa o fenômeno da constitucionalização:

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stoursh). A constitucionalização

tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos.

Incorporado à Constituição, o direito ambiental passou a ser protegido por meio do controle de constitucionalidade e não mais ficou à mercê do legislador ordinário. Em outras palavras, ao adentrar no seletor ramo das normas constitucionais, o direito ambiental como direito fundamental só poderá sofrer alteração quanto ao seu *status* por meio de emenda constitucional e legitimou-se, de forma definitiva, a necessidade perene de se preservar o meio ambiente.

Isto é, trata-se de um direito formal e materialmente fundamental. Formal, pois passou a integrar a Constituição escrita, situando-se no ápice do ordenamento jurídico. Nessa condição, submete-se aos limites formais e materiais de reforma constitucional, além de possuir aplicabilidade direta e vincular de forma imediata as entidades públicas e privadas (MARCHESAN, 2007, p. 19).

É materialmente fundamental uma vez que se trata de um direito fundamental, constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 1988 apud MARCHESAN, 2007).

Os direitos fundamentais são aqueles conjuntos de direitos constitucionalizados que são indispensáveis à pessoa humana. Por serem indispensáveis, quando reconhecidos, expressa ou implicitamente pela Constituição, os direitos fundamentais passam ao topo da hierarquia das escolhas públicas, ou seja, passam a prevalecer sobre outros interesses não protegidos como direitos fundamentais (VIERA, 2006, p. 47).

Reconhecida a indispensabilidade dos direitos fundamentais, emerge um novo debate quanto à titularidade da função de efetivar os direitos fundamentais, isto é, aquele que possui o papel fundamental de garantir que tais direitos sejam de fato observados e garantidos. Nesse ponto, classificam-se os direitos fundamentais à prestação em duas categorias: próprios e impróprios. No sentido próprio devem ser entendidos como aqueles em que se atribui a função de exigir do Poder Público uma ação positiva cujo objeto poderia ser, em tese, igualmente obtido de particulares. Por sua vez, os direitos de prestação em sentido impró-



prio são aqueles em que se atribui ao titular a função de exigir do Poder Público uma ação positiva que somente a ele cabe realizar (MARTINS NETO, 2003, p. 151).

O dever de prestação, no âmbito do direito ambiental, circunscreve-se no sentido impróprio, tendo em vista que é dever do Poder Público realizar ações positivas em prol da proteção ambiental, pois este assume a titularidade das funções legislativas e do poder de polícia, isto é, o poder de fiscalização dos atos administrativos.

Já restou aqui assentado que o Poder Público deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo as esferas Federal, Estadual e Municipal. Desse modo, há de se destacar que tipos de direitos fundamentais devem ser aplicados para assegurar o direito de prestação.

Devem-se adotar os direitos a intervenções de contenção, isto é, medidas legais ou infralegais, normativas ou concretas, de prevenção ou repressão das ações lesivas de terceiros sobre outros bens jurídicos fundamentais do titular ou que visem a inibir ou sancionar a exploração da atividade econômica, segundo padrões indesejáveis porque contrários a interesses ou objetivos sociais (MARTINS NETO, 2003, p. 151).

Dentre esses interesses e objetivos sociais insere-se o direito ambiental, pois, como já exposto neste trabalho, o meio ambiente equilibrado e sadio é um direito metaindividual, de toda coletividade, sem titular definido.

Dito isso, há de se realizar um estudo quanto à obrigatoriedade da prestação dos direitos fundamentais. O constitucionalista português Canotilho (2001, p. 366) equipara os direitos fundamentais com as normas programáticas, ou então com as *leges imperfectae*, que necessitam de concretização e atualização legislativa.

Portanto, é dever do Estado agir de determinada maneira que venha a concretizar os direitos fundamentais, legislando ou fiscalizando. Ainda sob a ótica do sobredito constitucionalista português, pode haver a pretensão de omissão ou a proibição de omissão com relação aos direitos fundamentais. Desta forma, no direito brasileiro vige a proibição de omissão por parte do Estado, uma vez que é seu dever intervir (legislar, fiscalizar, coibir, etc.) na sua jurisdição buscando a efetivação do direito a um meio ambiente equilibrado (CANOTILHO, 2001, p. 365).

### 3 FEDERALISMO E SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Logo no primeiro dispositivo da Carta Magna de 1988 pode-se perceber a instituição da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. No entanto, o que vem a ser uma República Federativa?

Considerando que toda lei emana diretamente do povo, ao passo que aqueles que as editam são seus representantes eleitos nas formas previstas no Capítulo IV da Constituição Federal de 1988, pode-se entender por República uma forma de governo na qual o povo governa segundo os interesses do próprio povo (SILVA, 2008, p. 102).

Figurando nas constituições pátrias desde 1891, o princípio republicano perdeu, na Constituição atual, a proteção contra eventuais edições de emendas constitucionais. Apesar de excluída do rol das cláusulas pétreas, a forma republicana de governo encontra proteção contra os Estados, ao passo que sua inobservância é uma das causas de intervenção federal, nos termos do art. 34, VII, alínea “a” da Constituição Federal (SILVA, 2008, p. 102).

Federalismo, por sua vez, entende-se por uma forma de Estado, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa (SILVA, 2008, p. 99).

Caracteriza-se ainda pela duplicidade de atribuições, de competências e de poderes, como esferas distintas de autoridade, inclusive na elaboração do direito. Diferentemente da forma republicana de governo, a forma federativa de estado é insuscetível de alteração por emendas constitucionais, caracterizando-se, portanto, por ser uma das cláusulas pétreas elencadas no art. 60, §4º, inciso I do Texto Supremo (MENEZES, 2005, p. 192).

Considerado como federal, o Estado brasileiro apresenta-se como um conjunto de entidades autônomas que aderem a um vínculo indissolúvel, integrando-o. Tais entidades autônomas, que também podem ser denominadas como entidades federativas, estão discriminadas no art. 18 da Carta de 1988, quais sejam, à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (SILVA, 2008, p. 99-100).

### 3.1 O sistema de repartição de competências na Constituição de 1988

Característica nuclear do Estado federal, a repartição de competências decorre da autonomia concedida às entidades federadas, caracterizando-se por ser um elemento de suma importância para o exercício e desenvolvimento das atividades normativas. Pode-se entender por competências como as hipóteses constitucionalmente previstas para que cada ente federativo exerça suas funções, dentro dos limites previamente estabelecidos (SILVA, 2008, p. 477).

Desse modo, na Constituição Federal de 1988 estão dispostas todas as regras sobre a repartição de competências vigentes atualmente, uma vez que esta marca o início do Estado Federal. À luz do princípio da predominância do interesse, norteador do sistema de repartição de competências do direito brasileiro, cabe à União a competência sobre aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, cumprindo aos Estados a competência sobre as matérias e assuntos de predominante interesse regional e aos Municípios legislar sobre os assuntos de interesse local (SILVA, 2008, p. 478).

Existem vários critérios para classificar as competências de diversas maneiras. Todavia, classificá-las em sua totalidade de modo minucioso tornar-se-ia maçante e sem qualquer relevância para o presente trabalho, fazendo-se imperioso somente o estudo da competência material e legislativa.

Facilmente identificada pelo uso dos verbos “prover”, “autorizar”, “editar”, “administrar”, “promover” e “organizar”, a competência material atribui a uma esfera de poder o direito de fiscalizar e impor sanções em caso de descumprimento da lei (FREITAS, 2002, p. 70-71).

De outro modo, a competência legislativa cinge-se da capacidade de pessoas políticas elaborarem leis sobre as matérias que lhe são autorizadas pela Constituição Federal de 1988. A competência material pode ser classificada em: exclusiva e comum, cumulativa ou paralela, e a competência legislativa: exclusiva, privativa, concorrente e suplementar (FREITAS, 2002, p. 56).

Analisando-se a Carta Magna de 1988, percebe-se que o constituinte adotou dois métodos para a distribuição das competências: o

horizontal e o vertical. O horizontal consubstancia-se na competência privativa ou exclusiva, enquanto o vertical refere-se às competências comuns e concorrentes. O sistema horizontal caracteriza-se pela divisão dos poderes entre a União e o Estado-Membro, não havendo interferência entre ambos. Em outras palavras, delimita os poderes de cada um dos referidos entes (SILVEIRA, 2003, p. 62).

Enquadradas no sistema horizontal, a competência privativa e a competência exclusiva diferem no que tange à possibilidade de delegação, pois enquanto aquela é delegável, esta é indelegável (SILVA, 2008, p. 480).

Todavia, há quem entenda que inexistente diferenciação entre as competências acima referidas, sob o argumento de que houve apenas uma alteração terminológica sem comprometimento do conteúdo (SILVEIRA, 2003, p. 62).

Exercidas por um ente da federação – a União, com exclusão dos demais – as competências exclusivas estão previstas no art. 21 do Texto Supremo vigente, vez que as competências privativas são encontradas no artigo seguinte. Destaca-se que as competências privativas dos Estados-Membros são residuais, ao passo que a Constituição não enumerou suas atribuições, dispondo apenas que a eles serão reservadas as competências que não lhe sejam por ela vedadas. São residuais, pois tudo que não for competência privativa da União ou dos Municípios será de competência dos Estados-Membros (SILVEIRA, 2003, p. 62-66).

Dispostas no art. 23 da Carta Magna, como o próprio nome já indica, competências comuns são aquelas concedidas igualmente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, listando as obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público em relação às instituições (HORTA, 1999, p. 364).

O parágrafo único do mencionado art. 23 dispõe sobre uma lei complementar que fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, visando ao equilíbrio econômico do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Nesses casos, na hipótese de algum conflito, deve ser aplicado o princípio da predominância de interesses (TAVARES, 2007, p. 1001).

Por fim, quanto às competências concorrentes, inovação trazida pela Constituição vigente, encontráveis no seu art. 24, estas carac-

terizam-se pelo fato de atuarem em parceria a União, os Estados e o Distrito Federal. Tal espécie de poder amplia a competência legislativa dos Estados, cabendo a este aperfeiçoar a legislação geral às suas peculiaridades locais, superando a uniformização simétrica da legislação federal geral (HORTA, 1999, p. 366).

Devendo ser incompleta ou uma moldura, a lei geral será aperfeiçoada no ordenamento do Estado por meio de uma lei estadual suplementar, que deverá preencher as lacunas deixadas pela lei geral, aperfeiçoando-a às peculiaridades locais (HORTA, 1999, p. 367).

Todavia, a competência suplementar dos Estados-Membros só existirá caso preexista uma norma geral federal para ser suplementada. Na ausência de lei federal geral, o §3º do citado art. 24 preconiza que os Estados poderão legislar de modo pleno. Ressalta-se que tal competência só é concedida aos Estados, ao passo que o referido dispositivo constitucional rechaça sua extensão ao Distrito Federal e Municípios.

#### **4 OS MUNICÍPIOS E SUAS COMPETÊNCIAS FRENTE AOS LIMITES DO INTERESSE LOCAL**

Instituído nas Constituições pátrias desde 1891, o Município só veio a se tornar parte efetiva da federação a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que passou a considerá-lo um componente da estrutura federativa brasileira. Pode-se perceber tal instituição a partir da simples leitura dos artigos 1º e 18 do texto constitucional vigente (HORTA, 1999, p. 613).

Com a inserção do Município como um ente federado, fala-se em alteração à tradição dual do federalismo brasileiro, pois apesar de estar presente nas constituições pátrias desde 1891, o Município jamais havia sido inserido como parte integrante do federalismo brasileiro, que até então era composto apenas pela União e pelos Estados, daí o seu caráter dual (BONAVIDES, 2000, p. 312):

Sua inserção na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil a partir do advento da Constituição de 1988 alterou o antigo e até então enraizado caráter dual, passando a inserir uma terceira esfera de autonomia, formada pelo Município e pelo Distrito Federal. Definitivamente integrando o Estado Federal brasileiro, o Município passou a ser dotado de autonomia da mesma forma que os

Estados-membros, detendo capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração (MORAES, 2002, p. 274).

Há de se mencionar o *caput* do art. 182 da Constituição Federal, que dispõe sobre a necessidade de o Município realizar a política de desenvolvimento urbano, com o fito de ordenar seu pleno desenvolvimento e sua política de expansão urbana. Ressalta-se que tal política de desenvolvimento urbano deve ser realizada na plena observância das diretrizes gerais fixadas pelo Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001), que veio regulamentar o referido dispositivo constitucional.

Citado Estatuto assevera, no parágrafo único do art. 1º, que o uso da propriedade urbana deve observar o equilíbrio ambiental. Nota-se, portanto, que a necessidade imperiosa de proteção ambiental e o direito ao meio ambiente equilibrado, constitucionalmente assegurados, encontram-se incluídos também na função social da propriedade. Em outras palavras, a propriedade urbana pode realizar todas as funções que lhe foram atribuídas, mas caso exerça todas essas funções sem que haja a devida observância para com o meio ambiente, de modo a preservá-lo e garanti-lo para as gerações futuras, tal propriedade não alcançará sua função social.

Com a regulamentação do art. 182 da Constituição Federal, a utilização conjunta dos instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade com os tradicionais instrumentos de planejamento urbano os Municípios passaram a deter uma maior diversidade de meios na atuação em busca de uma sociedade mais justa e mais coerente com as problemáticas ambientais da sua cidade (BLANC, 2008, p. 95).

Como mencionado, muito se fala na necessidade de haver desenvolvimento sustentável, ou seja, na necessidade de conciliar desenvolvimento econômico, cultural e social com a proteção ao meio ambiente. Visando garantir esse desenvolvimento sustentável, o referido Estatuto dispõe sobre medidas para alcançá-lo, almejando assegurar o desenvolvimento das cidades sob a luz de diversos princípios constitucionalmente plasmados, dentre eles ressalta-se o meio ambiente equilibrado (VIEGAS, 2004, p. 313).

No mais, há de se mencionar um dos instrumentos da política urbana elencado no art. 4º do Estatuto da Cidade, bem como no §1º

do art. 182 da Carta Magna 1988, o Plano diretor Obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes, Blanc (2008, p. 107) o conceitua com clareza: “[...] a materialização dos caminhos pretendidos pela sociedade para o desenvolvimento da cidade. É colocar no papel, e denominar este documento de ‘plano’, os anseios da comunidade e a forma como se pretende realizá-los”.

No âmbito municipal, o plano diretor materializa em um documento o processo de planejamento no qual ficam definidos seus objetivos, de acordo com a realidade local e a manifestação da população, bem como os meios para atingi-los, para controlar sua aplicação e avaliar seus resultados (BLANC, 2008, p. 112).

Percebe-se, portanto, que a Constituição atribuiu ao Estatuto da Cidade e ao plano diretor as diretrizes para se alcançar o desenvolvimento sustentável, bem como que as propriedades urbanas pudessem atingir sua função social. Nota-se ainda o caráter ambiental que tais dispositivos possuem.

Assim como a União e os Estados-Membros, os Municípios também são constitucionalmente dotados de competências materiais e legislativas, sendo que ambas já foram devidamente conceituadas no presente trabalho. As competências materiais dos Municípios encontram-se previstas na Constituição Federal no art. 23, no rol das competências comuns, e de forma mais específica nos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII e IX do art. 30. Dentre as competências materiais previstas no citado art. 23, destacam-se as que se referem à matéria ambiental, tais como proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI) e preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII).

Sobre as competências legislativas concedidas aos Municípios, há de se frisar que o texto constitucional é um tanto quanto vago ao dispor que compete aos Municípios legislar sobre assunto de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, nos termos do inciso I e II do art. 30, respectivamente.

#### 4.1 Problemas ambientais municipais e os limites do interesse local

Marcadas pela ausência de clareza e objetividade, as competências legislativas municipais podem ser encontradas nos incisos I e II do mencionado art. 30 da Constituição Federal. Pode-se extrair da dicção do inciso I que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

Introduzida pela Constituição de 1988, a expressão “interesse local” veio a substituir a antiga expressão “peculiar interesse” que outrora permeava as constituições pátrias (MACHADO, 2008, p. 384).

Dessa proposição emergem vários questionamentos acerca da sua elasticidade, isto é, sobre os limites de sua abrangência. Discute-se isso frente à necessidade de delimitação do que é de interesse propriamente do Município e o que extrapola essa ideia. Com fulcro no sobre-dito princípio da predominância dos interesses, que norteia as regras de repartição de competência, é possível delimitar a extensão do termo “interesse local”.

Ocorre que nos dias atuais torna-se mais trabalhosa a distinção do que é de interesse da União, dos Estados e também dos Municípios, ante aos problemas que cada vez mais acabam por interferir na esfera de interesse de outro ente federado.

Assim, calcado no referido princípio, pode-se entender que será abarcado pela expressão interesse local todo assunto que se referir unicamente ao Município, sem possibilidade de extrapolar seus limites territoriais, pois então passaria a ser de competência do Estado ou da União.

Parece até óbvia essa definição, mas em matéria ambiental o problema se agrava, pois não pode prosperar a ideia de que um problema ambiental que afeta determinado Município afeta também todos os demais entes da Federação. Essa interpretação extremamente extensiva pode ocasionar várias dificuldades no momento de identificar qual órgão da Administração Pública será o responsável para intervir e solucionar o problema.

A Constituição Federal, ao atribuir competência aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, referiu-se àqueles problemas que venham a atender imediatamente às necessidades



locais, mesmo que ainda venham a repercutir sobre as necessidades gerais do Estado ou do país (FIORILLO, 2007, p. 83).

Para melhor entendimento do que foi dito, Fiorillo (2007, p. 83) menciona as questões de fornecimento de água potável, o serviço de coleta de lixo, o transporte de veículos, dentre outros temas ambientais típicos que embora de interesse local, não deixam de afetar o Estado ou o país.

Pode-se extrair uma noção do que vem a ser “interesse local” de cada Município a partir da elaboração da sua Lei Orgânica. É possível tal conclusão, pois é a partir da elaboração da referida lei que se conhece a situação e os problemas aparentes de cada Município. A Lei Orgânica, portanto, possui papel preponderante na definição das matérias de competência municipal, tendo em vista que vem explicitar o termo “interesse local”, isto é, vem deixar indícios de quais são as áreas em que o Município pode vir a ter interesse em atuar (KRELL, 2005, p. 178).

Todavia, há de se pontuar que não é papel exclusivo da Lei Orgânica delimitar a abrangência e o conteúdo do seu interesse local, uma vez que as Constituições Estaduais podem atribuir determinadas competências aos Municípios, incumbindo-lhe de realizar determinadas tarefas (KRELL, 2005, p. 179).

Percebe-se, assim, ser muito tênue a linha que separa as competências Municipais das competências dos demais entes federativos, pois, como já dito, estarão incluídos na sua esfera de atuação aqueles assuntos que afetem diretamente as necessidades locais.

Expostas as problemáticas referentes à delimitação da expressão “interesse local”, cabe agora tecer comentários sobre a competência suplementar dos Municípios, a qual encontra-se preconizada no art. 30, inciso II da Constituição Federal.

De início, pode-se notar que apesar de não estar incluída no rol das competências concorrentes dispostas no art. 24 da Carta Suprema, a competência suplementar estadual foi estendida aos Municípios por força do inciso II do art. 30, segundo o qual compete aos Municípios suplementar a legislação estadual ou federal no que couber. Desse modo, os Municípios são detentores de competência para suplementar substanciada na possibilidade do preenchimento de lacunas e adapta-

ção das normas emanadas da União e dos Estados à sua realidade local (FERREIRA, 2007, p. 212).

Tal competência suplementar compreende as competências supletiva e complementar. A primeira ocorre quando os Municípios suprem lacunas deixadas pela lei federal ou estadual, enquanto a segunda se limita a detalhá-las. Pode-se entender a competência concedida pelo inciso II do referido dispositivo constitucional como corolário do interesse local já anteriormente mencionado. Afirma-se isso, pois ao suplementar as normas federais ou estaduais, os Municípios estarão simplesmente adaptando-as às suas realidades, aos interesses locais de modo a atender suas necessidades imediatas (FERREIRA, 2007, p. 212-213).

Na ótica ambiental, só se admite alterações locais das legislações federais ou estaduais desde que sejam de interesse preponderante do Município, daí se afirmar que a competência suplementar concedida aos Municípios nada mais é senão um corolário da expressão “interesse local” contido no inciso I do art. 30 da Constituição Federal. Ainda assim, serão feitos alguns comentários acerca desse caráter suplementar concedido aos Municípios, abordando-o sob a ótica do direito ambiental e identificando seus limites (KRELL, 2005, p. 186).

A este último aspecto, há de se destacar que as normas municipais suplementares não poderão ser menos restritivas e menos protetoras em matéria ambiental do que as normas federais ou estaduais gerais. Isso significa que uma norma Municipal, ao suplementar uma norma federal ou estadual, não poderá abrandá-la, tornando-a menos rigorosa frente aos preceitos anteriormente estabelecidos (FERREIRA, 2007, p. 213).

Malgrado o entendimento firmado contra a possibilidade de abrandamento das normas federais ou estaduais, é admitida a possibilidade de as normas municipais suplementares virem a ser mais rigorosas do que as normas federais ou estaduais. Agrava-se a norma municipal suplementar frente à necessidade de adequá-las às necessidades locais, que podem requerer muito mais atenção e cuidado do que anteriormente concebiam as autoridades federais ou estaduais. Isso é admissível, pois pode ocorrer que os padrões ecológicos regionais não sejam suficientes para proporcionar uma efetiva proteção ambiental de determinada região frente às suas peculiaridades locais (KRELL, 2005, p. 187).

Assim, a exacerbação das normas protetoras deve ficar a critério dos órgãos locais, devendo levar em consideração as condições ecológicas, sociais e econômicas da região para haver uma melhor adequação da norma (KRELL, 2005, p. 188).

Não obstante, deve-se pontuar que os Municípios não têm o poder de tornar todas as normas ambientais estaduais ou federais mais rigorosas, pois urge aumentar o rigor somente nos casos estritamente necessários para proteção do meio ambiente, com o fito de alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado. Pode ocorrer que tais normas federais e estaduais entrem em conflito com as normas municipais suplementares em alguns aspectos. Em matéria ambiental, vem sendo utilizado o critério da predominância concreta do interesse local em relação aos interesses regional ou nacional para solucionar tais conflitos de normas (KRELL, 2005, p. 184).

Existem alguns critérios consagrados para resolver questões de conflitos de normas. O direito brasileiro adota alguns dos critérios utilizados para solucionar conflitos entre tratados no âmbito do direito internacional, quais sejam: o critério cronológico, a especificidade e a hierarquia (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 214).

O critério cronológico versa, em síntese, que a lei nova revoga a lei velha no que lhe for contrária (*lex posterior derogat priori*). Outro critério para resolução das antinomias é o critério da hierarquia, no qual a lei superior revoga a lei inferior no que lhe foi contrária (*lex superior derogat inferiori*). Por fim, tem-se o critério da especificidade, segundo o qual se as leis conflitantes foram editadas ao mesmo tempo, há de prevalecer aquela que possui o caráter mais específico (*lex specialis derogat generali*), ou seja, aquela que trata a matéria de modo mais intenso, profundo (BOBBIO, 1999, p. 91-92).

Expostas as técnicas de solução para antinomias, percebe-se que é inteiramente possível em caso de conflito de normas federais, estaduais e municipais em matéria ambiental que seja utilizada a técnica da predominância do interesse local defendida por Andreas J. Krell, mas desde que seja previamente levado em consideração o critério cronológico. Não obstante, devem ser observados os aludidos critérios para solucionar antinomias, de modo que permaneça vigente certo dispositivo legal que diverge de outro preceito legal mais recente, com base na predominância do interesse local.

Em sede das competências concorrentes, cabe apenas aos Municípios legislarem com o fito de suplementarem as normas federais e estaduais. Caso uma lei geral federal ou estadual entre em conflito com outra norma geral, há de ser observado o critério cronológico antes de se passar para as demais análises. Assim, prevalecendo a lei “nova”, torna-se inconcebível a ideia de permanecer vigente a lei antiga por melhor se enquadrar aos interesses locais, sucumbindo, nesta hipótese, a predominância do interesse local.

#### **4.2 Uma crítica ao sistema de repartição de competências ambientais da Constituição Federal de 1988**

Durante todo o trabalho procurou-se demonstrar o caráter ambiental da Constituição de 1988 e a preocupação em oferecer uma ampla proteção ao meio ambiente, com o fito de resguardá-lo para as gerações futuras e alcançar o equilíbrio ambiental. Todavia, no decorrer das análises procedidas verificou-se certa incoerência, como a impossibilidade dos Municípios legislarem de modo pleno em matéria ambiental.

É sabido que a tarefa de legislar sobre a proteção ambiental está preconizada no rol das competências concorrentes (art. 24, inciso VI e VII) e foi concedida apenas à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

Como já dito no presente trabalho, a Carta Magna de 1988 atribuiu que à União compete estabelecer em lei geral as diretrizes bases (art. 24, §1º) e aos Estados suplementá-las (art. 24, §2º), concedendo ainda a este a competência para legislar de modo pleno na falta de lei federal sobre normas gerais. Nota-se, assim, que o Texto Supremo de 1988 não mencionou os Municípios como sendo competentes para legislar em sede de proteção ambiental. Apesar dessa exclusão constitucional, alguns doutrinadores entendem que, na ausência de lei geral federal ou estadual, os Municípios podem atuar na proteção ao meio ambiente.

Krell (2005, p. 172), contando com o apoio do Professor Milaré (2007, p. 183), defende, em síntese, que a demora da União e dos Estados em legislar sobre um problema que afeta determinado Município, legitima este a legislar livremente sobre o assunto, denominando tal ato de legislar como uma antecipação das normas superiores.

Em sede ambiental, tal tese é aplicável. No entanto, apesar de ser ambientalmente correta, é flagrantemente inconstitucional, pois a Constituição preconiza que compete apenas à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre proteção ambiental.

É certo que deve-se evitar uma interpretação do direito em tiras, isto é, de textos isolados, devendo o direito ser sempre interpretado como um todo, como bem sustenta Grau (2003, p. 34).

Fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico, tal interpretação como um todo é a chamada interpretação sistemática, que deve levar em consideração os demais dispositivos correlatos para que possamos identificar qual seria a interpretação mais correta para determinado dispositivo (BARROSO, 2004, p. 136).

Há de se frisar que não existe uma única interpretação correta para o direito, isto é, uma interpretação objetivamente verdadeira. Nega-se a existência de uma única resposta exata, apropriada, para um caso jurídico (GRAU, 2003, p. 30).

É por inexistir tal interpretação exata que deve-se analisar o problema das competências municipais em matéria ambiental na falta de legislação federal ou estadual geral sob todos os aspectos.

Apresentando a problemática favoravelmente aos Municípios, extrai-se da dicção do §1º do art. 225 da Constituição Federal que compete ao Poder Público a tarefa de proteção ambiental de diversas maneiras e como já visto, entende-se que à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios personificam o Poder Público num só órgão abstrato.

Além do mais, o próprio inciso I do art. 30 da Constituição Federal confere legitimidade aos Municípios para legislar sobre assunto de interesse local, e um problema ambiental que afronte seu território nada mais é do que um assunto de interesse local. Sob esse prisma, poder-se-ia conceber a ideia de que os Municípios seriam detentores de alguma legitimidade para legislarem de modo pleno em matéria ambiental. Entretanto, tal tese interpretativa não deve prosperar frente a outro modo de interpretação que será demonstrado.

Os Municípios estão sujeitos ao princípio da legalidade que rege a Administração Pública, pois são pessoas jurídicas de direito público interno. Diferentemente do princípio da legalidade plasmado no

art. 5º da Constituição de 1988, a Administração Pública somente pode atuar quando lhe for permitido, ou seja, só pode fazer o que a lei permite. Nota-se, assim, a rigidez do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, não podendo qualquer órgão da Administração atuar na seara que não lhe for permitida (DI PIETRO, 2003, p. 68).

A partir desse enfoque, percebe-se que os Municípios não podem legislar na proteção ambiental de maneira plena, com liberdade, pois não lhes foi permitido pela norma que trata sobre o tema. Assim, por não terem sido expressamente autorizados a legislar com liberdade na defesa do meio ambiente, os Municípios devem aguardar uma posição da União ou dos Estados sobre o tema para que, posteriormente, possam adequar as normas para suas necessidades locais. Todavia, essa posição não parece racionalmente a mais adequada.

É compreensível que ainda se encontre tais falhas no que concerne às competências Municipais, pois, como já dito, o Município somente passou a fazer parte da Federação a partir do advento da Constituição de 1988.

Apesar da crescente preocupação ambiental nas constituições brasileiras, a Carta Magna vigente ainda precisa avançar nesse aspecto, pois não conceder aos Municípios competência plena para legislar em matéria ambiental, na ausência de legislação geral federal ou estadual, é elevar, consideravelmente, a possibilidade de um dano ambiental.

Defende-se essa ideia considerando que o Brasil é um país de proporções continentais e possui Estados-Membros com grande extensão territorial. Tais Estados, ao serem divididos em Municípios, podem não ter conhecimento de quais são as necessidades primordiais de determinado Município em matéria ambiental.

Pode acontecer ainda de o Estado ter o conhecimento dessas necessidades, mas não ter o interesse em atuar imediatamente frente a outras necessidades que considera de maior importância para seus interesses.

Por mais que exista uma vasta gama de leis em matéria ambiental, as constantes inovações tecnológicas tendem a aumentar a possibilidade de surgirem novos problemas ambientais que podem não estar acobertados pela legislação ambiental vigente. Diante dessa situação, um atraso na elaboração de novas leis ambientais pode acarretar um dano irreversível ao meio ambiente.

Por estar mais próximo do problema, o Município seria diretamente o mais afetado e, conseqüentemente, o mais interessado em legislar rapidamente sobre o tema para inibir a degradação ambiental. Assim, necessita-se tornar clara a legitimidade dos Municípios para legislar em matéria ambiental. Tal clareza pode ser concedida por meio de Emenda Constitucional que altere o art. 24 da Constituição Federal, inserindo o Município no rol das competências concorrentes, competindo-lhe legislar de modo pleno em matéria ambiental na ausência de lei geral federal ou estadual, mantendo ainda sua competência suplementar caso existam tais leis.

O que fica claro é que alguma atitude deve ser tomada, restando necessária uma reflexão crítica acerca do sistema de repartição de competências em matéria ambiental adotado pela Carta Magna de 1988. Uma Constituição tida como “Constituição Verde” deve fazer jus a tal denominação e garantir todos os meios necessários para que seja possível proteger o meio ambiente e alcançar o equilíbrio ambiental.

## 5 CONCLUSÕES

1 - A Carta Magna de 1988 representou um grande avanço ao tratar da matéria ambiental com uma abrangência e importância jamais dada anteriormente por qualquer texto legal pátrio. Apesar de serem vastas, as competências em matéria ambiental não protegem completamente o meio ambiente contra as possíveis ações que possam vir a lesá-lo.

2 - Por força do art. 24 da Constituição Federal, nota-se a ausência de competência dos Municípios para legislar em matéria ambiental, cerceando seu direito de proteger o meio ambiente, tornando-se problemática qualquer interpretação contrária.

3 - Ante ao princípio da legalidade que rege a Administração Pública e à ausência de atribuição expressa dos Municípios para legislar, de maneira plena e incondicionada, em matéria ambiental, torna-se claro que estes tiveram sua função de protetores do meio ambiente consideravelmente prejudicadas.

4 - Torna-se indispensável a adoção de medidas que venham a atribuir aos Municípios competência para legislar plenamente em maté-

ria ambiental, para que se possa alargar o leque de meios de se garantir o meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BLANC. Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 25 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**: florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Heline Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 204-213.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KRELL, Andreas J. Autonomia Municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In: KRELL, Andreas J. (Org.). **A aplicação do direito ambiental no estado federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 147-203.

LYRA, Bruna. Os direitos metaindividuais analisados sob a ótica dos direitos fundamentais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004. p. 24-36.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. **Competência ambiental**. Curitiba: Juruá, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEGAS, Thaís Emília de Sousa. Zoneamento ambiental e colisão de direitos no espaço urbano de São Luís. In: BELLO FILHO, Ney de Barros; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 293-340.

VIERA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

## A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 O FIM DA SEPARAÇÃO DE DIREITO

*Karen Beatriz Taveira Barros\**

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar as questões que surgiram a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, destacando a extinção da separação de direito, da eficácia imediata da emenda e do entendimento da melhor doutrina.

**Palavras-chave:** Emenda Constitucional nº 66/2010. Extinção. Separação. Doutrina.

**Abstract:** This paper aims to examine the issues that arose from the enactment of Constitutional Amendment nº 66/2010, emphasizing the separation of the extinction law, the immediate effect of the amendment and the best understanding of the doctrine.

**Keywords:** Constitutional Amendment nº 66/2010. Extinction. Separation. Doctrine.

Diante da contemporaneidade da sociedade, novas fontes diretivas e interpretativas surgiram da codificação civil atual, baseadas na concepção de novos princípios e valores que abrem novos horizontes para os aplicadores do direito (SIMÕES, 2010, p. 1).

A partir desses novos rumos, os operadores jurídicos deixam as rígidas premissas das relações civis para permitir que o Direito seja aplicado ao caso concreto de acordo com uma exegese que se aproxime dos comandos da Carta Magna.

Foi nesse cenário que, em 13 de julho de 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66, a qual modificou o art. 226, § 6º, da

---

\* Estudante de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

Constituição Federal, ratificando o que já era defendido pela doutrina e jurisprudência. Sendo assim, o fim do casamento se dá pelo divórcio, não sendo mais necessário o processo prévio de separação ou a comprovação da separação de fato. Porém, o novo texto ainda gera inúmeras controvérsias, principalmente no que tange à não permanência da separação.

Vale ressaltar que o termo separação de direito é utilizado em sentido amplo, envolvendo a separação judicial e a separação extrajudicial.

Ao dispor que o “casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, o novo texto constitucional deixa claro, para alguns, o único meio para dissolver o casamento civil. Muitos ainda defendem que o consorte pode optar pela separação judicial, mesmo após a promulgação da referida emenda.

É comum encontrar juristas que defendem tal entendimento. Entretanto, essa não foi a intenção da “Emenda do Divórcio”, que trouxe a facilidade para a dissolução do casamento.

Aqueles que defendem a permanência da ação de separação judicial se justificam na premissa de que a EC nº 66, suprimiu somente do texto constitucional o requisito da prévia separação, não alterando a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria.

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda defende a dita tese:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIREITO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. DECISÃO QUE, DE OFÍCIO, MANDA ALTERAR O CADASTRAMENTO PARA SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não ensejou a automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. 2.

Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. 3. A decisão agravada deve ser desconstituída. Não, porém, para assegurar o prosseguimento da ação como de divórcio direto, como pretende a agravante, mas, sim, para que, diante do mal entendido gerado pelo erro material antes destacado, e considerando não ser viável a conversão, de ofício, do feito – como procedido na origem – seja oportunizado à autora que claramente manifeste seu interesse, ou não, no prosseguimento do feito como separação judicial, extraindo daí as consequências pertinentes ao entendimento esposado pelo juízo<sup>1</sup>.

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos . 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor

---

<sup>1</sup> Tribunal de Justiça do RS, Oitava Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70041075862, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 31/03/2011, DJ de 07/04/2011.

os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42)<sup>2</sup>.

Outro fundamento para a subsistência da separação é dado pela vantagem de se restabelecer a vida conjugal a qualquer tempo, portanto, se o cônjuge ainda mantém esperanças de restaurar os laços matrimoniais, deve escolher a separação judicial ou extrajudicial. Alinham-se a essa corrente os juristas Luiz Felipe Brasil dos Santos, Alexandre Magno Mendes do Valle, Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer, Romualdo Baptista dos Santos.

As razões justificadoras dessa linha de pensamento também estão inseridas no fato de que há diferença entre a dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do casamento, e, como a Constituição Federal nada fala sobre a dissolução da sociedade conjugal seria possível a separação.

Entretanto, não parece possível a aplicação dessa tese, pois o texto da emenda é bem claro, quando traz, somente, o divórcio como instrumento para por fim ao casamento. Pois sabe-se que este põe fim ao vínculo matrimonial e à sociedade conjugal. Logo, se a constituição nada fala em dissolução da sociedade conjugal, é porque ela está inserida na decretação do divórcio.

No que tange à sociedade conjugal, a doutrina a diferencia do vínculo conjugal. Aquela se presta para regular a vida dos cônjuges, suas obrigações, de natureza moral e material, enquanto este constitui a intervenção do Estado, mediante ato solene.

Sobre esse assunto, Wald (2005, p. 116), antes da promulgação da EC nº 66/2010, diferenciava a sociedade conjugal do vínculo matrimonial, baseado na separação e no divórcio:

A sociedade conjugal, composta pelo marido e pela mulher, constitui o núcleo básico da famí-

---

<sup>2</sup> Tribunal de Justiça do RS, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70039476221, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/01/2011.

lia, caracterizando-se pela convivência social e física e pela solidariedade econômica. A sociedade se distingue do vínculo conjugal, que existe entre os cônjuges em virtude do matrimônio. Enquanto o vínculo só desaparece nos casos de morte de um dos cônjuges, sentença anulatória ou declaratória de nulidade do casamento ou divórcio, a sociedade conjugal cessa de existir quando as partes promovem a separação judicial, amigável ou litigiosa.

A propósito, na justificativa do Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2007, o grande objetivo foi retirar da Carta Magna o instituto da separação de direito, *in litteris*:

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo in-

significantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial<sup>3</sup>.

Hoje, após a promulgação da EC nº 66, a melhor doutrina é pacífica quando fala que o divórcio põe fim ao vínculo matrimonial e à sociedade conjugal.

A extinção da separação judicial é medida das mais salutares.

Como sabemos, a separação judicial era medida menos profunda que o divórcio.

Com ela, dissolvia-se, tão somente, a sociedade conjugal, ou seja, punha-se fim a determinados deveres decorrentes do casamento, como o de coabitação e o de fidelidade recíproca, facultando-se também, em seu bojo, a realização da partilha patrimonial. [...]

Mas note-se que, reconhecida a separação judicial, o vínculo matrimonial persistia.

Pessoas separadas não podiam casar-se novamente, pois o laço matrimonial ainda não havia sido desfeito, o que somente seria possível em caso de morte de um dos cônjuges ou de decretação do divórcio. [...]

---

<sup>3</sup> Projeto de Emenda à Constituição nº 33/2007.



Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento [...] (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 55-56).

Diante de tantas controvérsias, outra questão que surge acerca da EC Nº 66 é sobre a sua eficácia. Sobre esse assunto o doutrinador Lôbo (2009, p. 9) expõe:

[...] o advento da nova norma constitucional não necessita, para ser diretamente aplicável, de nova regulamentação constitucional, pois as questões essenciais do divórcio estão suficientemente contempladas na legislação civil existente e as normas destinadas à separação judicial ou à dissolução da sociedade conjugal podem ser aproveitadas, porque foram revogadas, em virtude de sua incompatibilidade com a dissolução do casamento pelo divórcio.

Tartuce (2011, p. 1), ao citar J.J. Gomes Canotilho, defende a aplicabilidade imediata da referida emenda constitucional, invocando os princípios da máxima efetividade ou da eficiência do texto constitucional e da força normativa da constituição, balizados na égide de que a uma norma constitucional deve ser dado o sentido que maior eficácia lhe dê, tendo em vista que “na solução dos conflitos jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”. (CANOTILHO, 2007, p. 1226).

Para tanto, a tese da necessidade de criação de uma norma infraconstitucional para regulamentar a emenda é afastada pelos princípios acima invocados, uma vez que o texto constitucional deve ser tido como um comando dirigido ao cidadão comum, tendo plena incidência nas relações privadas (TARTUCE, 2011, p. 1).

Porém, em sentido contrário, Santos (2010, p. 1) afirma que a “emenda do divórcio” não aboliu do Código Civil o instituto da separação, portanto, para ele a emenda não tem aplicação imediata, *in verbis*:

A eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária [...]. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional.

Nesse diapasão, o melhor entendimento é o que preceitua a revogação tácita dos artigos 1.571, 1.573, 1.574 a 1.576 e 1.578 do Código Civil. Por conseguinte, consideram-se revogadas, também, as expressões “separação judicial” encontradas em outros dispositivos do referido código, sobretudo quando atreladas ao divórcio.

Por fim, observa-se que com a extinção da separação de direito, há também a extinção da culpa para dar ensejo ao fim do casamento.

Historicamente, sempre foram duas modalidades para dar ensejo à separação: por vontade de ambos os cônjuges ou por iniciativa de somente um deles.

Quando um dos consortes desejasse a separação tinha que: ou atribuir ao outro a culpa pelo fim da união ou comprovar a ruptura da vida em comum há mais de um ano, conforme o artigo 1.572 do Código Civil. A imputação ao outro de conduta desonrosa ou prática de ato que importasse grave violação dos deveres matrimoniais (art. 1.566, CC), deveria demonstrar que tais posturas tornaram insuportável a vida em comum (art. 1.572, CC).

A enumeração das causas foi mantida pelo legislador de 2002, copiando, de forma retrógrada, a legislação de 1916.

Dessa forma, somente o cônjuge “inocente” poderia propor a ação, indicando o requerido como “culpado” e elencando os motivos da separação, como preceituava o artigo 1.573 do Código Civil.

Com presteza, a jurisprudência passou a tomar como desnecessária a identificação de conduta culposa de um dos cônjuges, bem como a dispensar a comprovação dos motivos apresentados pelo autor

da demanda para conceder a separação. O juiz ao fixar os pontos controvertidos (art. 331, § 2º, CPC), impedia discutir os motivos do fim do casamento (DIAS, 2010, p. 49).

Diante da exclusão do instituto da separação do cenário jurídico, não há mais identificação de causas, imposição de culpa ou espera do decurso do prazo.

Para concluir, vale lembrar que a Emenda Constitucional 66/2010 extinguiu a separação do panorama jurídico, e não necessita de regulamentação de lei infraconstitucional pois, para tanto, o único meio para por fim ao casamento é o divórcio. Quanto às ações de separação que já tramitavam antes da promulgação da emenda, podem ser convertidas em divórcio, sem ter que esperar a fluência do antigo prazo.

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 11, p. 5-17, ago./set. 2009.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio cedo para comemorar**. IBDFAM. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 12. maio. 2011.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A emenda constitucional nº 66/2010 e a nova regra do divórcio**. IBDFAM. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>>. Acesso em: 12 maio. 2011.

TARTUCE, Flávio. **Argumentos constitucionais pelo fim da separação de direito**. IBDFAM. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=718>>. Acesso em: 12 maio 2011.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

# A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS BASES TEÓRICAS E POSSIBILIDADES À LUZ DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

*Clóvis Marques Dias Júnior\**

*Paula Regina Pereira dos Santos Marques Dias\*\**

**Resumo:** O presente artigo busca lançar um olhar sobre as diversas teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, apontando suas principais características. Estuda a aplicação de tais teorias ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a partir de uma análise do texto constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Eficácia horizontal.

**Abstract:** The present article aims to launch look about on the various theories on the effectiveness of fundamental rights in private relations, pointing out their main features. Studying the application of such theories to the Brazilian legal system, especially from an analysis of the constitutional text and jurisprudence of the Supreme Court.

**Keywords:** Fundamental rights. Effectiveness horizontal.

---

\* Bacharel em Direito e Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Licenciando em Filosofia pela Universidade Estadual do Maranhão. Foi servidor do Ministério Público do Estado do Maranhão. Atualmente é Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Maranhão, Professor Substituto do Curso de Direito da UFMA/CCSST e Professor do Programa de Graduação em Direito da Unisulma/IESMA. E-mail: clovisjrs@hotmail.com e clovismdjr@yahoo.com.br

\*\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Processo Civil pela Unisul/SC. Advogada, Professora e Coordenadora Adjunta do Programa de Graduação em Direito da Unisulma/IESMA. E-mail: paulaitz@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais surgiram, inicialmente, para vincular as relações entre o indivíduo e o Estado, relações de direito público, também denominadas relações verticais, tendo em vista a hipossuficiência daquele em relação a este.

Este primeiro grupo de direitos fundamentais, relacionados com a liberdade, referia-se a não intervenção do Estado em determinados setores da vida do indivíduo, tais como a expressão, a propriedade e a religião.

Posteriormente, este catálogo de direitos evoluiu para abarcar outras dimensões de direitos e garantias fundamentais em defesa de uma igualdade. A postura do Estado mudou, passando a agir como protetor e provedor de determinadas necessidades de sua população. É o marco do surgimento dos direitos sociais e trabalhistas.

Os direitos fundamentais evoluíram mais uma vez, especialmente ao final do segundo pós-guerra, para valorizar a solidariedade, ou fraternidade, dando ênfase à vida em comunidade, e diversas teorias passaram a defender que os direitos fundamentais não vinculavam apenas as relações indivíduo-Estado, passando também a ser aplicados nas relações privadas.

Tal posição é o eixo central deste trabalho, vez que a natureza dos direitos fundamentais e o seu alcance não são, de forma alguma, temas pacíficos no âmbito doutrinário e jurisprudencial do direito nacional e comparado.

Visando enfrentar a questão, desenhar-se-á, em linhas gerais, todo o cenário do debate em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. O texto inicia-se com uma breve evolução histórica de tais direitos e apresenta as perspectivas de análise destes pelas dimensões subjetiva e objetiva. Em sequência, tratar-se-á das principais teorias acerca da temática, desde aquelas que negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, passando pelas que afirmam, seja de maneira direta ou indireta, e concluindo com as teorias mistas ou alternativas.

Nesta altura, o estudo passa à realidade jurídica pátria, ponderando a possibilidade de aplicação destas teorias à luz da Constituição

Federal de 1988 e observando casos concretos já apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

O que se pode afirmar é que o assunto é controverso, pois existem questões clássicas, como a dicotomia público-privado que funciona como barreira para aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, quanto mais se diga quando o assunto são os direitos sociais, que historicamente foram forjados como obrigações estatais.

## **2 BASES TEÓRICAS DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1 Conceitos e Primeiras Considerações**

Inicialmente, faz-se necessária a apresentação de alguns conceitos e ideias que devem ser discutidas para a melhor análise do conteúdo do presente trabalho, vez que noções e conceitos diversos virão a permear todo o corpo do debate apresentado.

As primeiras noções propedêuticas são os conceitos de “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”. Alguns autores apresentam um amplo leque de rótulos para designar os direitos fundamentais, a saber: direitos humanos; direitos humanos fundamentais; direitos do homem; direitos individuais; direitos naturais; direitos públicos subjetivos; liberdades fundamentais; liberdades públicas em sentido amplo, dentre outros (BULOS, 2009, p. 428), todos para se referirem à mesma coisa: o “conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social”. (BULOS, 2009, p. 428).

Contudo, parte considerável da doutrina sustenta a existência de um equívoco em igualar direitos humanos a direitos fundamentais. Para estes autores a expressão “direitos humanos” possui afinidade com os documentos de direito internacional, referindo-se às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, sem vínculo com ordem constitucional de um Estado, possuindo validade universal e caráter supranacional. Os “direitos fundamentais”, por sua vez, significam os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados em esfera constitu-

cional de um dado Estado (SARLET, 2010, p. 29). Didaticamente, este posicionamento é mais coerente.

Pontuadas estas distinções, é bem verdade que os direitos humanos (no âmbito supranacional) e direitos fundamentais (no âmbito interno) de hoje são resultados de conquistas históricas que visam “criar e manter as condições elementares para assegurar a vida em liberdade e a dignidade humana”. (HESSE, 2009, p. 33). Fala-se de uma afirmação histórica dos direitos fundamentais, vez que estes não são resultado de uma catalogação que se apresentou pronta, antes, apenas a filosofia histórica e a doutrina de algumas religiões pregava o bem dos indivíduos e da sociedade como coletividade de pessoas, não cabendo ao Estado se ocupar destes assuntos. Apenas com o advento das Revoluções da Modernidade os direitos fundamentais tornaram-se assuntos de Estado<sup>1</sup>.

A evolução dos direitos fundamentais está intimamente ligada à evolução do próprio Direito Constitucional e se confunde com as fases do Estado Moderno. Conforme Konrad Hesse, os direitos fundamentais “iniciaram sua carreira triunfal no fim do século XVIII com as magnas Declarações de Direitos Humanos, os *Bill of Rights* na América e as Declarações francesas de 1789 a 1795” (HESSE, 2009, p. 26), o período coincide com a instituição do Estado Liberal e o rompimento com o Modelo Absolutista.

Em 1979, Karel Vasak propôs uma divisão lógica (BONAVIDES, 2004, p. 563), segundo a qual os direitos humanos se afirmaram historicamente em gerações, níveis ou dimensões<sup>2</sup>. Vasak, na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, leste da França, apresentou inicialmente três gerações de direitos fundamentais que estavam intrinsecamente ligadas, cada uma delas, aos ideais do iluminismo francês – liberdade, igualdade e fra-

---

<sup>1</sup> Neste sentido Sarmento (2010, p. 4) pontua que “os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepassam o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana.”

<sup>2</sup> Como informa Bonavides (2004, p. 571-572), “o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas a sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.



ternidade – e aos ideais evolutivos do Estado Moderno – Paradigma Liberal e o Paradigma Social – a divisão segue o modelo seguinte: a) Primeira Dimensão (Direitos da Liberdade): surgida no final do século XVII, consagra os direitos individuais, pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente, geram o dever de não fazer, por parte do Estado, as denominadas “prestações negativas”, visando a preservação da vida, da liberdade de locomoção, de expressão, de crença etc.; b) Segunda Dimensão (Direitos da Igualdade): floresceu ao final da 1ª Grande Guerra e inaugurou a fase dos direitos coletivos, dentre eles os direitos sociais, econômicos e culturais, impõem ao Estado uma “prestação positiva”, no sentido de assegurar o bem-estar e a igualdade das pessoas, é nesta fase que surgem os direitos trabalhistas e previdenciários, por exemplo; c) Terceira Dimensão (Direitos da Fraternidade/Solidariedade): engloba os direitos de solidariedade: os direitos transindividuais, também chamados difusos e coletivos, podem-se citar direitos como ao meio ambiente saudável, ao desenvolvimento, direito à paz, direito à comunicação e os relacionados ao consumidor.

A divisão se estabeleceu no meio jurídico e a classificação proposta por Karel Vasak tornou-se clássica a ponto de ser afirmada como certa na jurisprudência dos tribunais constitucionais<sup>3</sup>.

A doutrina apresenta, ainda, uma quarta dimensão de direitos fundamentais, tendo como principal expoente da ideia no âmbito pátrio o autor Paulo Bonavides. Esta dimensão se refere aos direitos mais recentes, decorrentes do processo de globalização do Estado neoliberal, alcançando a tecnologia de informação, a bioética, os alimentos trans-

---

<sup>3</sup> O Supremo Tribunal Federal Brasileiro já proferiu acórdão afirmando que: “Enquanto os direitos de *primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de *segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de *terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. (STF. Pleno. MS 22164-SP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 30/10/1995) (grifou-se). No mesmo sentido pode-se verificar STF, ADIn 3.540-1-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 01/09/2005.

gênicos, direito ao pluralismo, à democracia, a clonagem, inseminação artificial, etc. Refere-se à sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual o mundo parece inclinar-se no plano das relações de convivência (BONAVIDES, 2004, p. 570-572; BULOS, 2009, p. 431; SARLET, 2010, 50-51).

Bonavides propõe ainda uma quinta geração de direitos fundamentais, vinculada mais precisamente ao “Direito à paz”, que deve ser retirado do patamar de direito de terceira geração, como propôs Vasak, e elevado ao epicentro dos direitos da mais recente dimensão (SARLET, 2010, p. 50-51).

Ressalte-se que alguns autores consideram que estes novos direitos são apenas antigos direitos, incluídos nas três tradicionais dimensões, e adaptados às novas realidades (SARLET, 2010, p. 50). A análise da manipulação genética ou do uso de células-tronco embrionárias, v.g., seria uma nova análise do clássico direito à vida.

Apesar da divisão cronológica, não se pode afastar a proximidade entre os direitos, ou afirmar que a evolução se deu de maneira estanque em todos os sistemas jurídicos do planeta<sup>4</sup>, “Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 268). Assim desenha-se o direito constitucional do gênero humano.

Feitas estas considerações sobre os fundamentais, percebe-se que, durante sua afirmação histórica, esses direitos surgiram da luta para garantir ao indivíduo ou à coletividade a defesa de um direito frente ao Estado, seja por uma prestação negativa (o Estado abstém-se de algo), seja por uma prestação positiva (o Estado realiza algo em prol de). Todavia, tais direitos adquiriram novas leituras com o desenvolvimento do Direito Constitucional, o que é consequência da própria classe variável em que se colocam os direitos fundamentais, conforme avaliação de Bobbio (1992, p. 8), *in verbis*:

---

<sup>4</sup> No Brasil, por exemplo, muitos direitos sociais (trabalhista e previdenciários) foram assegurados no Estado Novo (1937/45) sem que direitos de liberdade (reunião, associação e imprensa) e direitos políticos fossem consagrados pelo ordenamento pátrio. Outrossim, países ditos comunistas como China, Coreia do Norte e Cuba, asseguram direitos de igualdade aos seus cidadãos enquanto direitos de liberdade são mitigados.

[...] direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo.

Através desta nova leitura, com o tempo, doutrina e jurisprudência passaram a questionar se estes direitos vinculariam também as relações entre os particulares. Esta questão, que é assunto central do presente estudo, foi desenvolvida inicialmente, e com maior atenção, na Alemanha, durante a segunda metade do século XX, após o surgimento da Lei Fundamental Alemã de 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), que deu margens à interpretação da eficácia dos direitos fundamentais com sua aplicação frente a terceiros, com o debate entre os defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata, de um lado, e da

teoria da eficácia direta ou imediata, de outro, querela que se expandiu pela Europa e, posteriormente, para os estudos jurídicos do mundo todo. As teorias serão tratadas em seguida com mais profusão.

Em linhas gerais, o termo “eficácia” refere-se à qualidade daquilo que produz o efeito ou o resultado esperado (MICHAELIS). Transportando tal termo ao campo do Direito Constitucional, pode-se dizer que eficácia de uma norma constitucional é a aptidão de tal norma para produzir efeitos jurídicos. Em sua clássica obra o professor José Afonso da Silva (2000, p. 60) afirma que eficácia é um fenômeno conexo à aplicabilidade da norma constitucional, em que a primeira está ligada à potencialidade e a segunda à realizabilidade e praticidade<sup>5</sup>. Ingo Sarlet, após analisar os diversos conceitos oferecidos pelos publicistas pátrios (em especial José Afonso da Silva, Virgílio Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso e Eros Roberto Grau), apresenta a seguinte síntese sobre o tema, dando destaque para a diferenciação entre eficácia jurídica e eficácia social ou efetividade, *verbis*:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. (SARLET, 2010, p. 240).

Outro ponto que merece destaque na apreciação da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado é o estudo das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Na análise histórica apresentada acima prevalece a dimensão subjetiva dos direitos, em que

---

<sup>5</sup> No tópico sobre o assunto a obra esclarece que: “Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há de ser capaz de produzir efeitos jurídicos”. (SILVA, 2000, p. 60).

estes ensejam “uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 152), exigência das já mencionadas ações positivas e negativas de outrem.

A dimensão subjetiva é a vertente clássica da análise dos direitos fundamentais, seu parâmetro é o sujeito, tal dimensão é umbilicalmente ligada à teoria liberal dos direitos humanos, em que o maior interesse é a proteção do indivíduo contra a intervenção estatal no seu campo de direitos e liberdades.

Pela análise subjetiva individual, forma-se uma relação trilateral composta pelo titular, o objeto e o destinatário do direito (o obrigado), perante quem pode ser imposto judicialmente o cumprimento do interesse juridicamente tutelado (SARLET, 2010, p. 152).

Apesar do quase consenso acerca desse esqueleto de funcionamento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, é certo que existem posições destoantes que procuram explicar a perspectiva subjetiva de outro modo, como é a proposta de Alexy (2008, p. 193-248).

O escritor germânico leva em conta, a partir de uma clássica divisão proposta pelo jus filósofo inglês Jeremy Bentham, que os direitos fundamentais são de três tipos: direitos a algo, liberdade e competências. A análise da dimensão subjetiva de tais direitos é diferente para cada espécie proposta pela classificação.

No campo do direito a algo, a análise é semelhante à já exposta anteriormente, em que o indivíduo “A” tem, em face de “B”, um direito a “C”. O primeiro elemento (A) é o portador ou titular do direito, o segundo (B) é o destinatário do direito e o terceiro elemento (C) é o objeto do direito. O exemplo apresentado por Alexy para ilustrar a análise é o seguinte: 1) a Constituição alemã prevê que “Todos têm direito à vida” (art. 2º, § 1º, 1), a análise conclui que o cidadão tem, em face do Estado, um direito a que este não o mate (obrigação de não fazer), bem como o cidadão tem em face do Estado, um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros (obrigação de fazer) (ALEXY, 2008, p. 194-195).

Pelo direito às ações negativas (ou direito de defesa), o Estado não pode dificultar ou impedir a locomoção, a manifestação de crença, a expressão de opinião, a escolha profissional etc., não pode agir de

forma a descaracterizar o pleno usufruto do direito e não pode eliminar as posições jurídicas, tal como agiria ao proibir a emissão de opiniões sobre determinado assunto. Pelo direito às ações positivas, o Estado deve agir faticamente, conforme o exemplo do parágrafo anterior, para preservar a vida do cidadão; o Poder Público deve instituir e manter os instrumentos de segurança e saúde pública, tais como polícias e hospitais. O Estado também deve praticar ações positivas normativas, como elaborar e aplicar leis que coíbam e punam todo e qualquer atentado contra a vida.

O segundo item da classificação de Bentham são as liberdades. Alexy propõe que a dimensão subjetiva das liberdades seja analisada da seguinte maneira: o indivíduo X é livre (não-livre) de Y para fazer Z ou não fazer Z. O exemplo apontado é o de que o cidadão está livre de proibições jurídicas para expressar sua opinião ou, se preferir, não expressar sua opinião. Em síntese, é juridicamente permitido que se faça algo e é juridicamente permitido que se deixe de fazer este mesmo algo (ALEXY, 2008, p. 222-226).

Os direitos classificados como competências seriam direitos fundamentais que vão além das liberdades, vez que modificam a situação jurídica do indivíduo, tal como se tornar membro de uma associação, contrair matrimônio e manifestar disposições testamentárias. Pela análise subjetiva das competências o Estado não pode revogá-las, mas pode a elas impor limites, como faz ao proibir a bigamia e limitar a 50% (cinquenta por cento) a liberdade de dispor do patrimônio para fins sucessórios.

Acolhem tais disposições doutrinárias de Alexy, certo que com sensíveis modificações, o lusitano Gomes Canotilho e os brasileiros Ingo Sarlet e Toledo Barros (SARLET, 2010, p. 153).

A atenção à perspectiva subjetiva é válida e não pode ser descartada, mas, hodiernamente, a apreciação da temática não pode se ater apenas a esta dimensão, os avanços nos estudos devem fazê-la conviver harmonicamente com a dimensão objetiva.

A partir desta afirmação surgem os estudos dos elementos objetivos dos direitos fundamentais, que resultam da significação dos direitos como princípios objetivos básicos da ordem constitucional, transcendendo a perspectiva subjetiva, que preza pelas garantias individuais,

e constituindo-se em um verdadeiro direito fundamental da comunidade, neste sentido:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são de essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 153).

Com esta concepção, por serem princípios objetivos de todo ordenamento jurídico em seu conjunto, é que Konrad Hesse, juiz da Suprema Corte Alemã, afirma que os “direitos fundamentais influem em todo Direito [...] não só quando tem por objeto as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos, mas também quando regulam as relações jurídicas entre os particulares”. (HESSE, 2009, p. 39).

Cabe aqui, antes de adentrar nas teorias, um parêntese sobre a problemática da terminologia do tema exposto. Diversas são as denominações propostas pela doutrina: “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung*), cunhada pelo alemão Jorn Ipsen, “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (*Horizontalwirkung*), empregada pelo filósofo Robert Alexy, “eficácia externa”, “eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros”, “eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas”, “eficácia privada”, “privatização dos direitos humanos”, do anglo-saxão Andrew Claphan, e “validade das normas de

direitos fundamentais nas relações particulares”, adotada pelo espanhol Gregório Peces-Barba Martinez (SARLET, 2010, p. 375; SARMENTO, 2010, p. xxx-xxxii). As críticas às expressões são múltiplas, como a de que não existe um terceiro nível de eficácia, a de que aos termos “externa” e “terceiros” não são adequados, ou a de que palavra “horizontal” não dá conta das situações de desigualdade do poder entre os indivíduos que compõem as relações jurídico-privadas. Por estes e outros motivos, a doutrina brasileira recente costuma defender o uso das terminologias “vinculações dos particulares aos direitos fundamentais” e “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”.

Contudo, neste texto, não será dada maior importância à discussão terminológica, utilizando-se, de forma indistinta, algumas das denominações acima no decorrer do trabalho, vez que o que está em jogo não é a terminologia adotada, mas sim a possibilidade de os direitos fundamentais e sua perspectiva valorativa constitucional definirem os limites de possibilidades das atuações privadas na pós-modernidade (BELLO FILHO, 2006, p. 425).

## **2.2 Teorias de Negação da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Interprivadas**

Tão logo a ideia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi ventilada na Alemanha, erigiram-se as correntes contrárias, capitaneadas por Mangoldt e Forsthoff (SARMENTO, 2010, p. 188), que defendiam, a partir de uma interpretação literal do artigo 1.3 da Lei Fundamental Alemã, que os direitos fundamentais previstos no Texto Magno obrigavam apenas os poderes públicos. O referido artigo pronuncia, em tradução livre, que: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados”, e, da leitura do texto, os mencionados autores guerrearam que apenas os sujeitos expressamente previstos estavam vinculados aos direitos fundamentais.

Tal concepção deriva, ainda, de uma postura privatista e liberal, que se pauta na análise genética das normas. Por este exame, a Constituição possui gênese estrutural na relação Estado-indivíduo (vertical), enquanto que as Leis Civis surgem para regular as relações



indivíduo-indivíduo (horizontal ou interprivada) (FISCHER, 2006, p. 56). Assim, a partir da natureza da norma é que se conhecem os sujeitos e as relações que ela regula, logo, a Constituição e os direitos dela decorrentes serviriam apenas para reger as relações verticais.

A corrente que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não perdurou na Alemanha, vez que o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), por diversas vezes, a partir da década de 1950, reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2010, p. 188).

É no direito constitucional estadunidense, de formação quase que essencialmente liberal, que é defendida com mais ardor, e quase de maneira unânime, a ideia de não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nos Estados Unidos essa doutrina é conhecida como *state action* e, além do argumento liberal, a visão é fortalecida pela defesa do pacto federativo, vez que naquele país é competência dos Estados-membros legislar sobre direito privado, não podendo a União adentrar nesta área, salvo para regular o comércio interestadual ou internacional (SARMENTO, 2010, p. 189).

Sem embargos, a Suprema Corte estadunidense, mesmo sem renunciar a doutrina do *state action*, adotou em alguns casos a *public function theory* (SARMENTO, 2010, p. 190). Esta corrente entende que quando particulares exercem funções de natureza tipicamente estatal devem se submeter aos limites constitucionais. É uma forma de impedir que o Estado fuja da submissão à Carta Magna pela instituição de empresas privadas ou pela delegação de funções típicas a entes particulares. Exemplos destes, na recente jurisprudência dos EUA, são os partidos políticos e os clubes e parques privados abertos ao público.

Todavia, mesmo com a adoção da *public function theory*, as decisões da Suprema Corte, em geral as que versaram sobre questões raciais, oscilaram, ora para admitir a vinculação, ora para negá-la e reafirmar o *state action*, posição que ainda prevalece naquele estado<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Segundo Sarmento (2010, p. 196-197), tal doutrina não valoriza os direitos fundamentais como deveria: “a doutrina da *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas

As teorias acima descritas pautam-se no risco de que a eficácia perante terceiros pode causar a autonomia privada, a segurança jurídica e a liberdade contratual, abrindo espaço para criação de um “Estado de Juízes”. Todavia, como será apresentado mais a frente, na atual ordem jurídica constitucional pátria não é cabível tal interpretação da eficácia dos direitos fundamentais.

### 2.3 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata

Em 1956, o publicista Günter Dürig escreveu o texto intitulado “Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais” (*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*) (COSTA, 2007, p. 74), no qual firmou toda base teórica da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*), esta tornou-se a corrente dominante no direito alemão, sendo adotada até hoje pela maioria de sua doutrina e pela Corte Constitucional Germânica (SARMENTO, 2010, p. 197-198).

Pela teoria da eficácia indireta, ou mediata, dos direitos fundamentais na esfera privada, também denominada teoria da irradiação (FISCHER, 2006, p. 62), os direitos fundamentais não adentram nas relações privadas como direitos subjetivos extraídos diretamente da Constituição; a eficácia é resultado de uma interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 379), por intermédio do legislador e dos juízes.

Desta forma, os direitos fundamentais vinculam os Poderes Judiciário e Legislativo que, ao elaborar e aplicar a norma de direito privado, devem recepcionar os direitos fundamentais. Fica a cargo do direito privado a concretização dos direitos fundamentais, daí falar-se que a aplicação é mediada.

---

do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standarts* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos. Nesta questão, diversamente do que ocorreu em tantas outras, o direito constitucional norte-americano não se beneficiou dos sopros renovadores da jurisprudência e da doutrina, tão necessários para adaptar o bicentenário texto magno daquele país às necessidades de um mundo que é inteiramente diverso daquele em que viveram os *Founding Fathers*”.

A teoria acredita que uma incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas menosprezaria a autonomia da vontade, portanto, a doutrina da eficácia indireta é uma salvaguarda à independência do direito civil, que mantém sua importância, e honra o direito constitucional. Este, por conseguinte, se irradia sobre todo arcabouço normativo.

Na perspectiva germânica, a eficácia indireta, que obviamente vincula o legislador, apresenta sua maior importância nas decisões do Judiciário, que tem o dever de interpretar as normas infraconstitucionais considerando os direitos fundamentais. Assim, quando o magistrado resolve os conflitos privados, aplica, por ser seu dever constitucional, as normas magnas, fazendo com que os direitos fundamentais incidam sobre as relações privadas em análise. Neste sentido é a defesa de Hesse (2009, p. 61):

A eficácia mediata frente a terceiros dos direitos fundamentais radica em sua ascendência sobre os preceitos aplicáveis do Direito Civil, que se tem de levar em conta na hora de interpretá-los [...]. se um tribunal, como titular do poder público, descumpra dita regra, está transgredindo aquelas normas de direitos fundamentais sobre cuja observância pelo poder Judicial o cidadão tem uma expectativa constitucional.

Uma lição emblemática julgada pelo Tribunal Constitucional Alemão foi o Caso *Lüth-Urteil* (*BVerfGE 7, 198*)<sup>7</sup>, de 1958, considerada

---

<sup>7</sup> Martins (2005, p. 381-382) resume o caso nos seguintes termos: “O cidadão alemão *Erich Lüth*, conclamou, no início da década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por *Veit Harlan*, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “*Jud Süß*”, de 1941). *Harlan* e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra *Lüth*, com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo

a primeira decisão em que aquela corte aplicou a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Lüth promoveu um boicote contra um filme do cineasta Harlan, tido como nazista, e a produtora do filme conseguiu na justiça de Hamburgo que Lüth fosse compelido a suspender sua campanha, sob o manto do art. 826, do Código Civil germânico, que preceitua que “quem dolosamente causa dano a outrem, de maneira contrária aos bons costumes, está obrigado a repará-lo”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 176-177). Entretanto, a Corte Constitucional, fundamentando sua decisão na eficácia dos direitos fundamentais por meio do Judiciário, reformou a decisão da instância inferior afirmando que a liberdade de expressão deveria prevalecer no caso em testilha.

Além da Alemanha, conforme informa Sarmiento (2010, p. 202-204), a eficácia horizontal indireta orienta, ainda, o Direito Austríaco e o Direito Francês, embora neste último a terminologia empregada não seja a mesma do Direito Alemão.

As principais críticas dirigidas à teoria ora estudada são, de um lado, a de que a irradiação dos direitos fundamentais, nas normas de direito privado, comprometeria o princípio da legalidade, ao passo que o Judiciário aplicaria a legislação ordinária de maneira insegura, dependendo de seus humores. Por outro lado, os críticos afirmam que a teoria é insuficiente para gerar a integral defesa dos direitos fundamen-

---

Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG.

O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil”.

tais, o que acaba os enfraquecendo. Por fim, há aqueles que afirmam que a eficácia indireta por mediação judicial é apenas uma forma de utilização da interpretação conforme a Constituição, bastante utilizada e difundida na seara do controle de constitucionalidade (SARMENTO, 2010, p. 204).

## 2.4 Teoria da Eficácia Direta ou Imediata

A teoria anteriormente descrita é, na verdade, uma tentativa de encontrar um meio termo entre as teorias da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria da eficácia direta ou imediata destes direitos, posicionamento ao qual se passa a apreciar.

A doutrina da eficácia horizontal direta (*Unmittelbare Drittwirkung*) acaba sendo o marco inicial de toda discussão, vez que sem a sua defesa não existiria a contraposição total, nem a tentativa de estabelecer uma opção de meio. O precursor desta teoria foi o também alemão Hans Carl Nipperdey (SARMENTO, 2010, p. 204), no início da década de 1950, que logo recebeu a companhia de Walter Leisner. Tais autores afirmavam que a vinculação direta dos direitos fundamentais está pautada no argumento de que estes se constituem em normas de valor válidas para toda a ordem jurídica, pela energia do princípio da unidade da ordem jurídica e do princípio da força normativa da Constituição, sendo que, por isso, “não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional”. (SARLET, 2010, p. 379).

Os direitos fundamentais estariam revestidos de uma oponibilidade *erga omnes*, podendo ser invocado diretamente nas relações interprivadas, sem a necessidade de mediação do Poder Público.

Na Alemanha a teoria não foi bem aceita, excetuados alguns julgados do Tribunal Federal do Trabalho, onde Nipperdey exercia a magistratura (SARMENTO, 2010, p. 89), todavia, a posição tornou-se majoritária entre os doutrinadores da península ibérica.

Na Espanha, o mais contundente em defender a eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito privado foi Bilbao Ubillos (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios

Políticos y Constitucionales, 1997, p. 296-297 apud COSTA, 2007, p. 92) que afirmou que “um direito fundamental cujo reconhecimento depende do legislador, não é um direito fundamental. É um direito de cunho legal, simplesmente. O direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo ao legislador”. Na doutrina espanhola destacam-se, ainda, os autores Tomás Quadra-Salcedo, Pedro de Veja Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de la Cruz como adeptos desta corrente.

Em Portugal, a Constituição previu, expressamente, a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias fundamentais no âmbito privado, *in verbis*, “Artigo 18.º (Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Diante desta previsão expressa, poucos doutrinadores lusitanos ousam negar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Cabe aqui, porém, uma ressalva para apresentar a posição de J.J. Gomes Canotilho que, sem negar a teoria da eficácia direta, afirma que o Judiciário, ao se deparar com a questão, deve agir de maneira a superar a dicotomia eficácia mediata/imediata em favor de soluções diferenciadas, a metodologia seria a que segue:

Os juízes, embora vinculados em primeira linha pela mediação legal dos direitos, liberdades e garantias, devem também dar operatividade prática à função de protecção (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias.

a) Em primeiro lugar, devem fazer uma aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a constituição.

b) Se a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias for insuficiente cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos (subjectivos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais.

c) A interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias das normas de direito privado utilizará como instrumentos metódicos não apenas as clássicas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados (exemplo: boa fê, abuso de direito) mas também as próprias normas consagradoras e defensoras de bens jurídicos absolutos (vida, liberdade). Trata-se, pois, de uma concretização de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de normas de decisão judiciais (captadas ou «extrinsecadas» por interpretação-integração pelo direito judicial) (CANOTILHO, 1993, p. 598).

O professor de Coimbra, entretanto, em um recente escrito, levantou questionamento sobre se a excessiva aplicação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não estaria esvaziando o direito constitucional, ao civilizá-lo, e o banalizando com uma superficial aplicação no meio judicial (SARMENTO, 2010, p. 210).

Outros renomados escritores portugueses não aderem abertamente à teoria da eficácia imediata. Jorge Miranda apresenta o problema, mas não se posiciona de uma maneira definitiva. Vieira de Andrade propõe uma posição intermediária entre as teorias da eficácia imediata e mediata. O Tribunal Constitucional Lusitano, por seu turno, ainda não se posicionou contra ou a favor de qualquer uma das doutrinas expostas (SARMENTO, 2010, p. 211-213).

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais é decorrente do reconhecimento de que os direitos fundamentais derivam do avanço do Estado, que passou a ser social e, portanto, faz-se necessária a expansão dos direitos fundamentais às relações interprivadas.

Destarte, no Brasil, onde a Constituição é uma carta social, a teoria é bastante aceita e difundida no meio acadêmico<sup>8</sup>, contudo o tema ainda não foi tratado a fundo pela Suprema Corte, como será visto oportunamente, mas existem decisões neste sentido. Tópico específico tratará da *Drittwirkung* no ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>8</sup> Dentre os quais se pode citar Barroso (2006), Sarlet (2010), Steinmetz (2004) e Sarmento (2010), podendo ser mencionado, ainda que com uma aceitação parcial, Silva (2005).

Outros países onde a Constituição também teve uma inspiração social, como é o caso da Argentina e da Itália, a doutrina da *Unmittelbare Drittwirkung* é bastante aceita (FISCHER, 2006, p. 60).

## 2.5 Outros Posicionamentos Teóricos

Para finalizar o estudo das bases teóricas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, faz-se necessário a compreensão de outras três teorias que, juntamente com as vertentes principais acima expostas, mostram-se dentre as mais relevantes. São elas: a teoria dos deveres de proteção, a teoria da convergência estatista e o modelo de três níveis de Alexy.

A teoria dos deveres de proteção, ou teoria dos imperativos de tutela (STEINMETZ, 2004, p. 293), é um segmento da doutrina alemã idealizado por Claus-Wilhelm Canaris, Joseph Isensee, Stefan Oeter e Klaus Stern (SARMENTO, 2010, p. 216). Tal corrente parte dos mesmos pressupostos da teoria da eficácia horizontal indireta, e afirma que os direitos fundamentais vinculam, positivamente e negativamente, apenas o Estado e seus poderes públicos.

A teoria não defende a existência de nenhuma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas afirma que apenas o Estado é vinculado a estes, sendo dever do legislador salvaguardar os direitos fundamentais ao produzir normas de direito privado, cabendo, em um segundo momento, ao juiz constitucional declarar a invalidez das leis produzidas e desobediência a este preceito ou colmatar as lacunas oriundas desta falha por meio do controle da omissão inconstitucional.

Apesar da divergência teórica, os resultados práticos da aplicação da teoria dos deveres de proteção são semelhantes ao da aplicação da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais. Não obstante a aparente contradição em negar a vinculação dos particulares, como pontua Sarmento: “só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por particular, se se aceitar também que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental”. (SARMENTO, 2010, p. 220).



A segunda teoria alternativa é a da convergência estatista<sup>9</sup>, firmada por Jürgen Schwabe, segundo a qual a atividade dos particulares sempre responde ao Estado, vez que este as autoriza e protege. Assim, a responsabilidade por toda e qualquer transgressão aos direitos fundamentais na esfera privada é integralmente do Estado.

Para Schwabe, o debate da eficácia horizontal é inútil, pois não existe vinculação (direta ou indireta) dos particulares aos direitos fundamentais, o que existe é, sim, uma vinculação estatal direta. Alexei Estrada resume a teoria nestes termos:

[...] el Estado, al regular las relaciones privadas ‘a través del ordenamiento jurídico, la actividad judicial y la intervención ejecutiva’, participa en el proceso de lesión de la posición jurídica jusfundamental; en consecuencia, si no prohíbe específicamente aquellas conductas privadas que puedan entrañar una posible afectación de los bienes jusfundamentales, no omite su deber de protección, sino que simplemente niega la efectividad del derecho fundamental afectado como derecho de defensa. Por ello, el problema de protección frente a particulares se convertiría en un problema de defensa frente a intervenciones realizadas por los particulares pero, en última instancia, imputables al Estado (ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 133 apud COSTA, 2007, p. 57).

A teoria apresenta-se, deste modo, como uma vertente daqueles que negam a eficácia dos direitos fundamentais na seara particular, semelhante ao *state action*, opondo-se a todas as outras correntes apresentadas, como expressa Steinmetz (2004, p. 176):

---

<sup>9</sup> Segundo informações de COSTA (2007, p. 56), Paulo Mota Pinto é que nominou teoria de “convergência estatista”.

Ao propor uma eficácia imediata e direta de normas de direitos fundamentais [ainda que apenas na direção do Estado] vai de encontro à teoria da eficácia mediata; ao deslocar o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais para o âmbito das relações entre indivíduo e Estado, opõe-se à teoria da eficácia imediata; ao conceber os direitos fundamentais exclusivamente como direitos de defesa, como limites ao poder do Estado, nega sentido e utilidade à teoria dos direitos fundamentais como direitos à (deveres de) proteção.

Por fim, ergue-se a teoria integradora (STEINMETZ, 2004, p. 181), mais conhecida como o modelo de três níveis proposto pelo jus filósofo alemão Alexy (2008, p. 533-542), que conciliou as diversas teorias existentes sobre a eficácia horizontal e apresentou um modelo segundo o qual a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares dá-se em três níveis de efeitos, que não representam uma relação de graduação, mas são níveis que se intercalam mutuamente para obtenção dos resultados. Os níveis propostos são os seguintes: “o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos privados”. (ALEXY, 2008, p. 533).

Para Alexy, no primeiro nível incidiria o efeito mediato gerando um dever estatal, vez que é obrigação dos poderes públicos encarar os direitos fundamentais como princípios objetivos na produção, interpretação e aplicação das normas de direito privado.

O segundo nível corresponde à aplicação dos ideais da teoria dos imperativos de tutela. Refere-se, mais especificamente, a atuação do Poder Judiciário, que ao atuar nas demandas privadas deve aplicar os direitos fundamentais, sob pena de, se assim não agir, estar violando a Constituição. A violação passa a existir por meio do conteúdo das decisões judiciais, que, a partir de então, podem ser contestadas, vez que os direitos são oponíveis contra o Estado. Nas palavras de Alexy (2008, p. 535):

Um direito só pode ser violado por aquele em face do qual ele existe. Se tribunais civis podem vio-

lar direitos fundamentais dos cidadãos por meio do conteúdo de suas decisões, então, os direitos violados são direitos dos cidadãos contra o Judiciário, ou seja, contra o Estado.

O terceiro nível, por seu turno, representa a incidência da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Para o autor, a incidência não decorre da pura permuta dos atores da relação dos direitos fundamentais, vez que “Por definição, um direito do cidadão contra o Estado não é um direito do cidadão contra outro cidadão”. Ademais, completa Alexy, “um cidadão não pode, por exemplo, ter um direito em face de outro cidadão a que este crie ou deixe de criar determinadas leis”, esclarecendo que a simples troca é impossível por razões conceituais (ALEXY, 2008, p. 538).

Para aplicação do terceiro nível de efeitos é necessária a compreensão da dupla titularidade dos direitos fundamentais (Estado e cidadão), ponderando-se a intensidade dos efeitos na relação cidadão/cidadão de maneira diversa da incidência dos efeitos na relação cidadão/Estado.

Com sua explanação, o alemão tentou demonstrar a parcial compatibilidade entre as teorias e a possibilidade de sua aplicação de maneira a alcançar resultados mais satisfatórios.

### **3 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

#### **3.1 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988**

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil – CF, CRFB, CR – representou uma virada epistemológica na forma de ver todo ordenamento jurídico pátrio. A partir de sua promulgação, em 1988, o Estado brasileiro viu-se obrigado a dar uma maior proteção aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, restando estabelecido um verdadeiro Estado Social, que possui como fundamento central a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), base de construção de todo direito humano e fundamental e valor essencial que dá unidade

e sentido à Constituição (PIOVESAN, 2010, p. 28), e como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), patente ideal do modelo social.

A Carta Magna não previu expressamente, como fizeram os textos constitucionais português<sup>10</sup> e alemão, a quem eram direcionados os direitos fundamentais, todavia, não é devido a esta ausência que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser simplesmente afastada.

O ponto nodal do debate sobre a eficácia horizontal no Brasil está cravado no artigo 5º, § 1º, da CF, que é um dispositivo, nas palavras de Sarlet (2010, p. 263), foco da “controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional”, não se podendo afirmar um juízo doutrinal seguro sobre a matéria.

O aludido dispositivo informa que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Os problemas hermenêuticos se apresentam na interpretação do significado e do alcance do dispositivo constitucional.

O primeiro problema sobre o alcance refere-se à topografia da norma, questiona-se se a afirmação atinge todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, ou apenas aqueles constantes no art. 5º, a resposta para a questão é apresentada por Ingo Sarlet. O autor fundamenta que a Constituição “não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais”, como fez a Carta Magna lusitana, “encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico”. (SARLET, 2010, p. 263). Neste sentido também se posiciona Piovesan (2010, p. 35-36), ao afirmar que o dispositivo “realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias

---

<sup>10</sup> Como anteriormente explanado, a Constituição de Portugal expressamente previu a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais (art. 18.1). Além da lusitana, a Constituição Suíça de 1999 (art. 35.3) prevê, em tradução livre, que “As autoridades devem assegurar que os direitos fundamentais estejam aptos a produzir seus efeitos, inclusive nas relações privadas”. A Constituição da África do Sul de 1996 (arts. 8.2, 8.3), no Capítulo 2, Título sobre aplicação dos direitos fundamentais, também reconhece que esses direitos vinculam as pessoas físicas e jurídicas no âmbito privado, devendo o Poder Judiciário aplicá-los mesmo quando a legislação ordinária não os contemplou.

fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos”.

As questões perduram, de um lado, com a afirmação, ainda que minoritária, de que as normas definidoras de direitos fundamentais alcançam sua eficácia apenas por meio da concretização legislativa, com a elaboração das leis; e de outra banda, pela defesa de que todas as normas que apontam direitos fundamentais se aplicam independente de elaboração de leis específicas. Entretanto, parece mais coerente o entendimento médio, que reconhece que somente têm aplicação imediata as normas que não exijam a concretização legislativa. Seriam, na tradicional classificação de Silva (2000, p. 88-102), as normas constitucionais de eficácia plena. Para as demais normas definidoras de direitos fundamentais a interpretação deve ser mais branda, conforme exemplifica Uadi Bulos, “a aplicação plena da liberdade de trabalho condiciona-se à lei (art. 5º, XIII), evidenciado que a mensagem do § 1º do art. 5º é relativa, pois nem todos os direitos fundamentais bastam-se a si próprios”. (BULOS, 2009, p. 385).

Nada impede, contudo, que as normas que não são de aplicação imediata, em especial as de conteúdo dirigente ou programático, que estabelecem modelos de programas que devem ser desenvolvidos pelo Estado, sejam resguardadas por meio do controle da omissão inconstitucional, através do Mandado de Injunção ou da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

Desta feita, a conclusão é de que não se pode subestimar ou superestimar o conteúdo do art. 5º, § 1º da CR, de modo que o Estado Constitucional de Direito deve prezar por um efetivo cumprimento de seus direitos fundamentais. Conforme Piovesan (2010, p. 35-36), o disposto no § 1º do art. 5º é uma previsão principiológica, denominada princípio da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, que visa resguardar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias fundamentais, funcionando como mandados de otimização no padrão de Alexy (2008, p. 90-91), ou seja, ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, a posição é compartilhada por Sarlet e Canotilho (SARLET, 2010, p. 270).

Assim, todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais sempre são dotadas do mínimo de eficácia, cabendo

aos poderes públicos a missão de extrair daquelas, por meio da feitura e execução da legislação ou da prestação jurisdicional, a maior eficácia possível.

Superados estes pontos, o § 1º do art. 5º deixa outra pergunta, esta mais importante ao estudo aqui proposto, a vinculação estabelecida no dispositivo dirige-se apenas aos órgãos públicos ou também aos particulares? E, em caso de resposta positiva, qual a forma da vinculação direta e imediata, indireta e mediata, ou por meio de algum outro modelo alternativo?

Embora não haja uma previsão expressa, grande parte da doutrina brasileira posiciona-se que a resposta ao primeiro questionamento é positiva, quanto à forma de incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, todavia, não existe um consenso.

Sarlet (2010, p. 382-383) afirma que, à luz do direito constitucional positivo brasileiro, faz-se necessária a vinculação direta ou imediata dos direitos fundamentais aos particulares, reconhecendo, todavia, que tal aplicação não deve ser uniforme para todos os direitos e para todas as situações, reclamando soluções diferenciadas.

Silva (2005), por seu turno, prefere não defender que os direitos fundamentais produzem efeitos em todas as relações jurídicas, tratando o assunto com parcimônia, vez que a letra da Constituição não traz sinais sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais (COSTA, 2007, p. 110). Contudo, o autor concorda com o modelo dos três níveis proposto por Alexy (SARMENTO, 2010, p. 247).

Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, grandes estudiosos do direito constitucional alemão, sustentam a tese da eficácia indireta, argumentando os mesmos fundamentos oferecidos pelo direito comparado (SARLET, 2010, p. 375).

Em sua tese de doutoramento, Sarmento (2010, p. 237) é categórico ao afirmar que “no caso brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”.

A conclusão de Daniel Sarmento leva em conta o contexto macroconstitucional, ao fazer uma digressão de que a Constituição da República é intervencionista e social, em contraposição à visão liberal in-

dividualista de que o Estado é o único adversário dos direitos humanos, e que, para a verdadeira concretização do Estado Social é necessária a extensão dos direitos fundamentais também às relações privadas. A CRFB é, assim, totalmente incompatível com a radical posição estadunidense e inconciliável com a doutrina conservadora alemã, tendo em vista a diferença do tratamento dos direitos fundamentais dado pela CF/88 e o da Lei Fundamental de Bonn, vez que a Carta alemã, apesar de prever o princípio do Estado Social, não consagrou expressamente nenhum direito social ou econômico, como fez o texto pátrio (SARMENTO, 2010, p. 237-238).

Outro posicionamento conceituado é o de Barroso (2006, p. 45) e Steinmetz (2004, p. 295), que consideram que o direito constitucional brasileiro acolheu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, contudo, enfocam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas levando-se em conta os elementos do caso concreto, aplicando-se a proporcionalidade alexyana. Steinmetz ainda completa seu pensamento afirmando que o princípio da proporcionalidade é a maneira de compatibilizar os direitos fundamentais e autonomia privada.

A partir das diversas correntes apresentadas, parece coerente afirmar que a Constituição Federal impõe a eficácia dos direitos fundamentais também nas relações privadas, contudo, não na mesma medida que impõe a aplicação dos direitos fundamentais ao Estado, vez que os particulares, por também serem titulares dos preceitos fundamentais e terem sua autonomia privada resguardada pela ordem constitucional, impõem uma série de adaptações para possibilitar a incidência horizontal dos direitos constitucionais.

Um exemplo clássico do que se está falando é uma eventual aplicação do princípio da isonomia em que uma pessoa seja obrigada a tratar todos os seus colegas de trabalho da mesma forma, e, caso promova uma festa, se convidar um dos colegas será, pelo princípio da isonomia, obrigado a convidar todos os demais. Agindo assim, a interpretação seria autoritária e estaria ferindo o livre arbítrio e a liberdade emocional (SARMENTO, 2010, p. 259).

O juiz, ao analisar a situação trazida à baila, deve levar em conta os elementos do caso concreto, podendo invocar os direitos fundamentais e aplicá-lo de forma imediata para restringir a autonomia

privada, em prol da maior efetividade da Constituição, ápice do ordenamento jurídico, contudo, respeitando a desigualdade fática e deixando claro que o tratamento dado ao setor privado não pode ser confundido com o tratamento dado ao Estado.

O Poder Judiciário age de forma contramajoritária, mas nem por isso deixa de ter legitimidade, vez que é um poder constituído pela Carta Magna e, na ausência da ação dos demais poderes, cabe a este resguardar os direitos fundamentais, mesmo que em detrimento dos direitos privados.

Até aqui, toda a exposição sobre a eficácia nas relações privadas tratou dos direitos fundamentais de forma genérica, não os diferenciando quanto às liberdades individuais, direitos sociais, civis, políticos, econômicos ou transindividuais. As doutrinas alemãs sobre a eficácia horizontal se desenvolveram quase que exclusivamente em volta dos direitos individuais ou de primeira geração.

Adentrando na seara da eficácia dos direitos fundamentais específicos no âmbito privado, certamente devem ser excluídos da discussão os direitos e garantias fundamentais aos quais a CF definiu como destinatários únicos e exclusivos os poderes públicos, dentre os quais pode-se exemplificar o direito a impetrar os remédios constitucionais<sup>11</sup>. Também deve ficar a parte do debate os direitos e garantias fundamentais que, por sua natureza, já foram elaborados para reger relações privadas ou simultaneamente as relações públicas e privadas, tais como os direitos trabalhistas (art. 7º da CF), feitos para reger a relação empregado/empregador; o direito à indenização por danos causados pela violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF), notadamente aplicável na esfera privada; ou as inviolabilidades de domicílio, correspondência e comunicações telefônicas (art. 5º, XI e XII), que devem ser respeitadas não só pelo Estado, mas por todos os indivíduos particulares. Em hipóteses como as acima ilustradas não é possível negar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

---

<sup>11</sup> Apesar de ser possível impetrar os remédios constitucionais para resguardar direitos em face de entes ou pessoas privadas, o direito aqui resguardado é a tutela das liberdades. Essa cabe apenas ao Estado.



Quanto à incidência dos direitos fundamentais de primeira dimensão no âmbito das relações privadas, o direito constitucional pátrio (doutrina e jurisprudência) é quase uníssono em acatar sua incidência, independente da teoria adotada. Diversas decisões judiciais utilizam os direitos fundamentais para dirimir conflitos privados, todavia, “com raras exceções, estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares”. (SARMENTO, 2010, p. 250). A análise de alguns julgados em que o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu aplicar os preceitos constitucionais na esfera privada será feita no tópico seguinte.

### **3.2 Casos de Horizontalidade dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

A apreciação de casos que buscam a aplicação dos direitos e garantias fundamentais na esfera privada na Corte Constitucional ainda é tímida. Alguns julgados serão destacados, mas, desde já, pode-se afirmar que lides envolvendo a eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais ainda é tema alheio à análise do STF, em geral os temas tratados são os direitos individuais e os direitos sociais trabalhistas.

Os primeiros casos de horizontalidade remontam aos anos de 1995 e 1996, quando três decisões em Recursos Extraordinários – REs reconheceram a aplicação de direitos individuais não-trabalhistas em relações trabalhistas e a incidência de direitos fundamentais processuais na relação entre associados e a cooperativa/associação.

O RE n. 160.222/RJ, julgado pela Primeira Turma em 11/04/95, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, discutia se a submissão das operárias de uma indústria de vestuários à revista íntima diária, sob ameaça de dispensa, caracterizava ou não constrangimento ilegal. O detalhe era que tal revista estava expressamente prevista no contrato de trabalho, caracterizando o conflito entre a autonomia privada e a garantia do direito fundamental à intimidade. O Recurso, todavia, não foi apreciado quanto a este mérito, vez que se operara a prescrição, que fez o relator lamentar por não poder confrontar as duas premissas.

A primeira vez que o STF entrou no mérito dos limites da autonomia privada nas relações trabalhistas foi no RE n. 161.243/DF,

julgado pela Segunda Turma em 29/10/96. Naquela ocasião, a Corte decidiu que a empresa aérea *Air France* não poderia conceder, por meio de seu Estatuto do Pessoal da Empresa, vantagens aos funcionários de nacionalidade francesa sem que estas vantagens fossem estendidas aos demais funcionários da empresa que ocupassem o mesmo cargo. O fundamento da decisão foi o de que a discriminação, apesar de não ferir as leis trabalhistas, configurava ofensa ao princípio constitucional da isonomia. A ementa da decisão está abaixo colacionada:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.

I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput).

II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV - R.E. conhecido e provido.

Naquele mesmo ano, a Suprema Corte já havia decidido, no julgamento do RE n. 158.215/RS, apreciado pela Segunda Turma em 30/04/96, que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório se aplicavam nas relações entre cooperados e a cooperativa,

não podendo esta última expulsar um associado sem que estas garantias lhe fossem asseguradas. No caso em comento, o STF não adentrou no mérito se as garantias constitucionais se aplicam às relações privadas, entretanto, na prática, foi o que acabou sendo feito.

Em caso semelhante, o RE n. 201819/RJ, julgado pela Segunda Turma em 11/10/2005, finalmente aflorou na Corte o debate específico sobre as teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, para reconhecer que os associados têm a garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional para formalização de sua exclusão da associação. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes fez uma retrospectiva dos julgados do STF que havia relação com o assunto, exatamente os acórdãos acima referidos. O Ministro, em seu voto, escreveu o seguinte: “Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para aplicação desses direitos às relações privadas”. (RE n. 201819/RJ, inteiro teor, p. 607)<sup>12</sup>.

A ementa do acórdão do processo em questão chega a afirmar que, no Brasil:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. *Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.* (grifo nosso).

O julgado é categórico ao afirmar que:

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e

---

<sup>12</sup> RE n. 201819/RJ, inteiro teor, p. 607.

garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

A decisão, entretanto, no caso concreto, aplica-se apenas às associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integrando o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios, foi o que determinou a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa pela Corte.

Pelas decisões acima, percebe-se que o STF não fica alheio à questão da horizontalidade dos direitos fundamentais. Na prática, a Corte tem aceitado a incidência direta dos direitos fundamentais na resolução de demandas privadas, mesmo quando não há previsão legal, contudo, o debate ainda é carente de um maior número de precedentes, o que possibilitaria afirmar que esta é a posição adotada pelo Pretório.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos fundamentais e sua eficácia são uma realidade em constante mutação, o que é resultado da afirmação histórica destes direitos, que não nasceram prontos em uma receita estanque, mas foram se formando e sendo consagrados nos textos constitucionais ao longo dos últimos séculos.

Quando a humanidade resolveu colocar o foco principal de seus valores na dignidade da pessoa, os direitos humanos deixaram de ser uma ideia que vinculava apenas os indivíduos em sua relação com

o Estado, e passaram a irradiar-se sobre todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, apresentando-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A partir desta concepção, afloraram, no seio da dogmática e da jurisprudência constitucional, diversas posições que tendiam a explicar a forma que estes direitos fundamentais passariam a incidir, agora não mais apenas na esfera pública, vinculando as relações entre particulares, uma vez que os direitos fundamentais passaram a ser compreendidos como os valores mais importantes de toda a comunidade jurídica, política e social.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais tornou-se uma necessidade incontestável, apesar da divisão teórica acerca da intensidade e da forma de vinculação destes particulares.

O direito germânico, local onde as duas maiores doutrinas sobre o tema foram apresentadas, foi o cenário da discussão. De um lado a teoria da eficácia direta ou imediata, advogando a tese de que alguns direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, e de outro a teoria da eficácia indireta ou mediata, segundo a qual cabe ao legislador e ao intérprete a missão de estender os direitos fundamentais para esfera privada. Outras doutrinas, como a teoria dos deveres de proteção, a teoria da convergência estatista e o modelo de três níveis de Alexy, são uma opção ao tema: chamadas teorias alternativas, em regra, mesclam elementos das outras duas principais doutrinas.

O modelo axiológico constitucional proposto pela Lei Maior de 1988 não deixa dúvida de que, no ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia dos direitos constitucionais nas relações privadas é direta e imediata, com ressalva aos direitos que, por sua própria natureza, só vinculam ao Estado.

A autonomia privada no direito brasileiro é limitada pela supremacia da Constituição. Por esta razão, a jurisprudência pátria, inclusive o Supremo Tribunal Federal, vem aplicando diretamente os direitos fundamentais para solução de lides em relações jurídico-privadas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18540/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18540/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito.pdf)>. Acesso em: 12 maio 2010.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. 476 f. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/4874590/A-ERA-DOS-DIREITOS-NORBERTO-BOBBIO>>. Acesso em: 6 mar. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos fundamentais entre particulares na ordem jurídica constitucional brasileira**. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

FISCHER, Eduardo Ferreira. **Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul/Salerno, 2006.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relação entre particulares. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 173-180, maio 2005. Disponível

em: <[http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/rdgv\\_01\\_p173\\_180.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/rdgv_01_p173_180.pdf)>.

Acesso em: 13 maio 2010.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.



## ELEMENTOS DA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

*Tiago Vasconcelos Silva\**

**Resumo:** Este artigo trata da Interpretação Constitucional e foca-se no sistema mais atual. Para tanto, desenvolve o tema a partir da Hermenêutica Jurídica, relembra a interpretação constitucional tradicional, ressalta os métodos de interpretação constitucional. Demonstra a necessidade dos novos elementos interpretativos diante da realidade atual, que ganharam força com a ascensão do neoconstitucionalismo. No ápice do trabalho são apresentados, de forma objetiva, alguns dos novos elementos de interpretação constitucional: princípios de interpretação constitucional, conceitos jurídicos indeterminados e técnicas de ponderação e argumentação jurídica.

**Palavras-chave:** Interpretação constitucional. Hermenêutica jurídica. Novos elementos interpretativos.

**Abstract:** This article deals with constitutional interpretation and focuses on the most current system. To do so, develops the theme from the Legal Hermeneutics, recalls the traditional constitutional interpretation, says the methods of constitutional interpretation. Demonstrates the need for new interpretive elements on the current reality, which gained strength with the rise of neoconstitucionalism. In the culmination of the work are presented in an objective way, some new elements of constitutional interpretation: principles of constitutional interpretation, indeterminate legal concepts and techniques of reasoning and legal argument.

**Keywords:** Constitutional interpretation. Legal hermeneutics. New interpretative elements.

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Licenciando em Filosofia pela Universidade Estadual do Maranhão. Atualmente é Advogado e atua principalmente no Estado do Maranhão. E-mail: adv\_vasconcelos@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Neste momento inicial é imprescindível esclarecer que não há receita pronta e acabada para interpretar a Constituição. Por isso mesmo não se pretende aqui alcançar algo inexistente, explicitando um sistema pronto e acabado, mas apenas apresentar como está composta a nova interpretação constitucional, observando principalmente a doutrina brasileira. Deixa-se claro que os objetivos desse artigo não incluem a larga discussão filosófica quanto à utilização da hermenêutica no campo do Direito Constitucional, mas apenas foca-se nos novos prismas que emergiram nos últimos anos em termos de interpretação, que podem ser utilizados no âmbito constitucional brasileiro – dessa forma tentou-se manter o máximo de distância das obras dos autores estrangeiros consagrados que estão presentes em praticamente todos os textos que tratam do assunto e discutem em larga escala o tema sob ótica filosófica.

Ademais, cabe mencionar que a utilização do termo “novo” e da palavra “elementos”, utilizados ao longo do artigo, tem significados próprios no contexto do tema. O termo “novo” foi utilizado mais precisamente como “atualização”, ao invés de uma contraposição ao que supostamente seria “antigo”. Já a palavra “elementos” refere-se, de forma genérica, aos principais métodos, princípios, regras e técnicas utilizadas na interpretação atual.

No geral, apesar de ser bastante teórico e abstrato, o tema em comento é de extrema necessidade para a comunidade jurídica como um todo por conter aspectos que podem ser disseminados a outras áreas do direito, uma vez que o Direito Constitucional irradia conteúdo variado a todos os outros ramos jurídicos, bem como pode atingir diretamente a sociedade, pelo fato de a Constituição pátria conter normas de aplicabilidade imediata. Frisa-se também que este trabalho já parte do pressuposto de que os princípios gozam de força normativa e que a possível discussão sobre esse assunto já se encontra ultrapassada.

Ao longo do trabalho, além da parte inicial, onde se demonstrará a ação da hermenêutica e a presença da nova realidade social, espelhada no neoconstitucionalismo, serão apresentados os conceitos indeterminados, os mais relevantes (para interpretação) princípios

constitucionais e as técnicas de ponderação e argumentação jurídica na sistemática interpretativa atual da Constituição brasileira.

Por fim, ressalta-se que a forma de desenvolvimento do tema permite abrir discussões sobre as novas teorias jurídicas que surgem dia após dia, bem como a real necessidade de teorias interpretativas.

## 2 HERMENÊUTICA JURÍDICA

Por uma questão didática deve-se, previamente, como é de costume nos trabalhos acadêmicos, definir o objeto do presente capítulo para após relacioná-lo ao contexto. Assim, iniciando de forma simples, para adiante atingir conceitos mais técnicos e completos, pode-se antecipar que hermenêutica é a ciência filosófica que possui regras e princípios próprios norteadores da interpretação de textos.

Em alguns dicionários não jurídicos encontra-se a palavra hermenêutica definida como arte de interpretar leis, textos antigos e textos sagrados (KURY, 2002, p. 549). Em outros se diz que é arte de interpretar os sentidos das palavras ou de interpretar textos sagrados ou de valor histórico (MICHAELIS, 2000, p. 310).

Sendo arte e/ou ciência, a hermenêutica está vinculada à interpretação de textos, e não é preciso ir muito longe para perceber sua relação direta com textos antigos e textos sagrados – em especial a Bíblia Cristã. Etimologicamente a palavra hermenêutica é derivada do vocábulo grego *hermeneuein* e sua primeira aparição, em termos técnicos, teria surgido com Platão<sup>1</sup>.

Não obstante à referida origem, diversos autores fazem referência à Mitologia Grega, relacionando hermenêutica a Hermes, filho de Zeus e Maia. Tal personagem, dotado de incrível sapiência e agilidade, era o enviado divino que levava a mensagem dos deuses aos homens, ou seja, levava consigo algo desconhecido e ininteligível

---

<sup>1</sup> Conforme a lição do saudoso teólogo Berkhof (2000, p. 9): “A palavra é derivada da palavra grega HERMENEUTIKE que, por sua vez, é derivada do verbo HERMENEUO. Platão foi o primeiro a usar HERMENEUTIKE (subentendendo-se a palavra TECHNE) como um termo técnico. Hermenêutica é, propriamente, a arte de HERMENEUEIN, mas, no caso, designa a teoria dessa arte. Podemos defini-la como a ciência que nos ensina os princípios, leis e métodos de interpretação”.

para a linguagem humana (CAMARGO, 2003, p. 14), e esse processo de transição/tradução de mensagens seria análogo à atividade de interpretação de textos<sup>2</sup>.

O brilhante professor Luís Roberto Barroso segue a mesma linha de raciocínio, tanto quanto a origem do termo vinculada ao personagem mitológico supracitado, quanto à relação original entre a hermenêutica e a religião. Afirma o autor referido que, em termos históricos, ocorreu a transição do termo hermenêutica da religião para a filosofia, depois para a ciência, e, somente após, migrou para o âmbito jurídico (BARROSO, 2009, p. 269).

Nesse diapasão, apesar de toda essa transição, observa-se que a finalidade e o modelo de utilização da hermenêutica não sofreram grandes alterações quando se passou a usá-la para a interpretação de enunciados jurídicos. Tal afirmação decorre da fácil percepção de que a religião cristã baseia-se em regras e princípios que delimitam o campo de ação de seus seguidores. Assim também são as normas do campo jurídico, que delimitam a atuação do homem em sociedade e precisam ser interpretadas da melhor forma possível.

Porém, para alcançar, um resultado mais justo, partindo-se do pressuposto de que tais meios de expressão e sistematização do Direito busquem a justiça, tanto aqueles que fazem parte do ambiente jurídico<sup>3</sup> como aqueles que sofrem, direta ou indiretamente, as consequências de seus efeitos – e aqui se inclui grande parte da sociedade – devem seguir um caminho técnico-interpretativo adequado, concebido por meio do exercício da prática jurídica e da experiência. Nesse ponto deve-se fazer um alerta quanto à diferenciação entre hermenêutica jurídica e a interpretação jurídica, pois, conquanto muitos as tenham como sinônimos

---

<sup>2</sup> Muitos autores associam o termo a Hermes, o deus grego mensageiro, que trazia notícias. Hermes seria o deus, na mitologia grega, capaz de transformar tudo o que a mente humana não compreendesse a fim de que o significado das coisas pudesse ser alcançado. Hermes seria um “deus intérprete”, na medida em que era a entidade sobrenatural dotada de capacidade de traduzir, decifrar o incompreensível. O termo hermenêutica ingressou na teologia protestante substituindo a expressão latina *ars interpretandi* (TONELLI, 2003).

<sup>3</sup> Além do Poder Judiciário, são legítimos (em uma ampla concepção) para interpretar a Constituição os advogados, membros do Ministério Público, integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo e todos aqueles que se submetem aos seus ordenamentos.

vê-se, por outro lado, que não o são de fato. Para isso, vale-se da lição do ilustre Ráo (1976, v. 1, t. 2):

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio dessas regras e processos especiais procura realizar, praticamente estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.

Em sendo assim, por oportuno, cabe afirmar que a hermenêutica jurídica é a técnica utilizada pelo hermeneuta (ou exegeta) que inclui métodos e orientações ideológicas no esclarecimento e interpretação de um texto legal, com finalidade de se encontrar, com profundidade e minudência, seu verdadeiro sentido ou acepção, contornando, portanto, equívocos, ambiguidades ou obscuridades (FELIPE, 2004, p. 143).

Por sua vez, a interpretação jurídica, segundo Inocêncio Coelho baseando-se nos ensinamentos de Radbruch, é um dos instrumentos do estudo hermenêutico jurídico e não é somente um pensar de novo aquilo que já fora pensado, e sim, um saber pensar até o fim aquilo que, por outro, começou a ser pensado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 55).

Aliás, esse sistema de compreensão dialético, não rígido, voltado para a análise de textos produzidos no âmbito jurídico funciona de forma distinta das outras verificações científicas que ocorrem, por exemplo, com as ciências naturais, onde há o descobrimento de leis naturais absolutas a partir da observação e do experimento.

Pois bem, delineado o tópico, dando o enfoque pertinente e apresentadas suas principais funções, é importante frisar nesse momento que, por uma questão metodológica, utilizar-se-á mais frequentemente o termo interpretação – na sua acepção mais específica – do que a palavra hermenêutica jurídica. Porque, como se mencionou, enquanto

esta é a ciência que estuda a interpretação e sistematiza critérios, métodos, regras e princípios científicos que possibilitem a descoberta do conteúdo e o alcance dos significados jurídicos (BULOS, 2009, p. 349), aquela (a interpretação) é o objeto ou instrumento de atuação direta do hermeneuta.

## 2.1 Métodos de interpretação constitucional tradicional<sup>4</sup>

Desde já se alerta que a presente pesquisa tem ciência das considerações feitas pelo portento professor Bulos (2009, p. 352-353), no capítulo de sua obra que trata sobre a inexistência de interpretação especificamente constitucional, onde o mesmo se serviu das lições do método jurídico de Ernest Forsthoff.

Ao utilizar o termo “interpretação constitucional”, o mencionado doutrinador pretende dizer que é a hermenêutica jurídica aplicada à área constitucional e não uma interpretação especificamente constitucional.

Por outro lado, por uma questão de ponderação, cabe aqui identificar essa posição como rígida em comparação a outros posicionamentos que tendem a particularizar (de forma equilibrada) a interpretação constitucional, levando em consideração a autonomia fornecida pela própria Constituição.

É o que observa, por exemplo, o professor Barroso (2009). Em sendo assim, optou-se neste trabalho por seguir este último pensamento. A razão dessa escolha deve-se, em primeiro plano, ao caráter peculiar da sua argumentação, que se coaduna com a visão holística que permeia o presente tema, porém, direciona-se para disciplina constitucional; e, em segundo plano, ao silogismo irrefutável desenvolvido pelos autores no que diz respeito à enorme abrangência do direito constitucional no nosso ordenamento jurídico, o que reforça a possibilidade de aplicação dos elementos, que aqui serão comentados, em outras áreas do direito – *mutatis mutandis*.

---

<sup>4</sup> Optou-se por utilizar o adjetivo “tradicional” apenas para fazer contraste aos métodos mais contemporâneos de interpretação. Contudo, não há óbice para utilização do termo “clássico” ou “modelo alemão”. Não obstante, não se quer aqui considerar o termo utilizado em sentido pejorativo, sinônimo de “arcaico” ou “ultrapassado”.

Feitas as devidas ressalvas, passe-se doravante à análise da interpretação constitucional clássica.

Atentando-se para os assuntos que são tratados em uma Constituição, especialmente a atual Constituição da República Federativa do Brasil, que dentre outras características é analítica e, por isso mesmo, traz em seu bojo algumas garantias e direitos de forma detalhada, é inquestionável sua importância para a sociedade como um todo, bem como para o Estado.

Encontra-se, por exemplo, na Constituição pátria um enorme elenco de direitos fundamentais e de garantias individuais, bem como normas sobre organização do Estado e dos Poderes, sobre as funções essenciais à justiça, além das normas pertinentes à tributação, à educação e à cultura, dentre outros temas imprescindíveis em qualquer Estado Democrático de Direito. Essa normatização abrangente é feita em abstrato e de forma geral – tais características são corolários de todas as leis – e almeja proteger, na maioria das vezes, bens ou direitos. Contudo, diante do caso concreto poderá ocorrer um conflito em certas situações, que a primeira vista são insuperáveis, ou surgir alguma dificuldade de aplicação de determinadas regras em um caso específico<sup>5</sup>. Nessas situações torna-se indispensável à utilização das técnicas de interpretação constitucional que além de auxiliarem na resolução do caso concreto, conferem eficácia e aplicabilidade a todas as normas constitucionais (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 65).

Os métodos de interpretação clássicos são semelhantes; por essa razão, a doutrina, guardada poucas variações, costuma classificar tais métodos da seguinte forma (BULOS, 2009, p. 358):

Eis os métodos clássicos, tradicionais ou ortodoxos, pelos quais as constituições tem sido interpretadas ao longo do tempo: **método gramatical**,

---

<sup>5</sup> Pode-se lembrar aqui o famoso exemplo da palavra casa, no art. 5º, XI, da Constituição Federal. A não se restringe a um sentido estrito, pelo contrário, possui um significado amplo, englobando o escritório de um advogado, o consultório de um médico, uma imobiliária, e não apenas o domicílio civil – local onde se mantém residência com ânimo definitivo (STF, RT 670:273; RTJ, 74:88, 84:302, 302, RE 331.303, AgRg/PR, Rel. Sepúlveda Pertence, j. em 10-2-2004).

observa a pontuação, a etimologia e a colocação das palavras; **método lógico**, procura a coerência e a harmonia das normas em si, ou em conjunto; **método histórico**, investiga os fatores que resultaram no trabalho de elaboração normativa; **método sistemático**, examina o contexto constitucional; **método teleológico**, busca os fins da norma constitucional; **método popular**, realiza-se pelo plebiscito, referendun, recall, iniciativa e veto populares; **método doutrinário**, equivale à doutrina dos juristas; e método evolutivo, propicia mutação constitucional. (grifo nosso).

Uma rápida olhada na classificação supracitada deixa claro que o sistema de interpretação clássico é bem variado e busca extrair o real sentido das normas de vários pontos de vista – não se pretende aqui reservar grande espaço para discussão desses métodos, mas apenas apresentá-los de maneira sucinta, destacando-se, logo após, aquilo que melhor convém ao tema pesquisado, sob pena de quedar-se na repetição encontrada na maioria dos manuais de direito constitucional.

Por esse motivo é que não se pode simplesmente, depois de décadas de aplicação, achar que métodos considerados modernos substituíam por completo esse modelo – por mais que boa parte deles não possa servir à hermenêutica jurídica de maneira tão efetiva diante de algumas situações atuais. Do contrário, seria como encontrar uma chave mestra que abrisse todos os inúmeros problemas hermenêutico-jurídicos ignorando grande parte dos processos que os forjaram, e pressupondo uma estática social e jurídica.

Nesse diapasão, sabe-se, quanto aos métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático, que foram definidos por Friedrich Carl von Savigny no século XIX, e eram utilizados para interpretação das normas de Direito Civil. Nessa época, a subsunção das normas aos casos concretos era feita de forma simples, sem que houvesse uma construção de uma solução jurídica própria. O aplicador do Direito não ia adiante, apenas reconhecia o conteúdo preexistente da norma (BULOS, 2009, p. 358 et seq).

Observa-se certa modernidade em alguns desses métodos. Por exemplo, o sistemático, que na verdade está implícito no próprio senti-



do de harmonia textual das normas Constitucionais é bastante utilizado até hoje. Ele indica que a interpretação deverá levar em consideração todo o sistema, e em caso de antinomia de normas, buscar-se-á a solução do conflito (aparente) por intermédio da uma interpretação sistemática (LENZA, 2006, p. 59). Outro ponto, do rol supracitado, a ser evidenciado é o método evolutivo, que está relacionado à mutação constitucional<sup>6</sup>.

Portanto, é interessante notar que ao se falar em mutação constitucional, na verdade está aceitando-se uma nova interpretação da Constituição sem que haja propriamente uma alteração de seu texto. Em outras palavras, muda-se o olhar sobre o objeto, mas não o objeto.

Logo, apesar de serem classificados dentro da acepção clássica, tais métodos possuem premissas semelhantes aos novos elementos de interpretação (contemporâneos) que serão comentados adiante, em tópicos próprios. Isso reforça a ideia aqui defendida de que não ocorreu uma substituição completa do sistema e sim uma espécie de atualização – a semelhança do que ocorre no campo da informática, com os sistemas operacionais, por exemplo.

É importante ainda frisar que o método histórico, no sistema de interpretação constitucional, não pode ser considerado como absoluto – aliás, no âmbito jurídico para se afirmar algo como absoluto é preciso determinar todos os pressupostos e consequências de sua aplicação, o que acaba por relativizar qualquer conceito. Afinal, a interpretação é produto de uma época: “Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”. (BARROSO, 2002).

---

<sup>6</sup> Para melhor compreensão do assunto mutação constitucional recorre-se à lição didática do professor Lenza: “Reforma constitucional seria a modificação do texto constitucional, através dos mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original. As mutações, por seu turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, através de processos informais. Informais no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional”. (LENZA, 2006, p. 60).

Por fim, qualifica-se o método histórico como procedimento de questionamento sobre as circunstâncias que provocaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição da República, dando acesso ao conhecimento dos motivos fáticos ou teóricos que ensejaram a escolha ou a rejeição de propostas que foram submetidas aos constituintes naquele momento, e eis aí seu limite de utilização.

## 2.2 Métodos modernos de interpretação constitucional

A interpretação das normas constitucionais, apesar de ser uma atividade a princípio unitária, é um processo que não ocorre atualmente de maneira pura, com aplicação de apenas um único método isolado, nem mesmo com preponderância do modelo tradicional de interpretação.

A doutrina alemã e a doutrina norte-americana em muito contribuíram para a construção de métodos distintos do clássico<sup>7</sup>. Enquanto este concebia o raciocínio jurídico em termos lógico-formais, de modo que os problemas constitucionais se resolveriam pela aplicação de normas gerais aos casos concretos mediante subsunção, os métodos que hoje se apresentam, de certa forma, valorizam o caso concreto levado à apreciação judicial buscando a solução mais razoável (BARROSO, 2009, p. 278).

Modernamente, pode-se encontrar em alguns manuais de Direito Constitucional a classificação quanto aos métodos de interpretação constitucional, baseada nas lições de pensadores respeitáveis. Com auxílio do poder de síntese do professor Bulos (2009, p. 361) cita-se os seguintes métodos de interpretação constitucional da atualidade e seus respectivos defensores:

**Método tópico problemático**, propõe a descoberta mais razoável para a solução de um caso jurídico concreto, considerando a constituição um sistema aberto de regras e princípios. Parte do caso concreto para a norma (Theodor Viehweg); **método**

---

<sup>7</sup> Não se pretende aqui adentrar no contexto histórico do debate que fora desenvolvido por essas duas doutrinas. Contudo indica-se o Capítulo III, tópico 2.2 da excelente obra, já citada nesse trabalho, Curso de direito constitucional contemporâneo, do ilustre professor Barroso (2009, p. 278-287).

**hermenêutico-concretizador**, busca suprir deficiências normativas, preenchendo, se necessário for, lacunas constitucionais. Ao contrário do método tópico, que parte do caso concreto para a norma, o hermenêutico-concretizador parte da constituição para o problema, valendo-se das pré-compreensões do intérprete sobre o tema (pressupostos subjetivos), o qual atua como se fosse um medidor entre a norma e o caso concreto, que brota da realidade social (pressupostos objetivos). O intérprete, nesse método, atua num verdadeiro círculo hermenêutico, porque seu pensamento “vaivém”, até encontrar a saída para o problema (Hans-Georg Gadamer); **método científico-espiritual**, as constituições devem ser interpretadas de modo elástico e flexível, para acompanhar o dinamismo do Estado, que é um fenômeno espiritual em constante transformação (Rudolf Smend); **método normativo-estruturante**, o intérprete constitucional não pode separar o programa normativo, inserido nas constituições, da realidade social (Friedrich Muller); e **método da comparação constitucional**, alia os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático, propostos por Savigny, ao Direito Comparado, de modo a buscar em vários ordenamentos jurídicos a melhor direção interpretativa das normas constitucionais de um estado. Assim, ter-se-ia um quinto método de exegese (Peter Häberle). (grifo nosso).

Percebe-se então o nível de complexidade de tais métodos, e levando-se em conta a complexidade inerente à própria cultura humana, a atividade interpretativa normalmente ensejará a utilização de mais de um dos métodos “desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 66).

### 3 NEOCONSTITUCIONALISMO E A REALIDADE SOCIAL

Até o início desse tópico teceu-se comentários a respeito da ciência que estuda a interpretação, a forma como metodologicamente

ela está organizada. Pois bem, cabe agora, antes de adentrar-se na sistemática interpretativa atual, trazer alguns comentários sobre o momento ideológico e social que a envolve.

Para a correta compreensão do neoconstitucionalismo é preciso saber primeiro o que vem a ser o constitucionalismo<sup>8</sup>. Em síntese pode-se dizer que constitucionalismo é uma ideologia de cunho jurídico que visa proteger os direitos e garantias expostos em uma Constituição, limitando diretamente a atuação dos Estados sobre tais objetos protegidos. Segundo o brilhante jurista Bulos (2009, p. 10), o constitucionalismo possui dois sentidos:

[...] sentido amplo, é o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma Constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar; e sentido estrito, é a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio.

A origem de tal fenômeno está vinculada ao surgimento da Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e a famosa Constituição Francesa, de 1791, pois estes documentos eram escritos e rígidos, “inspirados nos ideais de racionalidade do Iluminismo do século XVIII e, sobretudo, na valorização da liberdade formal (*laissez faire*) e do individualismo”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 2). É certo que o movimento constitucionalista determinava que os Estados deveriam ter suas próprias constituições escritas que serviriam como repositório dos direitos e garantias fundamentais.

Essa fórmula de previsão de direitos em norma suprema como uma espécie de proteção para determinado grupo de pessoas, generi-

---

<sup>8</sup> Palavras terminadas com sufixo *-ismo* sugerem um dogma ou ideologia a ser seguida, que possui postulados consolidados.

camente, não é uma ideia nova. Por essa razão há autores que dividem o constitucionalismo em diversas fases e etapas (BULOS, 2009, p. 12). Nesse diapasão, o Neoconstitucionalismo seria uma dessas etapas, ou melhor, seria a etapa atual. Ou seja, o chamado constitucionalismo contemporâneo é o próprio neoconstitucionalismo e a Constituição da República Federativa do Brasil é um ótimo exemplo de documento neoconstitucional. Porém, obviamente, a distinção entre tais fases do constitucionalismo não resulta apenas do fator cronológico, por outro lado, o neoconstitucionalismo possui características peculiares que lhe confere autonomia para além de sua nomenclatura.

Em sendo assim, o neoconstitucionalismo trouxe consigo um novo prisma de interpretação, já que a proteção constitucional ganha mais força. Agora não se admite apenas a previsão normativa. A mesma deve ser efetiva e interpretada da melhor forma possível, de acordo com a realidade que a envolve, vai “além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”. (BARROSO, 2006).

Portanto, repete-se que a interpretação constitucional, com advento do neoconstitucionalismo, ganhou bastante força. Vê-se, então, da mesma forma que as normas constitucionais mudam ao longo do tempo, na tentativa de acompanhar o ritmo da evolução social, a hermenêutica jurídica não poderia quedar-se inerte, sob pena de não fazer a melhor leitura possível dos textos normativos contemporâneos.

### **3.1 Necessidade de novos elementos interpretativos**

A sociedade contemporânea, em decorrência do desenvolvimento da humanidade, especialmente a partir da segunda metade do século XX, tem-se caracterizado pela crescente complexidade das relações humanas (AQUINO, 2008). Não obstante, a crise que acompanha o Estado contemporâneo vem se acentuando de uma maneira geral no mundo, onde cresce os conflitos políticos e sociais. Muitos seres humanos ainda padecem em condições indignas de vida, especialmente no Brasil, onde, mesmo após 20 anos da nova Constituição Republicana, muitos de seus objetivos estão distantes de serem alcançados.

Evidente que parte dessa crise se deve à própria corrupção inerente ao sistema político-econômico montado desde tempos imemo-

riais, por intermédio do qual as classes mais abastadas se beneficiam em detrimento dos desfavorecidos economicamente. Nesse contexto, muitas das instituições e leis que deveriam servir ao cidadão de bem se transformam em instrumentos direcionados para manutenção ilegítima dos donos do poder.

Porém, deixando de lado (hipoteticamente) esse prisma institucional-corrupto, ao se observar em termos ideais – o que deveria ser, considerando-se a natureza ideal das instituições e leis – também se pode dizer que um dos principais motivos de crise do Estado contemporâneo, aproveitando-se aqui da lição do ilustre doutrinador Dallari (2002, p. 300), é que “o homem do século XX está preso a concepções do século XVIII, quanto à organização e aos objetos de um Estado Democrático” (guardada a devida atualização quanto ao século mencionado).

Nesse sentido, pode-se citar, a título exemplificativo, que se vive em uma sociedade que avança rapidamente no campo do biodireito e da bioética (DINIZ, 2009, p. 866), que distribui diversos dilemas ético-jurídicos em razão de fatos como: avanço irreversível da biologia molecular e da engenharia genética; Projeto Genoma Humano; o incipiente mercado genético; o risco do eugenismo; a exploração do corpo humano e alienação da saúde.

Vive-se também no período das realidades virtuais, onde inúmeras relações que há poucos anos atrás só ocorriam pessoalmente, agora se estabelecem por meio de páginas do *World Wide Web*, por e-mails, aparelhos celulares, webconferência e etc. Concomitantemente a essas novas facilidades eletrônicas aparecem novos ilícitos – como, por exemplo, a pirataria de softwares, furtos virtuais e diversos tipos de fraudes. Foi necessário o surgimento de novas regras e até mesmo um novo ramo do direito (Direito da Informática<sup>9</sup>) para tentar acompanhar toda essa mutação.

Lembra-se ainda das enormes modificações que ocorrem atualmente no Brasil no âmbito imobiliário, das construtoras e incorporadoras, na área das instituições bancárias, da política cambial, dos grandes eventos culturais, que se tornam cada dia mais globais e dinâmicos,

---

<sup>9</sup> Com relação a esse assunto indica-se o site do Instituto Brasileiro de Direito de Informática (<http://www.ibdi.org.br/site>) que contém artigos e jurisprudência interessantes.

acelerando em anos as modificações de um país, que antes ocorreriam normalmente em séculos. A sociedade contemporânea muda num ritmo alucinante e fica cada vez mais difícil definir padrões.

Diante dos exemplos expostos nos parágrafos anteriores pergunta-se: sendo o Direito Constitucional, direito relacionado com o documento de maior hierarquia dentro do sistema legislativo/jurídico brasileiro, como poderia acompanhar as modificações sociais se permanesse baseado em parâmetros de tempos idos? Como a interpretação constitucional poderia fazer uma leitura que garantisse uma resposta efetiva aos conflitos contemporâneos se não conseguisse ao mesmo tempo se adaptar às novas realidades? Os padrões de outrora podem ser aplicados por completo na nova realidade social?

Esse é o desafio, esse é o motivo pelo qual se deve debruçar sobre novos campos de pesquisas, mas, por óbvio, sem destruir tudo o que foi conquistado até aqui. Em outras palavras, é imprescindível atentar-se para todas as alternativas possíveis. No mesmo sentido, cabe aqui lembrar parcialmente da teoria desenvolvida por Häberle (1980, p. 3) no seguinte ponto:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). [...]. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.

Por isso, sem que se considere o novo como melhor, é preciso também dar a devida atenção às grandes lições do passado, aos grandes mestres que fizeram o mesmo trabalho de atualização em suas épocas, pois essa é uma atividade que nunca morre, e assim como a sociedade, está em constante mutação. Veja por exemplo que há mais ou menos 10 (dez) anos atrás, o ilustre professor italiano, Zagrebelsky (1999, p. 13), já asseverava o seguinte sobre a sociedade moderna:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.

Portanto, na verdade, deve-se adotar em termos de interpretação constitucional mecanismos flexíveis capazes de assegurar permanentemente a supremacia da Constituição, uma vez que a mesma representa (ou deve representar, mais uma vez falando em conotação ideal) a vontade popular. Logo, aproveitando-se das correntes pós-modernas no âmbito do Direito Constitucional, em especial o neoconstitucionalismo, pode-se encontrar mecanismos potencialmente capazes de gerar respostas adequadas à sociedade hodierna – e é o que se verá doravante, pois serão apresentados os principais mecanismos (técnicas, princípios ou métodos) de interpretação utilizados modernamente.

#### **4 NOVO SISTEMA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dizer que é novo não significa dizer exatamente que os elementos adiante expostos sejam os melhores, ou que por meio deles se alcance algo outrora impossível de se obter com a sistematização tradicional. Ressalta-se apenas a atualidade e a forma como são entendidos no direito constitucional brasileiro, pouco importando a origem remota que um ou outro possa ter, ou mesmo se alguns foram “importados” da doutrina alemã sem as devidas adaptações. Parte dessa visão assemelha-se com a do professor Silva (2010, p. 116), que escreveu importante artigo sobre a interpretação constitucional e o sincretismo metodológico. Porém, em termos gerais, frisa-se que o tema aqui defendido é oposto em relação a parte do posicionamento do citado autor, pois o mesmo sustenta a tese de que os princípios de interpretação constitucio-



nal não desempenham papel relevante na interpretação da Constituição (SILVA, 2010, p. 121).

Realmente não se pode ignorar o sistema clássico de interpretação, porém, é mais viável assumir posição mais moderada. Essa posição, mais equilibrada, coincide com a proposta defendida neste artigo. Portanto, o objetivo é apresentar alguns dos novos elementos de interpretação e demonstrar que podem sim serem utilizados (inclusive os princípios), implícita ou explicitamente pela hermenêutica constitucional.

São chamados de forma genérica de elementos de interpretação por uma questão didática e todos eles ajudam a compor a sistemática contemporânea de interpretação constitucional. É importante dizer ainda nesse tópico que será adiante exposto uma “nova forma de enxergar os problemas jurídicos, os quais passaram a ser vistos sob a lente da Constituição” (BULOS, 2009, p. 360), e essa atualização deve-se principalmente a mudança de valores supremos que a evolução social propôs. Se não fosse assim, as questões que envolvem temas atuais altamente complexos não seriam resolvidas por uma Constituição estagnada. A exegese constitucional brasileira distanciou-se do privatismo de outrora, bem como do silogismo clássico e aproximou-se de uma visão aberta e principiológica, onde o magistrado possui uma ampla margem de decisão axiológica (BULOS, 2009, p. 361).

Nesse ponto, interessante notar que muito se especula a respeito da liberdade que o magistrado teria para julgar determinado caso, levantando-se a tese de que a decisão estaria submetida única e exclusivamente à discricionariedade do julgador, o que iria ferir, dentre outros princípios, a segurança jurídica.

Contudo, não merece prosperar tal posicionamento, pois além de todo o sistema interpretativo que será comentado mais adiante, existe um norte, um guia auxiliador para se evitar possíveis injustiças. Tal elemento é o macro Princípio da Dignidade da Pessoa Humana<sup>10</sup>, que permeia o Direito atual, e é praticamente consenso entre todos aqueles que lidam na área jurídica:

---

<sup>10</sup> Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Dentro da graduação hierárquica dos valores jurídicos, a dignidade se encontra no ponto mais elevado. Isto não significa uma superioridade normativa capaz de invalidar outras normas constitucionais ou uma prevalência absoluta em caso de conflito com demais valores constitucionalmente consagrados. Todavia, faz deste valor uma importante diretriz a ser utilizada na criação e interpretação das demais normas jurídicas (CAMARGO, 2007, p. 120).

Assim, acredita-se que o maior desafio do século XXI será desenvolver meios de proteção que valorizem a dignidade da pessoa humana, pois ela atualmente é o foco, o novo paradigma global, em razão de muitas das mensagens pós-modernas pregadas hoje na sociedade, de uma forma ou de outra, estarem voltadas para esse valor.

Passe-se, doravante, à análise dos novos elementos<sup>11</sup> de interpretação constitucional. Para tanto, será necessário dividir em pequenos subtópicos cada um dos princípios mais importantes. Logo após, far-se-á comentários sobre as técnicas de ponderação e argumentação jurídica, conceitos indeterminados.

#### **4.1 Princípios de interpretação constitucional**

“But the principle at the same moment that it explains the rules supersedes them” (mas o princípio ao mesmo tempo que explica as regras as supera) (SEELEY, 1900, p. 206).

Estas palavras foram escritas há muitos anos pelo portento historiador inglês John Robert Seeley, pouco lido entre os brasileiros, diga-se de passagem. Não obstante, seu conteúdo é extremamente atual, principalmente se considerar a moderna divisão feita por diversos autores<sup>12</sup> entre regras e princípios. A doutrina moderna costuma classificar

---

<sup>11</sup> Como já foi mencionado anteriormente, o termo “elementos” é utilizado aqui genericamente. Contudo, o brilhante professor Barroso (2009, p. 273) utiliza tal termo como uma das espécies da divisão que faz do plano operacional de interpretação, que seria: regras de hermenêutica, elementos de interpretação e princípios específicos.

<sup>12</sup> Para citar os mais conhecidos: Robert Alexy, Ronald Dworkin e J. J. Gomes Canotilho.

as normas nessas duas categorias (regras e princípios) onde normalmente as regras são em sua essência mais objetivas, enquanto os princípios são normas que gozam de um maior teor de abstração. Tal visão é de suma importância para a superação do positivismo legalista, em que as normas eram, praticamente, sinônimas de regras jurídicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de certa forma adotou essa dicotomia e pode-se encontrar diversos princípios elencados em seu texto, e que são utilizados em diversas situações distintas.

A título exemplificativo cita-se os seguintes princípios: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político; legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, dentre outros princípios. Observa-se, porém, no rol mencionado, que tais princípios não servem especificamente para se trabalhar a interpretação constitucional, embora a atividade interpretativa também passe por eles<sup>13</sup>.

Então, com base nas próprias normas constitucionais, a doutrina identificou instrumentos principiológicos que servem de norte para uma leitura correta do texto constitucional. Sem mais delongas, passa-se à análise dos mesmos.

#### *4.1.1 Princípio da unidade da Constituição*

Conforme preceitua esse princípio, é preciso que as normas constitucionais sejam vistas em conjunto e não de maneira isolada,

---

<sup>13</sup> Sobre o conceito dos princípios de interpretação constitucional: “Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência. Embora toda classificação tenha um componente subjetivo, a sistematização que se segue parece ter resistido ao teste do tempo”. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 299).

como um bloco único. A própria Constituição determina os preceitos integrados numa sistemática unitária de regras e princípios. Logo, uma atividade interpretativa voltada para alguma parte da Constituição só poderá ser considerada correta – e até mesmo corretamente compreendida – se enxergá-la como uma unidade. Em outras palavras, não se deve separar uma norma do conjunto que ela integra, pois há uma relação de dependência entre o que é compreendido no todo e o que é o que seria entendido de maneira isolada.

Nesse sentido é importante ressaltar que o princípio aqui comentado dá suporte à grande maioria dos demais cânones da interpretação constitucional, pois, em última análise ele “otimiza as virtualidades do texto da Constituição, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica”. (COELHO, 2003, p. 19).

Quando utilizado, além de ser um fator de coerência ideológica, o princípio da unidade da Constituição tem o poder de bloquear o surgimento de conflitos entre preceitos constitucionais. Concomitantemente ele esclarece as contradições aparentes, com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas, mas que só a interpretação racional evidenciará serem diferentes. Nesse sentido pode-se citar o exemplo mencionado pelo Ministro Celso de Mello que se serviu da lição de Cavalieri Filho (2005, item n. 19.11, p. 129-131 apud MELLO, 2005):

[...] ninguém questiona que a Constituição garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica, ‘e de comunicação’, independentemente de censura ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). Essa mesma Constituição, todavia, logo no inciso X do seu art. 5º, dispõe que “são invioláveis a intimidade”, a vida privada, a “honra” e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Isso evidencia que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente confli-

to, porquanto, em face do “princípio da unidade constitucional”, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém [...].

Por fim, cabe lembrar a possibilidade de se utilizar ou não o princípio da unidade da Constituição dentro do campo interpretativo, seja para esclarecer pontos obscuros, seja para manter a coerência do sistema constitucional, o que reforça a tese de um sistema flexível, que se adapta segundo o melhor pensamento possível visando assegurar a dignidade da pessoa humana.

#### *4.1.2 Princípio da presunção de constitucionalidade*

A presente norma deve ser avaliada com bastante cautela, lembrando aqui, com mais ênfase, a mesma ressalva feita em relação ao princípio anteriormente analisado, quanto a seu caráter relativo. O Princípio da Presunção de Constitucionalidade fulcra-se na eficácia do controle preventivo de constitucionalidade, sustentando que toda espécie normativa origina-se de acordo com a Constituição e por isso mesmo deve ser mantida, preservada. Logo, se houver uma interpretação possível que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição, essa interpretação deve ser escolhida, mantendo-se a compatibilidade constitucional. Dessa forma, observa-se o seguinte procedimento:

Em razão disso, não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma; b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder; c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição (BARROSO, 2009, p. 300).

Por consequência, “não é possível uma interpretação sem critérios e limites que subverta o sentido da lei, existem limites formais e

substanciais para que se dê vida socialmente adequada à ordem jurídica, com a máxima cautela”. (POLTOSI DORNELES, 2006). E mais, “o apego excessivo e incondicional a literalidade da lei pode inviabilizar a operacionalização do Direito, mas a total indiferença à norma pode importar em ofensa ao próprio Direito”. (POLTOSI DORNELES, 2006).

#### *4.1.3 Princípio da supremacia da Constituição*

A Constituição é representada por uma unidade de regras e princípios jurídicos aos quais todos na sociedade, que vivem em um Estado Democrático de Direito, devem obedecer – especialmente os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em termos políticos a premissa que envolve essa norma é de que a supremacia constitucional decorre da soberania do povo que a institui. A Constituição goza de superior hierarquia em relação às demais normas, pois ela é (ou deveria ser) fruto de um momento especial, de conjuntura própria para sua elaboração (BARROSO, 2009, p. 299).

Essa supremacia somente ocorre quando se trata de uma Constituição rígida. Ou seja, sabe-se que as constituições, dentre outras classificações, podem ser rígidas ou flexíveis, a depender do procedimento de alteração do seu texto. No caso da Constituição brasileira, os critérios para a alteração do seu texto são diversos dos adotados para a criação das normas ordinárias, o que a define como rígida<sup>14</sup>.

Assim, conclui-se que a compatibilização constitucional das normas no Brasil se dá em face do princípio da supremacia da Lei Fundamental, quando necessário, pela via do controle de constitucionalidade, pois a Constituição brasileira é escrita e rígida, e mais, a especificidade da interpretação constitucional decorre dessa supremacia constitucional, que estabelece uma condição de validade de todo ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p. 299).

---

<sup>14</sup> Há quem classifique a Constituição Federal como super-rígida em virtude da existência das cláusulas pétreas, que possuem uma proteção extra no que concerne à alteração, não podendo ser excluídas.

#### *4.1.4 Princípio da interpretação conforme a Constituição*

Ao manter, inicialmente, normas de caráter dúbio, o princípio da interpretação conforme a Constituição assegura que diante dessas normas infraconstitucionais polissêmicas<sup>15</sup> – que possuem mais de um significado –, deve-se escolher o sentido que seja compatível com a Carta Maior. Ou seja, não se deve de imediato anular a norma, pois, deve a inconstitucionalidade ser declarada em último caso.

Por óbvio, tal princípio somente será utilizado quando o texto legal não for claro o suficiente ou se o objetivo da própria norma não for inconstitucional.

Reforça-se a ideia sobre o limite de utilização do princípio de interpretação conforme a Constituição com o seguinte ensinamento: a) o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma interpretada, a fim de obter concordância da lei com a Constituição; b) a interpretação conforme a Constituição só é admitida quando existe, de fato, um espaço de decisão (espaço de interpretação) em que sejam admissíveis várias propostas interpretativas; c) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma lei inequivocamente em contradição com a Constituição, não se pode utilizar a interpretação conforme a Constituição (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 72-73).

Como pode ser notada, a norma-princípio em comento, além de exercer sua função dentro da hermenêutica jurídica, como foi salientado, auxilia ao mesmo tempo no controle de constitucionalidade das leis. Porém, teoricamente, não se pode considerar tal mecanismo interpretativo sinônimo de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – apesar de na prática, em algumas situações, produzirem efeitos semelhantes.

Deixando-se de lado esse impasse teórico-prático (ou terminológico), a interpretação conforme a Constituição pode ser com ou sem redução de texto. Sobre o tema, primeiro sobre a interpretação conforme com redução do texto, depois, sobre a interpretação conforme sem redução do texto, cita-se a lição do professor Bulos (2009, p. 377):

---

<sup>15</sup> Sobre esse aspecto indica-se interessante julgado: Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 1.344/ES (medida liminar), Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 1, de 19 de abril de 1996, p. 122212.

**Ocorre quando certa terminologia é declarada inconstitucional por estar violando a *lex legum*. Impugna-se, pois, sua redação viciosa, contrária à supremacia das normas constitucionais.** Exemplo: na ADIn 1.1.27-8, o Supremo concedeu medida liminar para suspender a eficácia da expressão “ou desacato”, prevista no art. 7º, §2º, do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94). Ao reduzir o alcance do preceito, concedeu imunidade material aos advogados, numa interpretação conforme o art. 133 da Carta de Outubro. **A interpretação conforme sem redução do texto é uma modalidade de decisão da Corte Alemã, plenamente aceita e utilizada pelo nosso Supremo Tribunal Federal (STF, ADIn 1.510-9-ML/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 1, de 25-2-1997).** Possui natureza decisória não consistindo meramente, numa modalidade interpretativa. **Ao revestir-se numa modalidade especial de ato decisório, encarregado de declarar nulidade sem a redução do texto, ela poderá conceder ou excluir da norma impugnada determinado sentido que a torne compatível com a Constituição.** (grifo nosso).

Ainda segundo o mesmo autor, esta última modalidade se divide em concessiva, que concede à norma impugnada uma interpretação que lhe preserve a constitucionalidade, e excludente, que exclui da norma impugnada uma interpretação que possa torná-la inconstitucional.

#### *4.1.5 Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade*

A doutrina brasileira aponta que o referido princípio, quanto ao aspecto razoabilidade, em sua origem, que remonta ao sistema jurídico anglo-saxão (em especial o direito norte-americano), era “utilizado pelo Poder Judiciário para a correção de erros processuais cometidos por outros Poderes, nunca entrando no mérito dos atos por causa da autonomia e separação dos poderes”. (CORREIA, 2006).



Já no que tange a noção de proporcionalidade, o princípio possui raízes romano-germânicas (sistema alemão) e ajudou a desenvolver uma doutrina mais analítica e dogmática.

O princípio da razoabilidade/proporcionalidade encontra-se implicitamente na Constituição brasileira quando é assegurado o direito ao devido processo legal substancial<sup>16</sup>, também conhecido na doutrina como *due process of law*. Segundo o professor Barroso (2009, p. 305), “trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público”.

Em síntese, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos dos poderes legislativo e administrativo quando não há adequação entre o instrumento utilizado e o fim almejado; quando não houver necessidade do ato; quando os custos sejam superiores aos benefícios e etc. Quanto à diferenciação que alguns doutrinadores fazem com relação a tais princípios, utiliza-se aqui as palavras de Alves (2010), citando Humberto Ávila, organizando o assunto da seguinte forma:

Verifica-se algumas diferenças entre estes postulados, entre elas constata-se que o postulado da razoabilidade foi cunhado no seio do direito administrativo, atuando como instrumento de controle do exercício, pela administração, de discricionariedade, e ele aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. [...] Já o postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio

---

<sup>16</sup> Sobre o devido processo legal substancial indica-se o artigo do Doutor em Direito Processual Civil, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Devido Processo Legal Substancial, em Leituras Complementares de Processo Civil. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 9-21.

e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Em termos práticos, quando da aplicação do presente princípio, a distinção entre razoabilidade e proporcionabilidade não gera nenhuma alteração significativa no caso concreto, por isso mesmo, não há óbices em tratar tais termos como sinônimos, no contexto do presente trabalho. O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade é bastante utilizado atualmente na interpretação constitucional por estar relacionado diretamente ao bom senso, à prudência, à moderação (BULOS, 2009, p. 364) e ao equilíbrio que devem permear qualquer atividade interpretativa sob pena de se obter um resultado extremista e injusto.

#### 4.2 Conceitos jurídicos indeterminados

Em regra, os preceitos jurídicos são delimitados num corpo normativo escrito (positivados) e apresentam significados completos, que não admitem, por sua própria exatidão, interpretações variadas – são termos exatamente determinados e unívocos. Por outro lado, e não são poucos, existem expressões que não seguem o mesmo rigor restritivo e por isso permitem uma variação dentro do seu significado. A CRFB de 1988 é um exemplo de norma que contém diversos conceitos incompletos, indeterminados<sup>17</sup>. Sobre o assunto, e ainda elucidando com alguns exemplos tem-se a lição do ilustre doutrinador Ferraz Jr. (2003, p. 96):

Conceitos indeterminados são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das consequências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma explícita determinação. [...] São conceitos indeterminados, por

---

<sup>17</sup> São exemplos: notável saber, significativa degradação do meio ambiente, pluralismo político, desenvolvimento nacional, propriedade produtiva, segurança pública, interesse público, relevância e urgência, interesse social e etc.

exemplo, “repouso noturno”, “ruído excessivo”, “perigo iminente” etc., mas também alguns estritamente jurídicos como “antijuridicidade”, “ato administrativo” etc. Os conceitos normativos também pedem do decididor uma co-participação na determinação do seu sentido, porque são indeterminados como os anteriores e, além disso, constituem, de per si valoração de comportamento cujos limites serão especificados na decisão.

Por oportuno, ressalta-se que não há problema em se considerar como sinônimas as expressões “conceitos indeterminados” e “cláusulas gerais”, desde que ambas se refiram ao emprego intencional de linguagem vaga e aberta. Para melhor entender a função de tais elementos abertos, é necessário aprofundar em sua estruturação. Nesse sentido, pode-se afirmar que “todos os conceitos revelam uma zona fixa (um núcleo) e uma zona periférica. No domínio do núcleo conceitual são estabelecidas as certezas; onde se inicia a zona periférica, as dúvidas começam”. (LAMY, 2007, p. 54). Assim, identifica-se como conceitos indeterminados “quando suas zonas periféricas apresentam de forma extensa e difusa e as zonas nucleares de forma reduzida”. (LAMY, 2007, p. 54).

Segundo Binenbojm (2006, p. 220), apesar da indeterminação de tais conceitos, é possível distinguir entre uma zona de certeza negativa e positiva, as quais devem ser trabalhadas independentemente da zona de penumbra (periférica). Nas palavras do citado e brilhante doutrinador:

[...] quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial.

A principal objeção que surge ao se falar na aplicação desses conceitos indeterminados reside exatamente no fato de existir margem para várias posições (onde estão as zonas cinzentas), e pode ocasionar uma insegurança jurídica e eventualmente gerar uma decisão arbitrária – por isso, Gustavo Binbenbim falou em controle jurisdicional parcial. Além do que já foi dito a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, nesse contexto, é de conhecimento comum que decisões judiciais não devem ser arbitrárias e devem apresentar certo grau de previsibilidade. Contudo, isso soa um tanto paradoxal na medida em que a lei não pode ser mecanicamente interpretada, sob pena de se cometer injustiças revestidas pelo positivismo. É fato que nem tudo o que está positivado é justo num sentido estrito. Neste ensejo, são pertinentes as palavras da eminente jurista Teresa Wambier (1997, p. 33-34):

Hoje se admite considerar que o Direito não é um sistema impecável e irrepreensivelmente lógico. O que de mais marcante existe no Direito é uma série de noções-chaves, que desempenham um papel fundamental no que diz respeito à argumentação e à discussão de problemas jurídicos. Esses *topoi* (= noções-chaves) se exteriorizam por meio de conceitos vagos [...], que assumem determinados significados em função dos problemas a serem solucionados.

Na verdade, essa situação surgiu após a Segunda Guerra Mundial e em decorrência da própria modificação da sociedade. Com o crescimento da quantidade de conceitos indeterminados abdica-se da suposta segurança jurídica aclamada pelos códigos e segue-se rumo à construção de microssistemas normativos (COSTA, 2008, p. 92). Assim, como solução do óbice aparente, não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com poder discricionário, pois nenhum dos Poderes estão autorizados a ignorar deveres que decorrem do núcleo de princípios constitucionais, e estes, por sua vez, atuam dentro e fora do corpo normativo, a depender do caso concreto (LAMY, 2007, p. 54; BARROSO, 2009, p. 314).

### 4.3 Técnicas da ponderação e a argumentação jurídica

Apresenta-se o presente tópico por último de forma proposital, uma vez que a aplicação dos princípios aqui mencionados – dentre outros existentes no direito e ainda dentre direitos fundamentais –, bem como a utilização de conceitos indeterminados, pode ensejar conflitos entre esses próprios elementos interpretativos. Assim, se faz necessária a utilização de alguma técnica jurídica capaz de resolver tais situações improdutivas. Percebe-se que assim como funciona o princípio da dignidade da pessoa humana, como orientador geral da atividade interpretativa, mas especificamente na aplicação de princípios constitucionais, a técnica da ponderação jurídica atua como fio condutor (atrelada ao princípio da proporcionalidade) na resolução de casos difíceis, onde a simples atividade de subsunção não é suficiente.

A ponderação jurídica envolve avaliações de caráter subjetivo, que variam conforme as circunstâncias do caso concreto e do próprio intérprete ou “impossibilitado o juízo de subsunção, mormente quando a mesma situação ampara a aplicação de normas da mesma hierarquia jurídica, mas que indicam direções completamente opostas”. (GOMES, 2010).

Segundo Ávila (2005, p. 94), a ponderação jurídica (ou ponderação de bens) consiste “num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”. Ainda segundo o mesmo autor, pode-se citar o seguinte exemplo:

Os bens jurídicos são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos. Por exemplo, o princípio da livre iniciativa pressupõe, como condição para sua realização, liberdade de escolha e autonomia. Liberdade e autonomia são bens jurídicos, protegidos pelo princípio da livre iniciativa, algum sujeito pode ter, em função de determinadas circunstâncias, condições de usufruir daquela liberdade e autonomia. Liberdade e autonomia passam, então, a integrar a esfera de interesses de determinado sujeito. Os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo

é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado. Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e, por isso, deve ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido (ÁVILA, 2005, p. 95).

Na verdade, a técnica de ponderação nada mais é do que a aplicação do princípio da proporcionalidade na colisão dos direitos fundamentais ou de princípios, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Acrescenta-se que a ponderação jurídica é mitigada ou mesmo esquecida quando se pode utilizar critérios abstratos para solução de conflitos normativos, como, por exemplo, os critérios de especialidade, hierárquico e cronológico.

A técnica da ponderação se distingue da interpretação clássica na medida em que nesta se analisa norma e o fato, depois se dá a sentença, enquanto naquela (ponderação), há identificação dos bens em conflito, exame conjunto das circunstâncias concretas e normas aplicáveis, apuração dos pesos que devem ser atribuídos a cada um dos bens em disputa, escolha da norma a ser ponderada, e somente após, haverá a sentença (BULOS, 2009, p. 368). Como se percebe, em casos difíceis onde é necessária a ponderação jurídica, não ocorrerá mera subsunção, e sim a construção de um raciocínio que fundamente de maneira detalhada a decisão tomada (procedimento mais demorado e complexo).

Pode-se aqui citar os seguintes exemplos de conflitos que ensejam ponderação: direito social à moradia *versus* penhorabilidade do bem de família; proibição de publicação atentatória à honra e à imagem *versus* liberdade intelectual; sigilo bancário *versus* privacidade de dados; livre iniciativa *versus* intervenção do Estado na economia; liberdade de expressão *versus* direito à privacidade; direito de propriedade *versus* função social da propriedade; dentre outros casos.

Para maior elucidação menciona-se em maiores detalhes o caso da impenhorabilidade do bem de família. A Lei 8.009/90, art. 1º diz ser o bem de família (leia-se a moradia da família) impenhorável em decorrência de um direito fundamental à moradia. Contudo, existem exceções trazidas pela própria lei mencionada em seu artigo 3º, como, por exemplo, o bem de família do fiador, que pode ter seu imóvel residencial penhorado (inciso VII). Então pergunta-se: tal regra sempre deverá

ser observada? Mesmo à luz dos princípios constitucionais ela deve ser interpretada de maneira rígida e inflexível? Qual a fundamentação principiológica que gera tratamento desigual para os fiadores? Estaria essa regra atenta à dignidade da pessoa humana ou estaria ela mais próxima de regras voltadas para o patrimônio/propriedade particular? Eis a ponderação. Perguntas que podem ser respondidas com os elementos aqui dissertados.

Ainda conforme mencionado no início do presente tópico, a ponderação é utilizada para delimitar conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo: para o entendimento do que sejam “valores éticos da pessoa e da família”, termos mencionados na Constituição Federal, art. 221, IV, é permitido ao magistrado ponderar qual o sentido que se deve atribuir a essa frase, adaptando-a da melhor forma possível ao caso concreto (BULOS, 2009).

Não obstante, utilizada a ponderação, requer-se automaticamente uma fundamentação juridicamente plausível como pressuposto de validade. E é aqui, praticamente intrínseca à técnica da ponderação, que entra a argumentação jurídica. Como se sabe, toda decisão judicial deve ser motivada, “tanto nos fatos quanto no direito, mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave”. (BARROSO; BARCELLOS, 2010).

A argumentação é espécie de atividade humana decorrente da nossa capacidade comunicativa racional; em sentido amplo, nada mais é do que o uso de razões a favor ou contra determinada tese com o objetivo de demonstrar ou não a sua correção. A teoria da argumentação jurídica engloba tanto conteúdos de lógica jurídica, quanto de axiologia jurídica e teoria da interpretação (NETA DIAS, 2010). Nesse ponto serve-se mais uma vez da lição do ilustre doutrinador Barroso (2009, p. 339):

Argumentação é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam

como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão.

Ainda segundo o mesmo autor, a necessidade da argumentação se potencializa com a substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática, em que a razão teórica busca a verdade, o conhecimento e tem por conduta típica a contemplação, e a razão prática busca a produção do bom e do justo, e realiza-se pela ação.

A argumentação jurídica possui uma natureza extremamente pragmática, resultado dos ideais pós-positivistas e traz em seu bojo uma “proposta de racionalidade para as questões valorativas enfrentadas nas decisões judiciais em que os cânones interpretativos clássicos não se mostram suficientes”. (SENA, 2011). Desde sua origem nas obras de meados do séc. XX (Perelman, Toulmin e Viehweg), a argumentação jurídica traz o sentido da rejeição da lógica formal como suficiente para analisar o raciocínio jurídico.

Na verdade, a argumentação jurídica não consiste exatamente numa técnica, mas sim na consequência natural da aplicação dos elementos interpretativos logicamente fundamentados. A reaproximação entre o Direito e a Ética promovida pelo neoconstitucionalismo permitiu a construção da nova interpretação constitucional por meio de princípios e conceitos indeterminados, onde a argumentação jurídica acompanha tal sistemática. Logo, segundo Silva (2007):

Considerando que a argumentação é parte inseparável de uma decisão judicial, por meio dessa atividade, com um ou outro tipo de justificativa a solução do caso concreto será obtida. Essa escolha, ou em razão dessa escolha, abre-se o horizonte para uma nova opção, exatamente aquela do direito associado à moral, à ética e, portanto, que enfatize a dignidade do ser humano como objetivo inalienável.

Vê-se, então, que a perspectiva argumentativa enseja uma compreensão mais ampla, holística, do ordenamento jurídico, representando uma valiosa ferramenta na atualidade ao operador do di-



reito preocupado com um Direito próximo de seu fim ideal (SILVA, 2007). Ainda nesse sentido, cita-se a brilhante conclusão do advogado Sena (2011):

Não se pode ignorar o advento da inserção dos princípios no constitucionalismo hodierno enquanto comandos prescritivos. Tratá-los a partir de uma hermenêutica clássica cuja proposta excluía a consideração valorativa das normas é limitar o alcance da justiça. De forma distinta, a Argumentação Jurídica propugnada por Alexy traz ao centro das análises os princípios fundamentais enxergados como mandados de otimização, já que podem ser cumpridos em diferentes graus. As circunstâncias concretas percebidas pelo intérprete-aplicador do direito é que ditam a prevalência por um ou outro princípio que deva ser aplicado. Mas não basta simplesmente decidir. O processo de justificação precisa tornar a fundamentação judicial sujeita a critérios racionais. Estes critérios estabelecem uma ponderação dos valores inerentes a um *hard case*, cuja dificuldade está em não se encontrar no ordenamento jurídico um comando prescritivo por si só suficiente para a solução do conflito.

Em síntese, diversas questões complexas ainda podem surgir sem que exista uma norma pré-constituída, pronta e acabada, que a resolva de imediato. A própria racionalidade do discurso jurídico “suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta”. (BARROSO; BARCELLOS, 2010). Em se tratando de interpretação constitucional, a argumentação jurídica pode desempenhar, em alguns casos, uma função extremamente importante, na medida em que “o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade”. (BARROSO; BARCELLOS, 2010).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já há algumas décadas os sistemas jurídicos (e políticos) contemporâneos não cumprem com suas atividades precípuas de maneira satisfatória, o que leva a uma ruptura com os conceitos ideais de Justiça e de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, aproveitando-se das correntes pós-modernas no âmbito do Direito Constitucional, em especial o neoconstitucionalismo, como foi demonstrado ao longo do artigo, foram desenvolvidos mecanismos potencialmente capazes de gerar respostas adequadas à sociedade hodierna.

Acompanhando essa onda inovadora trazida pelo neoconstitucionalismo – mesmo que tardiamente na opinião de alguns doutrinadores –, surgiram novos elementos de interpretação constitucional que incidem diretamente no sistema jurídico e na forma como o Estado-juiz resolve as lides.

Notou-se com a elaboração desse artigo que a Constituição da República Federativa do Brasil apresenta em seu corpo uma estrutura flexível, em termos de interpretação, fornecendo normas adequadas diante dos casos concretos para se alcançar uma resposta juridicamente justa. E esse procedimento (leitura constitucional) não tenciona ferir a segurança jurídica, pois materialmente não há criação de novas regras que infrinjam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

O que ocorre é a utilização inteligente dos princípios interpretativos (bem como dos próprios princípios constitucionais), dos conceitos jurídicos indeterminados, da ponderação e argumentação jurídica.

Quanto mais crescente o clamor por efetividade e pela jurisdição constitucional, a Hermenêutica jurídica inicia o processo de construção de uma resposta contemporânea para os problemas atuais e do porvir, pois um sistema interpretativo atualizado carrega em seu bojo os mecanismos exigidos pelas profundas transformações que o mundo, de maneira geral, e o Brasil, em particular, sofrem.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi norteada pelo pós-positivismo, e isso fica evidente tanto na diversidade de normas-princípios (implícitas e explícitas), quanto na sua abrangência analítica, por intermédio das normas-regras. Assim, sendo a CF/88

a lei maior, em termos hierárquicos, todo o ordenamento infraconstitucional brasileiro deve ser lido a partir de seus preceitos.

Quando se interpreta a Constituição se desvenda ao mesmo tempo as demais normas que com ela devem ser compatíveis. Ao entender a sistemática atual de interpretação constitucional o jurista desenvolve uma leitura adequada tanto dentro da Magna Carta quanto fora dela. Nesse contexto os novos elementos de interpretação constitucional são reflexos indiretos da sociedade e podem ser utilizados de maneira efetiva pelos aplicadores do direito para benefício da mesma.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Andre Luis Dornellas. Colisão e ponderação entre princípios constitucionais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 2 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29173>>. Acesso em: 25 out. 2010.

ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

AQUINO, Jorge Inácio de. O direito e sua interpretação na atualidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1817, 22 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11415>>. Acesso em: 9 set. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. Brasília, DF: S. A. Fabris, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/>

bitstream/handle/2011/18540/neoconstitucionalismo\_e\_constitucionalizaçãodo\_direito.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 9 set. 2010.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2003. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERKHOF, Louis. **Princípios de interpretação bíblica**. São Paulo: Cultura Cristã, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. **Caderno Virtual**, v. 1, n. 3, 2003. Disponível em: <<http://www.portal-deperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/46/2>> Acesso em: 12 set. 2010.

CORRÊA, Raíssa Toniato Dalle Prane. O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade em matéria tributária. **Revista Jus Vigilantibus**, 6 fev. 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/20035/1>>. Acesso em: 12 out. 2010.

COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de prova em recurso especial**: a súmula 7 do STJ. Brasília, DF: Thesaurus, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FELIPE, Donaldo J. **Dicionário jurídico de bolso**: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense. 16. ed. Campinas, SP: Millennium, 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Fernanda Cunha. A nova interpretação constitucional e o juízo de ponderação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 83, 1 dez. 2010. Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8783](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8783)>. Acesso em: 24 dez. 2010.

HÄBERLE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken. In: **Die Verfassung des Pluralismus**, Königstein/TS. 1980. p. 3 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MENDES, Gilmar. Voto Relator em Embargos Infringentes. Transcrições. ADI (EI) 1.289-DF. Informativo 304.

KURY, Gama. **Minidicionário Gama Kury da língua portuguesa**. Supervisão de Adriano da Gama Kury e organização de Ubiratan Rosa. São Paulo: FTD, 2002.

LAMY, Marcelo. Conceitos Indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle. **Revista Internacional d'Humanitats**, n. 11. CEMOrOCFeusp, Núcleo Humanidades ESDC, Universidade Autònoma de Barcelona, 2007.

Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/diretor/artigo\\_cji.htm](http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_cji.htm) >. Acesso em: 12 dez. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 37, n. 145, jan./mar. 2000. Disponível em: < <http://www.scribd.com/doc/34507875/Hermeneutica-Juridica-de-Gadamer>>. Acesso em: 12 set. 2010.

MELLO, Celso de. **STF - MS 26603/DF. Mandado de segurança**. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 04/10/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-241. Divulgado 18-12-2008. Publicado 19-12-2008 Ement Vol. 02346-02 PP-00318.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHAELIS, **Minidicionário escolar da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

NETA DIAS, Vellêda Bivar Soares. A interpretação dos direitos fundamentais: argumentação jurídica e hermenêutica na motivação das decisões judiciais. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais ...** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3698.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

POLTOSI DORNELES, Tatiana. O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 35, 1 dez. 2006. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1528](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1528)>. Acesso em: 5 ago. 2010

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. v. 1, t. 2.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SEELEY, Sir John Robert. **Ecce homo**: a survely of the life and work of Jesus Christ. New York: The MacMillan Company, 1900.

SENA, Elder. A viabilidade da teoria da argumentação jurídica na aplicação dos direitos fundamentais. Uma análise a partir da colisão de princípios com base no caso Siegfried Ellwanger (julgamento pelo STF do HC 82.424-2). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2816, 18 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18710>>. Acesso em: 14 maio 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Carlos Roberto da. A argumentação jurídica como ferramenta de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre 2007. Disponível em: <[www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791> Acesso em: 29 jan. 2011

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editora Trotta, 1999.





---

**DIREITO CIVIL  
E  
PROCESSUAL CIVIL**

---



## O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 527 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Karen Karolyne Silva Rocha\**

**Resumo:** Apresenta-se o parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil que vedou a possibilidade de agravo interno contra a decisão monocrática proferida pelo relator no sentido de conceder/denegar efeito suspensivo ao recurso ou deferir/indeferir a pretensão recursal através da antecipação de tutela. Sob uma ótica constitucional analisa-se a transgressão, pelo dispositivo, dos princípios do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e da celeridade processual, garantias fundamentais que devem ser obedecidas por um processo justo e democrático.

**Palavras-chave:** Decisão monocrática. Agravo interno. Efeito suspensivo. Tutela antecipada. Princípios. Constituição.

**Abstract:** It presents the sole paragraph of art. 527 of the Code of Civil Procedure which forbid the possibility of internal grievance against the decision made by the rapporteur monocratic to grant / deny the appeal suspensive effect or defer / reject the claim through the appellate legal protection. From a constitutional perspective to analyze the transgression, by the device, the principles of natural judge, the double degree of jurisdiction, legal defense and speedy process, fundamental guarantees that must be met by a fair and democratic.

**Keywords:** Monocratic decision. Grievance procedure. Suspensive effect. Preliminary injunction. Principles. Constitution.

---

\* Graduada do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Tecnológico do Maranhão – FAPEMA. E-mail: karenksrocha@yahoo.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar em que medida o parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil é ofensivo a princípios e garantias constitucionais, visto que impossibilitou a interposição do agravo interno para recorrer da decisão liminar do relator que atribui ou não efeito suspensivo ou (in) defere, total ou parcialmente, tutela antecipatória recursal, bem como converte o agravo por instrumento em agravo retido. O tema alimenta debates na melhor doutrina e na jurisprudência desde a edição da Lei nº 11.187 de 19 de outubro de 2005 e, portanto, de indispensável compreensão.

Defender-se-á a inconstitucionalidade do dispositivo em tela e a necessidade de uma hermenêutica processual civil indissociável dos ditames constitucionais para que se garanta o direito fundamental a um processo justo com ampla defesa, celeridade da prestação jurisdicional sem detrimento da devida análise da causa, juízo competente para julgar a matéria que lhe é atribuída e a possibilidade de recorrer eficazmente de uma decisão que é desfavorável aos interesses das partes.

O objetivo das breves laudas que seguem é, portanto, enriquecer as discussões sobre as consequências teórico-práticas da reforma processual no sistema recursal brasileiro, que alarga o poder de decisão singular do relator sem a devida e necessária apreciação pelos demais membros do respectivo órgão colegiado, e que busca a celeridade processual a qualquer custo violando direitos inafastáveis do processo e sedimentados na Constituição Republicana.

## 2 DO PLURAL AO SINGULAR: VIOLAÇÃO DA COLEGIALIDADE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

É cediço que o princípio do juiz natural está expressamente inscrito na Constituição de 1988 nos incisos XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção” – e LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” –, dos quais é possível inferir sem dificuldades o desiderato da norma magna, qual seja: assegurar que todos sejam julgados e processados por juízes e tribunais pré-constituídos na forma da lei através de regras objetivas de competência, integrados legitimamente ao Poder Judiciário, de

forma a impedir a designação de julgador *ex post facto* e não investido de jurisdição.

Em outras palavras, pode-se afirmar que o princípio da naturalidade do juízo visa a garantir a imparcialidade e a independência dos juízes e a segurança jurídico-processual do cidadão contra o arbítrio do Estado, substratos de um Estado de Direito. Portanto, a proibição de tribunais extraordinários e a exigência de autoridade competente são direitos fundamentais que dispensam explicações quanto à importância e obrigatoriedade de observância em todas as modalidades processuais.

Posto isto, cabe agora relacionar o princípio supra com a colegialidade dos tribunais e verificar se os mesmos foram ou não violados pelo parágrafo único do art. 527 do CPC. A relação se dá justamente no que diz respeito à *competência do juízo* (PINTO, 2009, p. 21), ou seja, analisar quem é competente para julgar e processar nos tribunais, que são órgãos colegiados e cuja pluralidade os diferencia dos juízes singulares de primeiro grau. Como bem explica Talamini (apud OLIVEIRA, 2008, p. 106):

É da tradição constitucional brasileira o julgamento colegiado em segundo grau. Está implícita na estruturação constitucional do Poder Judiciário a pluralidade na composição dos tribunais locais e federais. E isso não consiste em mero capricho burocrático ou administrativo. Ao estruturar os tribunais em órgãos colegiados, pretende-se obviamente fazer com que as decisões aí proferidas sejam essencialmente fruto de deliberação conjunta – em contraposição às decisões isoladamente adotadas pelos juízes singulares (“de primeiro grau”). Eis, aliás, um dos próprios motivos que justificam a existência dos tribunais.

Destarte, se apreende que a colegialidade é fator essencial da estruturação dos tribunais, como se fosse uma compensação do segundo grau de jurisdição pela pluralidade de ideias travadas no órgão colegiado e a devida fiscalização recíproca entre seus membros, em relação ao primeiro grau em que o julgador tem mais contato com as partes, o que lhe permite melhor percepção da realidade judicial. Nas palavras

de Greco (2003, p. 103), “a colegialidade é também um importante fator de busca da legitimidade do Judiciário, ou seja, de persuasão do jurisdicionado de que a sua causa foi julgada por uma junta de juízes, que discutiram a matéria procurando em conjunto encontrar a solução mais justa” .

Se o juiz competente (natural) para julgar os recursos são os órgãos colegiados como explicar os pronunciamentos monocráticos dos relatores nos tribunais sem que haja a violação dos princípios do juiz natural e da colegialidade das decisões dos tribunais? Em busca da celeridade da tramitação dos processos nos tribunais o legislador infraconstitucional alargou o poder de decisão dos relatores, transferindo aos mesmos atribuições judicantes que antes diziam respeito apenas ao órgão colegiado, como se observa nas redações dos arts. 531, 544, § 3º, 557 e 558 do Código de Processo Civil.

Entretanto, o problema não consiste em se permitir ao relator que decida monocraticamente, desde que sua decisão reflita o posicionamento do colegiado, mas em vedar que essa decisão singular seja revista pelo órgão do tribunal através de recurso, pois a competência, repita-se, é do colegiado e não do relator. Logo, ao impedir a interposição de agravo interno contra decisão liminar exarada pelo relator que concede ou nega efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal, o legislador violou os princípios constitucionais acima descritos.

Evita-se falar em decisão irrecorrível, pois o novel dispositivo apenas retirou a possibilidade de interposição do agravo interno contra as decisões liminares dos incisos II e III do art. 527 do CPC (OLIVEIRA, 2008, p. 105). Não há que se falar em irrecorribilidade se é cabível embargos de declaração contra qualquer pronunciamento judicial que apresente obscuridade, contradição ou omissão, ou seja, caso a decisão liminar do desembargador-relator possua qualquer um dos vícios apontados ela será oponível por esse tipo de remédio.

O mesmo se diga para o recurso extraordinário e para o especial, que podem ser utilizados pelas partes contra a decisão do relator, caso haja ofensa à Constituição ou a lei federal, desde que presentes os requisitos de admissibilidade de cada recurso, dentre os quais o de que seja causa decidida em única ou última instância, isto é, aquela da qual não cabe mais nenhum recurso ordinário. Logo, com a

nova edição do parágrafo único do art. 527 que vedou o agravo interno, a decisão monocrática do relator se tornou a única e última instância do tribunal não cabendo mais recursos (ordinários) no plano horizontal (OLIVEIRA, 2008, p. 111-112).

Entretanto, a possibilidade de oposição de embargos de declaração, recurso extraordinário e/ou especial não resolve por completo o problema em foco, primeiro porque a decisão do relator pode não ser obscura, contraditória ou omissa e nem ofender a Constituição ou lei federal, mas mesmo assim ir contra os interesses da parte. Segundo porque os recursos excepcionais são apreciados pelos tribunais superiores, STJ e STF, ou seja, não será o mesmo órgão colegiado que apreciará a decisão do relator, continuando por ser ferido o princípio das decisões colegiadas.

Como lecionam Didier Jr. e Cunha (2008, p. 165), “ao relator permite-se uma espécie de antecipação do pronunciamento do órgão colegiado, em pronunciamento monocrático”. Dessa forma, não pode o legislador suprimir a competência do colegiado de rever a decisão do relator, para o qual foi delegado momentaneamente o poder de decisão. A necessidade de racionalização das atividades internas dos tribunais deve ser entendida no seu duplo sentido: aperfeiçoar e tornar mais eficiente o judiciário tecnicamente para que se evite perda de tempo, aliado à ideia de tornar racionais as atividades dos tribunais pela obediência aos princípios constitucionais e processuais, o que não é possível permitindo-se que os mesmos sejam violados.

### **3 ÚNICO GRAU DE JURISDIÇÃO E ESTRITA DEFESA**

O duplo grau de jurisdição não é apenas um princípio recursal que possibilita a reapreciação da matéria por um órgão judicial de hierarquia superior; ele é um princípio constitucional que apesar de não constar expressamente na Lei Magna, dimana de outras normas inscritas na mesma como “a previsão de tribunais estaduais e federais, assim como de tribunais superiores, sugere que o legislador infraconstitucional, deverá observar essa orientação”. (JORGE, 2007, p. 171). Além disso, não haveria devido processo legal sem a garantia de reexame das decisões judiciais – impedindo um absolutismo judicial - que podem conter erros processuais ou materiais.

Assim, o recurso é a principal via pela qual se expressa o duplo grau de jurisdição, mas eles não são sinônimos, já que podem existir recursos sem duplo grau de jurisdição (JORGE, 2007, p. 172). Isso se explica porque o exame da questão por um órgão de hierarquia superior não faz parte da essência do conceito de recurso, basta uma segunda análise que pode ser feita por um órgão de mesma hierarquia. No entanto, tal entendimento não desvirtua a necessidade de obediência ao mesmo quando estiver presente, e justamente por ter sido supresso o agravo interno do art. 527, parágrafo único, afirmar-se que o duplo grau de jurisdição não foi obedecido.

Em posicionamento diverso, Assis (2008, p. 71) defende a perfeita harmonização do art. 527, parágrafo único com o princípio em cena. Segundo o autor:

A questão já recebeu exame inicial no primeiro grau, em qualquer sentido, e por força do agravo recebeu a revisão do órgão competente no tribunal – o relator. É o que basta. O acerto ou desacerto das resoluções tomadas, no primeiro e no segundo momento, não podem ser levados em conta na concepção de uma estrutura judiciária garantística e equilibrada: o vencido nunca se conformará com o provimento desfavorável, de um lado, e se ele é justo ou injusto é questão insolúvel da qual se ocupam os filósofos sem muito sucesso.

Com a devida vênia, discorda-se de tal entendimento porque o autor desconsidera que a decisão liminar do relator, que aprecia efeito suspensivo e tutela antecipatória recursal ou que converte o agravo por instrumento em agravo retido, é única acerca da matéria; não houve, portanto, um duplo exame da questão pelo juiz de primeiro grau e pelo tribunal. O segundo exame por um órgão de hierarquia superior só seria possível com o agravo interno dirigido ao órgão colegiado, como bem explica Bueno (2006, p. 225-226) ao tratar da irrecorribilidade da decisão do relator e o princípio do duplo grau de jurisdição:

No caso de decisões interlocutórias, a aplicação deste princípio significa que elas são recorríveis



para reexame pelos Tribunais. E, no âmbito dos Tribunais, sua incidência só pode significar a possibilidade de contraste das decisões tomadas isoladamente pelos seus membros perante o órgão colegiado respectivo. [...] no âmbito dos Tribunais toda interlocutória proferida monocraticamente é contrastável pelo colegiado, a vedação imposta pelo parágrafo único do art. 527 é inconstitucional.

Com efeito, o malsinado parágrafo único do art. 527 também afronta o princípio da ampla defesa previsto no n. LV do art. 5º da CF/88 – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” –, visto que o agravante (ou agravado) não poderá mais interpor o agravo interno contra a liminar do relator, que é o recurso efetivo para impugnar tal decisão que lhe é desfavorável, pois dificilmente o relator irá reconsiderar sua decisão tempestivamente e nem sempre será possível opor embargos de declaração, recurso extraordinário e/ou especial.

Salta aos olhos, pois, a inconstitucionalidade do dispositivo por reduzir, estreitar, estrangular os meios de defesa dos jurisdicionados que terão de se valer de instrumentos mais complexos e dispendiosos para ter seu direito protegido. Não basta que existam outros meios de impugnação, é necessário que eles sejam efetivos, bem como de nada serve a existência de princípios constitucionais que garantam a devida prestação jurisdicional com ampla defesa e recorribilidade se eles não são respeitados sequer pelas leis infraconstitucionais.

Quando a Constituição da República assegura o acesso à prestação jurisdicional ela também concede meios plenos para atingir tal prerrogativa, caso contrário a norma seria destituída de eficácia. Assim, não pode lei ordinária impedir a concretização dos ditames da *Lex Mater* criando regras defeituosas sem qualquer tipo de respaldo legítimo.

Com a nova redação do parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil não há que se falar em duplo grau de jurisdição e em ampla defesa, pelo contrário, o que se observa é um único grau de jurisdição de incumbência do membro do colegiado e uma estrita

defesa dos direitos dos litigantes pela impossibilidade do emprego de agravo interno, contrariando de forma flagrante a garantia do acesso à justiça, ou seja, acesso a um processo justo e adequado, corolário de um processo constitucional democrático.

#### **4 A EFICÁCIA INVERSA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 527 DO CPC**

A EC n. 45/2004 alterou vários dispositivos da Constituição, entre eles o art. 5º ao acrescentar o n. LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” – instituindo assim, o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional como garantia constitucional. Essa inserção foi um dos principais motivos que levaram à proposição da Lei n. 11.187/2005 que adotou uma nova sistemática para os agravos, tornando o agravo na modalidade retida a regra (SICA, 2006, p. 196) e interditando à parte a interposição de agravo interno contra decisão do relator no que tange aos incisos II e III do art. 527 do CPC.

Não há dúvidas quanto às boas intenções do legislador ao editar a Lei 11.187/05, cujo escopo seria a racionalização dos procedimentos judiciais e inibição de recursos protelatórios que são responsáveis, em boa parte, pela morosidade processual do judiciário brasileiro. No entanto, ao eliminar o agravo interno do art. 527 o *mister* da celeridade levou um tiro no pé, pois estimulou o retorno ao uso do mandado de segurança contra ato judicial com vistas a obter a medida que restou indeferida pelo relator.

Ocorre que o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial pressupõe que não caiba mais recurso com efeito suspensivo contra a decisão judicial deixando um direito carente de tutela efetiva (art. 5º, II da Lei nº 12.016/2009). E é justamente isso que ocorre com a vedação do agravo interno, pois a decisão do relator que apreciar efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal só pode ser revista por ocasião do julgamento do agravo ou se o próprio relator reconsiderar soluções ineficazes para a parte que pode ter seu direito – líquido e certo – lesionado.

Corroboram com o reavivamento do mandado de segurança para impugnar ato judicial a maioria dos doutrinadores, dentre eles Carneiro (2006, p. 17), para quem “a irrecorribilidade das decisões monocráticas poderá dar azo, sob a premissa de que os fatos seriam incontestados, ao lamentável ressurgimento do mandado de segurança como sucedâneo recursal”. Lamentável porque o renascimento do *writ* fez o sistema recursal brasileiro andar para trás, invertendo seu espírito de racionalização e agilização do processo, propiciando um maior número de ações próprias, com todos os procedimentos que lhe são inerentes, tornando-se mais morosas para julgadores e jurisdicionados. Como bem explica Nascimento (2006, p. 77):

Com isso, o esforço empreendido para restringir o número de recursos no processo civil estaria anulado pela possibilidade de impetração do mandado de segurança, que, por ser previsto constitucionalmente, não pode ser excluído. Em verdade, entendemos que a situação delineada é ainda pior do que a mera anulação dos esforços, pois gerará uma ação própria com todo o cabedal de recursos a ela inerente.

Celeridade processual não é sinônimo de processo instantâneo. O espírito do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal – e que deveria ser o mesmo do art. 527, parágrafo único – é obstar as dilações indevidas, fazendo com que o processo não demore mais do que o estritamente necessário para que alcance seus objetivos justos, ou seja, ele pretende punir as condutas protelatórias tanto das partes quanto do Judiciário. Repita-se, o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional não busca respostas imediatas que por serem excessivamente rápidas gerariam insegurança, mas que o processo dure apenas o tempo necessário e seja adequado, para que seus resultados sejam alcançados.

Cabe lembrar que a morosidade processual não é um problema de ordem apenas conjuntural, mas, principalmente, estrutural do Poder Judiciário. Isto é, não se trata tão só de problemas operacionais da máquina judiciária, como o excesso de burocracia e formalismo, o acúmulo de processos e congestionamento das varas, a má formação

dos profissionais e falta de capacidade técnica e a insuficiência de recursos materiais e financeiros.

A explicação correta é que o Poder Judiciário é burocrático, patrimonialista, burguês e liberal; sua deficiência está na estrutura, nas relações clientelistas e desiguais por critérios sociais e econômicos, em que a única solução seria uma mudança de mentalidade de toda a sociedade a respeito da verdadeira função do Judiciário (JUNQUEIRA, 1993, p. 98-110). Como aduz Câmara (2008, p. 59): “Fique registrado meu entendimento segundo o qual a crise do processo não é a crise das leis do processo. Não é reformando leis processuais que serão resolvidos os problemas da morosidade do Poder Judiciário”.

A eficácia inversa do parágrafo único do art. 527 se deve justamente pela impetração do mandado de segurança, pois com essa via transversa encontrada pela parte para ter seu direito protegido, mais ações serão propostas sobrecarregando ainda mais o Judiciário e conseqüentemente tornando-o mais moroso. Ademais, como dito supra, a equivocada busca pela celeridade em detrimento da segurança jurídica não pode ser tolerada, sob pena de se permitir que aumentem as chances de ocorrerem erros judiciários devido ao amplo poder dado aos relatores. Recomenda-se, então, que a regra do parágrafo único do art. 527 seja desprezada, por ser inconstitucional, autorizando-se a utilização do agravo interno, instrumento de impugnação mais efetivo e célere que o mandado de segurança.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, conclui-se que o parágrafo único do artigo 527 do CPC ao impossibilitar a interposição de agravo interno contra decisão do relator que aprecia efeito suspensivo ou tutela antecipatória recursal é inconstitucional, por ferir os princípios do juiz natural e da colegialidade das decisões nos tribunais, do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, bem como da tempestividade da tutela jurisdicional.

O dispositivo impede que a decisão monocrática do relator seja revista pelo órgão colegiado que o mesmo integra, e que é o verdadeiro detentor da competência constitucionalmente atribuída (juiz natural) para julgar e processar a causa, esvaziando o caráter coletivo dos tribunais e fortalecendo, desmedidamente, os poderes dos relatores.

De forma indevida o dispositivo também nega o duplo grau de jurisdição, pois a decisão do relator, que é única quanto à matéria que está sendo decidida, fica insuscetível de reapreciação pelo órgão colegiado, desembocando num funil de meios de defesa que não propiciam a garantia de um devido processo legal com ampla defesa e com todos os meios e recursos inerentes à mesma.

Por fim, o novel parágrafo único do art. 527 inverteu seu escopo racionalizador da tutela jurisdicional ao fazer ressurgir o mandado de segurança contra ato judicial, e que por se tratar de uma ação própria com todos os recursos inerentes a ela, acaba por ser um caminho mais moroso do que seria com o agravo interno. Portanto, aconselha-se que a norma processual civil em tela seja desconsiderada, em vista do exercício de hermenêutica constitucional apresentado e que o agravo interno continue a ser usado – como o era antes da reforma trazida pela Lei n. 11.187/2005 –, como medida de bom direito e de acordo com a Constituição Republicana.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**: comentários às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei nº 11.187/2005. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 75, 2006.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro de. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 6. ed. Salvador: Juspodivm. 2008. v. 3.

GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 1, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **A sociologia do direito no Brasil**: introdução ao debate atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. Inovações na regência do recurso de agravo trazidas pela lei 11.187/2005. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A conversão do agravo de instrumento em agravo retido: decisão irrecurável? **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, jun. 2008.

PINTO, Christian Barros Pinto. A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 527 do código de processo civil e o cabimento do agravo interno. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, n. 71, 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. O agravo e o “mito de Prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9.

---

**DIREITO PENAL**  
**E**  
**PROCESSUAL PENAL**

---





# CRÍTICAS PONTUAIS QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE

*Justino da Silva Guimarães\**

**Resumo:** O artigo tem por fim precípua analisar a possibilidade de não aplicação do quesito da personalidade para majorar a pena-base acima do mínimo legal, por não possuir o magistrado habilitação técnica para valorá-la, mormente quando manifestada com frases vagas, tendentes ao Direito Penal de autor. Apresentar um pequeno ensaio crítico sobre a circunstância judicial da conduta social, por não atender ao Direito Penal de fato, concluindo que a punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do delito, em atenção ao princípio da individualização da pena.

**Palavras-chave:** Personalidade do agente. Conduta social. Direito Penal de autor. Direito penal de fato. Princípio da individualização da pena.

**Abstract:** The article aims to examine the possibility of preciput non-application of the topic of personality to major off -base than the legal minimum, not the magistrate have technical capability to assess this one, particularly as manifested in vague phrases, tend to the Criminal Law author. Submit a short critical essay on the social conduct of the court case we ignore the criminal law in fact, concluding that the punishment must take into account only the circumstances and consequences of crime, mindful of the principle of individualization of punishment.

**Keywords:** Personality of the agent. Social conduct. Criminal Law Author. Criminal law in fact. Principle of individualization of punishment.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, titular da 20ª Promotoria de Justiça Criminal da comarca de São Luís. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Constitucional pelo UNICEUMA. Autor das obras: “A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas” e “Direito Penal e Processual Penal garantistas: das ideias à concretização”. Artigos publicados em revistas especializadas. Artigos premiados no concurso “Prêmio Márcia Sandes”, promovido pela Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão – AMPEM.

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Ciência do Direito é impulsionada por interpretações tendentes a evoluir juntamente com os anseios e reclamos da sociedade brasileira, que é plural, dinâmica e complexa, a exemplo do instituto da mutação constitucional, da edição de jurisprudência dos tribunais e de súmulas dos tribunais superiores.

Discussões doutrinárias sobre temas de Direito Penal ligadas a direitos e garantias fundamentais catalogados na Carta Republicana têm crescido de forma positiva, pois interpretações às regras consideradas dogmas estão sendo superadas por novos paradigmas que vão se distanciando de um Direito Penal máximo<sup>1</sup>, de inclinações contrárias às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos. Porém, na prática forense, a evolução é lenta: boa parte dos magistrados de todas as instâncias ainda permanecem amarrados ao dogmatismo<sup>2</sup>, como um escravo da lei e não como um juiz garante, um intérprete aplicador das regras e princípios constitucionais para além de uma interpretação fechada da lei.

Um exemplo concreto dessa lentidão concerne ao princípio da não-culpabilidade ou do estado de inocência. Em que pese tal princípio estar consagrado em vários tratados internacionais há muitos anos, a exemplo da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), foi somente expresso no ordenamento jurídico pátrio na Constituição Federal de 1988. Mesmo diante de previsão constitucional, o fim da celeuma quanto ao direito do réu recorrer em liberdade só veio a ter final na data de 05 de fevereiro de 2009, por ocasião da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 84078. Guimarães (2009, p. 350), tocando no nó górdio da questão, teceu a seguinte crítica:

---

<sup>1</sup> Para Ferrajoli (2002, p. 84), “o modelo de direito penal máximo, isto é, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das decisões e das penas; e que, conseqüentemente, se configura como um sistema de poder não controlável racionalmente, por ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e de neutralização”.

<sup>2</sup> Para Andrade (2003, p. 74b), o dogmatismo quer dizer, pois, “uma atitude de acatamento do jurista ao estabelecido como Direito Positivo que, independentemente de seu conteúdo material (mutável), desempenha sempre a função de dogma. O dogmatismo da Ciência Jurídica figura, portanto, como ponto de partida; como uma atitude invariável de acatamento acrítico a um Direito que temporal e espacialmente varia”.

Na verdade, referida decisão merece apenas aplauso por ratificar referido princípio e pôr fim numa discussão jurídica que há muito tempo se defendia, mas por outro lado fica-se atônito e triste, posto que o princípio constitucional do estado de inocência ou de situação jurídica de inocência é assegurado historicamente, notadamente após a implantação do Estado Democrático de Direito como regime reinante do País, e previsto na Carta Cidadã desde o ano de 1988, necessitou ser confirmado em última instância do Poder Judiciário brasileiro para ser respeitado em pleno século XXI.

A lentidão da Justiça brasileira é também exemplificada através da nova interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça no tocante à proibição de inquéritos policiais e ações penais em andamento serem valorados para o fim de majorar a pena-base, pondo um fim na controvérsia com a edição da Súmula 444/2010.

O lado positivo de tudo isso, como já firmado, é que essas e outras interpretações alinhadas aos direitos e garantias fundamentais originaram-se de discussões produzidas pelos operadores do direito comprometidos com o Estado Democrático de Direito e que lutam por um Direito Penal e por um Direito Processual Penal garantista<sup>3</sup>. Para Carvalho (2010, p. 631), “um juiz ativo interpreta para além da lei. Não

---

<sup>3</sup> Quando se fala em garantismo penal vem logo à mente os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, assertiva esta que efetivamente não se pode negar. O fundamento fulcral da teoria de Ferrajoli vem sendo interpretado por alguns autores do direito de forma equivocada, na medida em que propagam que os direitos e garantias do acusado devem ser assegurados a qualquer custo, como se não existissem os bens da sociedade que também merecem ser tutelados. O fundamento é muito simples: ter assegurado os direitos e garantias do acusado prescritos no ordenamentos jurídicos nacional e estrangeiro frente ao poder punitivo do Estado, que é inegavelmente superior. Por óbvio, os bens da sociedade de igual modo, devem ser tutelados. Diante de tal efeito, começa-se a falar em garantismo penal integral. Para Mendonça (2010, p. 179), o garantismo tem que ser integral, na medida em que a balança não poderá pender somente para um lado, pois de um lado está as garantias penais e processuais penais do acusado, expostas na teoria de Ferrajoli, de outro lado os bens jurídicos da sociedade que devem ser igualmente tutelados pelo processo penal em decorrência de mandamentos de ordem Constitucional e de tratados Internacionais. É necessário, pois, um equilíbrio, garantindo os direitos e garantias do acusado, sem descuidar da segurança social.

se contenta com a lei; antes questiona. Mas o ativismo não se presta para transformar o juiz em herói, de modo a descumprir as garantias constitucionais em busca da punição a qualquer preço”.

Cumpra observar que não se discutirá o ativismo judicial<sup>4</sup>, fenômeno este amparado pelo subjetivismo do julgador ou por elementos metajurídicos e caracterizado por decisões de cunho ideológico, até porque não é objetivo deste artigo, mas, sim, defender decisões acobertadas por interpretações inovadoras e criativas adstritas às fontes normativas insitas no ordenamento jurídico, dentro e de acordo com os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito (GONÇALVES, 2010, p. 1).

É nessa perspectiva evolutiva que se traz à discussão a possibilidade de não valoração da circunstância judicial da personalidade do agente por parte do magistrado com o fim precípuo de majorar a pena-base acima do mínimo legal, mormente quando sem fundamentação consistente, considerando não possuir conhecimento técnico e tampouco tempo suficiente de contato com o réu.

Trata-se de uma questão jurídica ainda não pacificada, sendo a corrente dominante a que insiste na sua aplicabilidade de forma imperativa, cuja corrente se ajusta à finalidade do Direito Penal de autor.

Sem embargos de opiniões em sentido contrário, afigura-se que a corrente minoritária atende ao Direito Penal de fato e aos princípios

---

<sup>4</sup> Segundo Gomes (2009, p. 1), o ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947 pelo jornalista americano Arthur Schlesinger numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, o ativismo judicial está presente quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no desiderato de garantir direitos. Para Gomes (2009, p. 1), não seria uma forma de interpretação, posto que ocorre quando o juiz cria uma norma, usurpando a tarefa do legislador, exemplificando com decisões do STF sobre a imposição da fidelidade partidária, do direito de greve no serviço público, da proibição do nepotismo e do uso restrito de algemas. No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos (apud GONÇALVES, 2010, p. 1), para quem o ativismo judicial “resulta do exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, caracterizando-se pela incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”. Para Barroso (2010, p. 1), “o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retratação do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sejam atendidas de maneira efetiva”. Ainda sobre o assunto, ver obra de Mauro Cappelletto, *Juizes legisladores?*

norteadores dos direitos humanos, imprescindíveis a um Estado de Direito e Democrático materialmente consagrador.

Traz-se, ainda, à discussão, um estudo crítico sobre a circunstância judicial da conduta social quando majorada, por também atender ao Direito Penal de autor e especificamente por violar o princípio constitucional da igualdade.

É na trilha desbravada pela corrente minoritária que se pretende percorrer com cautela, segurança e simplicidade, no desiderato de abrir algumas arestas a fim de contribuir para o fim da caminhada à busca de respostas que atendam às perspectivas de um Direito Penal mais democrático, humano e menos intervencionista.

Inicia-se com um pequeno ensaio sobre temas ligados ao que se propõe. O primeiro está plasmado na necessidade de fundamentação das circunstâncias judiciais quando da dosimetria da pena-base acima do mínimo legal em harmonia com o princípio da individualização da pena, pois é cediço que o agente tem o direito de conhecer os motivos que levaram o magistrado a aumentá-la.

O segundo tece breves comentários acerca da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que sedimentou entendimento quanto à proibição de majoração da pena-base com esteio no quesito dos antecedentes criminais, no desiderato de demonstrar que as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social estão percorrendo a mesma trilha evolutiva de interpretação.

## **2 COMINAÇÃO DE PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONSISTENTE. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

O art. 93, IX, da Carta Republicana<sup>5</sup>, prescreve que todos os julgamentos dos Órgãos do Poder Judiciário serão públicos e serão fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade.

---

<sup>5</sup> Art. 93 – *Omissis*.

IX – todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo prejudique o interesse público à informação.

Com base nessa orientação constitucional, o juiz, ao efetuar a dosimetria da pena-base de acordo com o critério trifásico estabelecido pelo art. 68 da Lei Substantiva Penal, tem o dever de fundamentar individualmente cada circunstância contida no art. 59 do mesmo diploma legal, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, motivando-as.

É imperioso, pois, especificar fundamentadamente os motivos que o levam a fixá-la em patamar acima do mínimo, e não apenas cingir em fazer consignar na sentença frases genéricas do tipo: “a personalidade parece ser voltada para o crime”, “o agente apresenta comportamento desviante”, “a conduta social demonstra ser reprovável” ou outras expressões vagas que violam direitos fundamentais<sup>6</sup> e princípios constitucionais inerentes.

A motivação das decisões judiciais é, em síntese, uma garantia própria do Estado de Direito que se manifesta por meio da análise e apreciação das questões de fato e de direito envolvidas no processo. Os fundamentos da sentença permitem demonstrar as razões pelas quais o juiz acolheu ou rejeitou o pedido, oportunizando a parte vencida a entender os motivos que o levaram a não acolher a sua pretensão. E no concernente à parte da sentença criminal que avalia as circunstâncias judiciais – de natureza objetiva e subjetiva – à busca da dosimetria da pena-base, também deve seguir cogentemente a garantia da fundamentação, mormente quando fixada acima do mínimo legal, pena de violação do princípio da individualização da pena.

Para Lopes Jr. (2008, p. 195-196):

Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, e,

---

<sup>6</sup> Para Mendes (2009, p. 2), “os direitos fundamentais são a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”.

principalmente se foram observadas as regras do devido processo legal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitima o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autodelimitado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo legal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios [...]. No modelo constitucional não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor [...].

Pelo princípio da individualização da pena<sup>7</sup>, o juiz, durante a dosimetria, deve selecionar os fatos puníveis e cominar as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação, levando em consideração as circunstâncias judiciais existentes no art. 59 da Lei Substantiva Penal, sendo que a sua ausência resulta em nulidade da decisão prolatada.

Significa afirmar que a decisão deve corresponder às características do fato e do agente, devendo haver adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito. Barros (1999, p. 291-295), reportando-se sobre o assunto, aduz que a pena deve dizer respeito à culpabilidade<sup>8</sup>, exteriorizada naquele fato concreto, pois no

---

<sup>7</sup> O processo de individualização da pena é realizado em três momentos distintos: *individualização legislativa*, o processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas; *individualização judicial*, elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais; *individualização executória*, diz respeito ao cumprimento da pena cominada.

<sup>8</sup> Oportuno transcrever excertos do parecer do Eminentíssimo Procurador de Justiça de Santa Catarina, Nelson Ferraz, quanto à culpabilidade. “O conceito de culpabilidade, para os modernos autores italianos, tem por critério de sua individualização a capacidade de de-

Estado de Direito o fato se resume a um fragmento estritamente delimitado da vida do autor e não pode implicar em uma liquidação geral de contas. Em suma, a pena não pode ser aumentada por razões que não dizem respeito à culpabilidade exteriorizada no fato.

Nesse sentido, os Tribunais Superiores:

**STF: ROUBO QUALIFICADO – PENA E REGIME PRISIONAL AGRAVADOS PELO TRIBUNAL A QUO, AO PROVER APELO DE ACUSAÇÃO. IMPUGNAÇÃO DO AGRAVAMENTO DO REGIME PRISIONAL, DO SEMI-ABERTO PARA O ABERTO, COM BASE NA GRAVIDADE *IN ABSTRATO* DO CRIME E COM REFERÊNCIA GENÉRICA AO ART. 59, CAPUT, DO CP - A gravidade *in abstracto* do crime está sempre ínsita na definição do tipo penal, não podendo, portanto, servir de base para o agra-**

---

linquir. Na análise da capacidade de delinquir são levados em consideração os aspectos de personalidade ligados à execução do fato criminoso. Têm-se, assim, um progresso sobre o Código de 1940 no tocante à individualização da pena, pois, enquanto o revogado artigo 42 do Código Penal limitava-se ao exame da intensidade do dolo ou grau da culpa da ação em si mesma, o atual artigo 59 permite, e até exige, que o exame da ação criminosa venha ligado ao seu autor, e enquadrado na órbita de sua personalidade, dado que, quanto mais a ação se identificar na expressão do seu autor, maior a culpabilidade (enquanto que, *contrario sensu*, quanto mais divorciada a ação estiver da personalidade do agente, menor a culpabilidade). Impende, aqui, todavia, advertir que a capacidade de delinquir, como pressuposto da culpabilidade, não vai ao ponto de se permitir a análise isolada de fatores da personalidade, dissociados do crime em exame. Como adverte Giuseppe Santaniello, através do componente capacidade de delinquir, não se deve considerar o prognóstico do cometimento de um delito futuro, mas apenas determinar a identidade de um fato cometido. Na realidade, se houvesse essa possibilidade de identificar a culpabilidade com fato diverso, futuro ou passado, estar-se-ia confundindo a culpabilidade com periculosidade, o que, como apropriadamente lembra Damásio, são coisas totalmente distintas. De igual, em se tratando de delitos culposos (culpa *stricto sensu*), a capacidade de delinquir também deverá ser examinada. Aqui, o exame se efetua na apreciação dos fatores da personalidade envolvidos com o desrespeito aos deveres de diligência do homem comum, que levem a um resultado previsível e lesivo. A culpabilidade, nestes casos, será aferida na consideração dos fatores da personalidade envolvidos no desrespeito às normas da conduta geradora do fato típico culposo. (in DOSIMETRIA DA PENA, AJURIS, 54/135)”. Disponível em: <[www.geocities.com/~nelsonferraz/refer14.html](http://www.geocities.com/~nelsonferraz/refer14.html)>. Acesso em: 27 out. 2009.



vamento da pena ou do regime prisional, sob pena de desrespeito ao princípio da individualização da reprimenda. A simples referência ao *caput* do art. 59 do CP ou genericamente aos critérios nele previstos não satisfaz a exigência de fundamentação da decisão e nem da individualização da reprimenda. A fundamentação válida que remanesce é insuficiente para agravar o regime prisional. HC concedido e deferido para estabelecer o regime prisional semi-aberto estabelecido na sentença de 1º grau. Extensão de efeitos da decisão ao co-réu. (CPP, art. 580). (STF – HC 77.100-0 - SP – 2ª T. - Rel. Min. Mauricio Correa – DJ 11.09.1998).

**STJ:** EMENTA: I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387, do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ). II - *In casu*, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base em 19 (dezenove) anos de reclusão. Ordem concedida. (HC nº. 45.849/PE Rel.: Min. Felix Fischer. STJ/DJU de 27/03/06, pág. 308).

**STJ:** PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO – ART. 59 do CP - A individualização da pena é exigência do Código Penal, com assento na Constituição da República. Cumpre ao magistrado ponderar os requisitos mínimos do art. 59 do Código Penal. Em seguida, a pena-base, considerará circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, causa de aumento ou diminuição. A sentença será fundamentada,

exigindo-se, como tal, explicação dos fatos, de modo que se reconheça como foram ponderados. (FC n. 0895 – MG, 6ª T. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 1º. 04.1991, p. 3427).

Importante ressaltar que a falta de motivação não poderá ser suprida quando se entender que há na sentença motivação implícita, ou seja, são vedadas motivações vagas e imprecisas. Os caminhos percorridos na fundamentação constitucional devem ser todos às claras. O provimento judicial deve ser preciso sobre todas as questões vinculadas, dando-se as razões das premissas e das conclusões para se impedir que eventuais intenções sub-reptícias possam provocar desvios de finalidade na prestação jurisdicional (BIZZOTO, 2003, p. 271). Para Tucci (1993, p. 273-274), “é aquela em que a fundamentação do julgado carece de um raciocínio lógico e direto, reclamando, para a sua compreensão, a análise conjunta de argumentos principais e subsidiários”.

Fica evidente que não basta o juiz fazer menção ao multicitado artigo 59 quando da prolação da sentença condenatória, pois imprescindível que a dosimetria da pena-base acima do mínimo legal seja criteriosamente fundamentada. Destarte, cada uma das circunstâncias lá contidas devem ser expressamente descritas, de modo que fiquem absolutamente claros para o réu os fundamentos dos quais se valeu o magistrado para majorar a sua pena-base, possibilitando o exercício do direito de recorrer à instância superior.

Dessa forma, “reputa-se ilegal a sentença na parte em que fixa o *quantum* da pena-base sem apreciação detida das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Não obstante reconhecer-se que há certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, tem-se como indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal”. (STJ: RHC 18098/RJ, 5ª. Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17/10/2005).

A dosagem da pena suficiente e necessária é mérito (aplicação do direito material motivado). Na fixação da pena-base, cada circunstância deve ser valorada com amparo em dados concretos, subtraídos do acervo probatório, produzido na instrução. Com efeito, podem ser constatados *error in procedendo* ou *error in iudicando*.

O *error in procedendo* ocorre por ausência ou deficiência de motivação; *error in iudicando*, pela imposição de pena com base em circunstância inexistente ou ainda por imputação de pena exacerbada (injusta), pela inobservância da diretriz: necessidade e suficiência. A importância na definição da espécie de erro está no plano da validade e da eficácia. Se for erro essencial de atividade, acarreta ao ato a sanção de nulidade; por sua vez, se for erro essencial de julgamento, o ato pode ser revisto, reformado, não se lhe aplicando a sanção de nulidade, em nível recursal. Assim, somente os vícios de atividade na aplicação da pena podem levar à nulidade integral da sentença, mister por falta de fundamentação (JORGE, 2009, p. 3). Destaca-se, a propósito, a posição adotada por Gomes Filho (2001, p. 216-217):

[...] Tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado.

Sobre o tema, pode-se afirmar que a jurisprudência doméstica tem sido bastante criteriosa e exigente, estabelecendo como princípio a nulidade da sentença condenatória sempre que não seja observado o critério trifásico, ou não devidamente justificada a imposição de pena acima do mínimo legal, bem como a fixação de regime inicial mais grave quando existir outro mais favorável ao condenado. Nesse sentido:

(...) Não se prestam a justificar a majoração da pena-base as afirmações genéricas de “intensa culpabilidade” e que os motivos do crime “não se justificam”, se não demonstrada de forma concreta situação que sustente um acréscimo referente a tais circunstâncias judiciais. Deve ser anulada a sentença de primeiro grau, tão somente no tocante

à dosimetria da pena, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, para que uma nova sentença seja proferida de forma fundamentada (...). Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ-HC 48340- MG.T.5. Min. Gilson Dipp, em 2.5.2006).

Destarte, a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal não podem ser valoradas perfunctória e aleatoriamente, devendo, pois, ser motivada e fundamentada para que o condenado tenha plena ciência dos motivos que levaram o magistrado a tal decisão.

### **3 A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS: A SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O princípio da presunção de inocência foi positivado primeiramente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, fruto da Revolução Francesa, tendo repercutido em todo mundo e posteriormente reproduzido na Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em 1948. O Brasil concorreu com a sua presença e voto na Assembleia-Geral das Nações Unidas no ano de 1948, sendo aludido princípio consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, firmado em 1969, do qual o Brasil é signatário desde 1992, e somente positivado no ordenamento jurídico pátrio no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, de forma que houve uma lacuna para mais de vinte anos (GUIMARÃES, 2009, p. 348).

Tem razão Lopes Jr. (2005, p. 116) ao afirmar que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: ‘é pressuposto’ – para seguir Eros Grau –, neste momento histórico, da condição humana”.

O nó górdio da questão residia no ponto de conceituação interpretativa da vida pregressa/antecedentes criminais do acusado. Para Marques (1999, p. 100), os antecedentes seriam as condenações que o réu sofreu, as perseguições criminais contra ele intentadas e que se frus-

traram por ocorrência de algumas causas de extinção da punibilidade, ou processos criminais ainda não findos.

Jesus (1997, p. 546) caminhava no mesmo sentido:

Antecedentes são os fatos da vida pregressa do agente, sejam bons ou maus, p. ex: condenações penais anteriores, absolvições penais anteriores, inquéritos arquivados, inquéritos ou ações penais trancados por causas extintivas da punibilidade, ações penais em andamento, passagem pelos juizados de menores, suspensão ou perda do pátrio poder, tutela, curatela, falência, condenação em separação judicial etc.

Das conceituações supra, verifica-se que os antecedentes não se limitavam a inquéritos ou ações penais em andamento, para considerar aqueles arquivados por uma causa de extinção da punibilidade, a passagem do agente pelo extinto juizado de menores e, pior, chegando ao ponto de atingir ações de natureza cível, como, por exemplo, condenação em ação de separação judicial.

Por longo tempo, o princípio do estado de inocência consagrado no texto constitucional há mais de vinte anos não era interpretado na sua essência. Esse posicionamento foi se flexibilizando a fim de atender à finalidade real de tal princípio, pois o paradigma de que essa circunstância judicial<sup>9</sup> não mais poderia ser valorada para aumentar a pena-base quando em trâmite inquéritos policiais ou ações penais foi paulatinamente quase que uniformizando, haja vista que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça firmaram tal posição.

**STF:** (...) O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado

---

<sup>9</sup> Para Costa (2011, p. 2), “circunstâncias judiciais são assim chamadas porque são quesitos que não têm definição legislatada, e valorada pelo magistrado, servem para guiar a atividade do judiciário na fixação da primeira etapa da dosimetria da pena”.

na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação de pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado”. (STF – 2ª Turma, HC 79966/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, j. 13.06.2000; in DJU de 29.08.2003).

**STJ:** (...) 1- As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder. 2 – Inquéritos policiais e ações penais em andamento, má conduta social, nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo de pena definitivo. 3 – (...). 4 – (...). (STJ, HC 81866/DF, Quinta Turma. Relatora Ministra Jane Silva, julgamento em 25 de setembro de 2007, publicado no DJ de 15 de outubro de 2007).

A doutrina também se preocupou em se adequar aos regramentos constitucionais. Busato (2009, p. 8), já aduzia que:

Ocorre que nossa legislação determina, no art. 59 do Código Penal que, ao lado de outros elementos de destacada importância, como a culpabilidade, os registros antecedentes, por si só, possam influenciar na pena-base. O absurdo é tal que uma proposição sistematicamente seletivizante, gerada pelo próprio mecanismo incriminador, acabe gerando castigo individual para o sujeito, como se ele próprio fosse o único responsável por sua – antecedentes – origem. [...] Hoje começa a encontrar ainda e indefinida acolhida jurisprudencial, de que não pode influir negativamente na pena

do sujeito, a título de antecedentes criminais, um registro criminal que não implique em sentença transitada em julgado. A razão para tanto é óbvia e decorre de análise criminológica relacionada à criminalização pelo estereótipo. É sabido que a atuação do subsistema policial e mesmo do subsistema judicial é movida por um padrão discriminatório voltado unicamente ao perfil do autor.

A questão foi pacificada em definitivo no mês de maio de 2010 com a edição da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que possui o seguinte teor: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

A referida súmula deu nova interpretação do que vem a ser *antecedentes criminais* quando de sua valoração na dosimetria da pena-base, dando eficácia plena ao princípio da situação jurídica de inocência ou presunção de inocência<sup>10</sup> previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal acusatória”, bem como se adequando à individualização jurisdicional da pena<sup>11</sup>, cujo entendimento sumular vem sendo acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme recentíssima decisão da primeira turma:

(...) Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, em razão do decurso do prazo de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores caracteriza maus antecedentes e demonstrada a sua reprovada conduta social, o que permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal, II – Recurso

---

<sup>10</sup> Segundo Nikitenko (2010, p. 1), o princípio da presunção de inocência está relacionado a quatro situações fundamentais: 1) referente à regra probatória; 2) referente ao momento da valoração probatória; 3) referente à imposição de qualquer espécie de prisão cautelar ao acusado ou investigado; 4) referente ao paradigma de tratamento do acusado durante o inquérito policial e o transcorrer do processo.

<sup>11</sup> Sabe-se que a edição de uma súmula somente depois de reiteradas decisões acerca de determinada matéria discutida em determinado tribunal, não possuindo natureza vinculativa, mas de orientação dominante aos operadores do direito.

Ordinário de Habeas Corpus desprovido. (RHC 106814/MS. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgado em 8 de fevereiro de 2011. 1ª Turma. Publicado em 24 de fevereiro de 2011).

A partir de então passou-se a admitir que o que configura *maus antecedentes* é a existência de condenação transitada em julgado, anterior ao fato, desde que tenham transcorrido mais de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o fato novo, limitados ao início da imputabilidade do agente. A incidência da prescrição da pretensão punitiva afasta o reconhecimento dos maus antecedentes, mas a prescrição executória não afasta (SOARES, 2011, p. 1).

O entendimento de que o quesito dos *antecedentes criminais* não pode ser valorado para exacerbar a pena-base quando em trâmite inquéritos policiais e ações penais foi sumulado. A possibilidade de não valoração dos quesitos *personalidade* e *conduta social* para também majorar a pena-base ainda está em discussão jurisprudencial, motivo oportuno para se trazer à reflexão argumentos favoráveis a esta tese à busca de um entendimento uniforme.

#### **4 A PERSONALIDADE DO AGENTE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DIREITO PENAL DE AUTOR. POSSIBILIDADE DE NÃO VALORIZAÇÃO**

*A análise da personalidade durante a fixação da pena-base é inconstitucional, uma verdadeira afronta ao Direito Penal enquanto promovedor do Estado Democrático de Direito. A personalidade do agente, requisito subjetivo dá ensejo em sua análise à punição exagerada e injusta, vez que pela escassez de elementos trazidos ao processo e por necessitar de conhecimento específico de psicologia, psiquiatria e antropologia sua análise acaba se fundamentando em requisitos já valorados. Tal análise lesa não só a dignidade humana, mas o próprio ordenamento jurídico.*  
**Ionnara Vieira Araújo e Nivaldo dos Santos.**



O art. 59 do Código Penal elenca vários quesitos para que o magistrado, de acordo com a sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa aferi-los a fim de majorar ou diminuir a pena-base. O quesito da personalidade, em face do elevado grau de subjetividade do julgador<sup>12</sup>, pode resultar em injustiça quando dosado para mais, considerando não ter conhecimento técnico na área da psiquiatria e da psicologia, jungida à assertiva de que o comportamento do agente não faz parte do tipo penal infringido, comprometendo o direito de liberdade de ser e de agir da forma que o indivíduo entender conveniente, excetuando as condutas tipificadas como crime, razão por que se afigura possível desconsiderá-la quando da fixação da pena-base.

Partindo dessa proposta central, pergunta-se: Poderá o magistrado deixar de avaliar a personalidade do agente com vistas a não majorar a pena-base? A resposta é seguramente positiva por duas razões básicas:

A *primeira*: Tanto os conceitos jurídicos quanto os dispostos pelos profissionais da área de saúde mental não apresentam uniformidade, tamanha a complexidade de lidar com a mente humana. No que concerne à avaliação científica da personalidade, é de domínio público que somente pessoas habilitadas tecnicamente são capazes de desenvolver um estudo apropriado, daí decorre o elevado grau de decisões equivocadas quando referida circunstância é valorada em prejuízo ao agente.

O psicólogo Henry Lindgren (apud BOEIRA, 2001, p. 2) tocando na raiz da questão, afirma que:

A personalidade, como a concebem os psicólogos é muito mais ampla e profunda do que o conceito popular. Ela inclui outras qualidades, como o caráter – os valores que determinam a maneira característica pela qual um indivíduo se comporta em questões cruciais – e o temperamento – os padrões emocionais básicos, e talvez geneticamente

---

<sup>12</sup> Infere-se que a graduação da pena está diretamente ligada à subjetividade do julgador. Assim, “se o acusado revelar personalidade de acentuada indiferença afetiva, de analgesia moral, haverá exacerbação da reprimenda imposta. Se não revelar traços de agressividade, mostrando tratar-se de meliante que visa ao lucro sem ostentar brutalidade, ser-lhe-á concedido um tratamento mais benigno”. (COSTA JÚNIOR, 1999, p. 163).

determinados, característicos de um indivíduo. A personalidade no sentido psicológico, não pode ser mudada por algumas semanas passadas na escola de beleza ou mesmo num curso de desenvolvimento de liderança. Ela pode ser mudada ao longo do tempo, sob o impacto de circunstâncias modificadoras ou sob psicoterapia prolongada, mas essas mudanças raramente são, se o forem, atingidas facilmente, porém o básico da personalidade raramente é drasticamente alterado, embora importantes modificações possam ocorrer nas atitudes do indivíduo em relação à vida e no comportamento interpessoal.

A complexidade da matéria é arrematada pelo psicólogo Flávio Fortes D'Andrea (apud BOEIRA, 2011, p. 2):

A personalidade é temporal, pertence a uma pessoa que nasce, vive e morre. Nesse período, não pode ser considerada apenas a soma das funções vitais, mas uma integração dinâmica cuja resultante se expressa pelo comportamento individual frente a estímulos de variada natureza. Dessa forma, a personalidade existe em função de um meio no qual procura adaptar-se e, pertencendo a um ser vivo, tem que sofrer um processo de desenvolvimento.

Ballone (apud CRISTINO; CASTRO, 2001, p. 5) acrescenta que os seres humanos não podem ser considerados resultado exclusivo do meio, tampouco um aglomerado de genes. Também os seres humanos não podem ser sintetizados, uma vez que apesar da igualdade ontológica (essência) possuem funcionalidades diversas. Acrescenta que:

A personalidade é a organização dinâmica dos traços no interior do eu, formados a partir de genes particulares que herdamos das existências singulares que suportamos e das percepções individuais que temos do mundo, capazes de tornar cada indi-

víduo único em sua maneira de ser e desempenhar seu papel social.

No campo jurídico, Nucci (2008, p. 265) adverte que a personalidade do agente é definida pelos livros de processo penal levando em conta apenas aspectos intrínsecos. Para Bitencourt (2003, p. 555), o julgador deverá levar em consideração a má ou boa índole, a maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter, de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu. Para Mirabete (2001, p. 293), “quanto à personalidade, registram-se qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como a sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento”.

Tem razão Boshi (2004, p. 207) ao aduzir que:

A personalidade supera as mais singelas avaliações que as pessoas fazem uma das outras. Trata-se de algo dinâmico, que nasce com o indivíduo e se modifica com ele, mesmo que fosse possível um diagnóstico conclusivo sobre o assunto, não seria legítima a consideração da personalidade do acusado como fator de exacerbação da sanção, pois representaria uma punição ao seu modo de ser, concebendo a intervenção estatal com o fim de alterar a personalidade do criminoso uma de suas funções.

Zaffaroni (apud BRUNONI, 2009, p. 6), tecendo críticas sobre o assunto, aduz que a personalidade do homem íntegro não só com caracteres adquiridos mediante vivência e condutas anteriores, mas também elementos herdados, ou seja, com elementos que proveem de uma carga genética recebida. Assim sendo, a aplicação da circunstância judicial da personalidade na dosimetria da pena implicaria uma reprovação daquilo que herdamos geneticamente.

A personalidade, dessarte, deve ser estudada por quem tem competência científica, ou seja, psicólogos, psiquiatras (psiquiatria forense), psicanalistas e outros profissionais especializados na área. Ressalta-se que até entre eles há divergência de posições, em face da

dificuldade de definir a personalidade do ser humano. Comunga-se com a crítica de Carvalho (2001, p. 48) ao afirmar que a decisão judicial que aprecia esse requisito padece de profunda anemia significativa, posto que despida de controle técnico, ferindo o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade. Acrescenta o jurista que “a indefinição da motivação sobre a circunstância da personalidade cria verdadeira impossibilidade de refutação, bem como de comprovação, devendo acarretar, na maioria dos casos, nulidade do ato por falta de fundamentação”.

Além de o magistrado não ter conhecimento técnico, faz ele uma valoração da personalidade baseado apenas em 01 (um) contato verbal com o imputado na fase de interrogatório, sem qualquer amparo em laudo pericial, eis que o Código de Processo Penal não exige, cedoço que a confecção de laudo técnico nessa difícil área de conhecimento demanda muito tempo de avaliação do paciente. Trata-se de um trabalho complexo que se estende por etapas. Nesse sentido, extraem-se excertos do posicionamento de Carvalho (2001, p. 49-50):

A propósito, o mais tradicional compêndio de psiquiatria demonstra que, para a avaliação de personalidade, o técnico [...] deve, no mínimo, realizar algumas etapas. Realizada a primeira fase da testagem psicológica de inteligência e personalidade, a psiquiatra ainda não está habilitada a produzir diagnóstico da personalidade do indivíduo, requerendo, ainda, realizar *Entrevista Psiquiátrica*, entre outros dados, será colhida a *História Psiquiátrica* do paciente e será feito o *Exame do Estado Mental (EEM)*. Não obstante percurso já traçado, outros testes ainda podem ser necessários para definir os traços da personalidade do agente que são os *Estudos Diagnósticos*. Tais testes compreendem exame neurológico, tomografia computadorizada, entrevistas diagnósticas psiquiátricas adicionais, entrevistas com familiares etc. Apenas nesse momento o profissional (psiquiatra) poderá estar capacitado a fornecer um diagnóstico sobre a personalidade do paciente.

Na mesma linha garantista extrai-se do voto do Desembargador-Relator, Hamilton Bueno de Carvalho, nos autos da Apelação Criminal nº. 70005127295, julgado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Mas a alegação de “personalidade distorcida, com perfil psicológico apropriado aos delitos praticados” é retórica, juízes não tem habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir diagnósticos” desta natureza.

*A segunda:* A personalidade do agente não poderá ser avaliada na dosimetria da pena por não fazer parte integrante do delito, pois o que está em julgamento é o fato ilícito praticado e não a forma de ser e de agir do agente. Vale dizer que o Direito Penal não pode punir o agente delituoso por conduta exterior ao crime, sendo um grave equívoco o emprego de frases vagas, fabricadas, prontas e acabadas, do tipo “a personalidade do agente é voltada para o crime”, “o agente tem personalidade desviante”, “o agente tem personalidade distorcida”, ou expressões similares como forma de exceder a pena-base quando de sua dosimetria, denotando presente o resquício do sistema inquisitório<sup>13</sup> e a presença do famigerado Direito Penal de autor, pois o ser, o âmago e a essência da pessoa não podem ser modelados pelo magistrado como forma de punição.

No mesmo sentido, extraem-se das lições de Bosch (2004, p. 45), para quem:

---

<sup>13</sup> A simples leitura da exposição de motivos da parte geral do Código Penal vigente é suficiente para demonstrar que a legislação brasileira permanece submetida à proteção social, colocando o indivíduo no segundo plano. A norma declinada insiste na ideia de tratamento-padrão, esquecendo que o criminoso é um ser sócio-individualizado que não pode ser submetido a ações punitivas descomprometidas com a sua personalidade e preocupadas apenas com a ideia de ajuste do condenado aos valores dominantes”. (BOEIRA, 2009, p. 2).

Da leitura das sentenças e dos acórdãos, fácil é a percepção de que os membros do Poder Judiciário, em cumprimento à dicção do art. 59 do CP, limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, afirmações que nada dizem tecnicamente, salvo em nível de temperamento ou de caráter.

O Direito Penal de autor parte do pressuposto de que a aplicação da sanção radica da personalidade do agente (periculosidade) e não dos fatos em si. Nessa concepção, aduz Brunoni (2010, p. 3) que o Direito Penal não castiga o ato, que em si mesmo não expressa valor significativo que merece, mas sim a atitude interna jurídica corrompida do agente. Aduz, ainda, trazendo à baila os ensinamentos de Zaffaroni, que “o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”.

Entende-se somente ser legítimo o Direito Penal Constitucional no qual o agente será julgado pelo que ele fez e não pelo que ele é, presente o Direito Penal de fato. Para Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 107), “um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação”. Carvalho (2001, p. 7) arremata dizendo ser impossível o Estado criminalizar ou penalizar a esfera do pensamento, devendo limitar-se ao tratamento das condutas danosas, sob pena de desvio.

Nessa alheta, a culpabilidade<sup>14</sup> é sempre referida a um fato determinado, respeitando-se a autonomia de vontade do autor. No Direito

---

<sup>14</sup> Busato (2009, p. 4), discorrendo sobre o assunto da culpabilidade, aduz que este princípio tem por finalidade, também, restringir a possibilidade de derivar para um Direito Penal de autor. É que a culpabilidade é de cada sujeito, porém, sempre é referida a um fato, de modo que ninguém pode ser culpado pelo que ele é, mas somente pelo que fez. Para Costa (2010, p. 4), o princípio da culpabilidade goza de *status* constitucional, cuja principal implicação é a de justamente recepcionar a culpabilidade com esteio no Direito Penal do fato.

Penal do fato, a culpabilidade constitui um juízo sobre a relação do autor com o fato concretamente realizado, não constituindo-se em função da forma de conduzir sua vida, sua personalidade ou em função dos perigos que no futuro lhe esperam. Vale dizer que esse princípio emerge do Direito Penal de ato<sup>15</sup> e não do autor do delito, posto que presente a máxima de que ninguém é culpado de forma geral, mas, sim, de um determinado fato ilícito, de forma que a personalidade não pode ser valorada em prejuízo ao agente quando da dosimetria da pena-base.

De acordo com Roxin, um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado de Direito liberal se inclinará sempre em direção a um Direito Penal do fato. E quando o Estado de Direito comete a ousadia de pretender reger seus súditos pelo que são, assume feição teocrática. Com isso, logra construir uma conexão punitiva desde o delito em forma de periculosidade espiritualizada: substitui o estado perigoso pelo estado de pecado penal (COSTA, 2010, p. 4).

No mesmo diapasão, Tavares (1980, p. 79) sustenta que o Direito Penal é indiferente à formação da personalidade com o escopo de caracterizar a conduta do agente, pois a culpabilidade deve basear-se no fato antijurídico atribuído ao autor, onde assume relevância o critério regulador da exigibilidade (fundamento objetivo) de uma conduta adequada à norma.

Brunoni (2010, p. 3), com muita propriedade, aduz que a aplicação do requisito personalidade na dosimetria da pena resulta em re-

---

<sup>15</sup> O Direito Penal de ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) a qual se lhe pode reprovar e, portanto, retribuir-lhe o mal na medida da culpabilidade (da autonomia de vontade com que atuou). (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 51). Para Capez e Bonfim (2004, p. 531), a culpabilidade do autor é uma corrente doutrinária que sustenta ser relevante aferir a culpabilidade do autor e não do fato, investigando o agente-do-fato e não o fato-do-agente, deslocando-se, assim, o centro de gravidade do Direito Penal do plano objetivo do ataque ao bem jurídico ao plano subjetivo da vontade do agente. A culpabilidade do fato, ao contrário, sustenta que a censura deva recair sobre o fato praticado pelo agente, ou seja, a reprovação se estabelece em função da gravidade do crime praticado, de acordo com a exteriorização da vontade humana, por meio de uma ação ou omissão: investiga-se o fato-do-agente e não o agente-do-fato. O Direito Penal de ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) a qual se lhe pode reprovar e, portanto, retribuir-lhe o mal na medida da culpabilidade (da autonomia de vontade com que atuou).

primenda maior àquele que tem maior problema de socialização, transformando o Direito Penal em uma espécie de terapêutica psicológica ou psiquiátrica. Acrescenta que:

Resulta criticável, pois, a assertiva de que para delinquentes com graves perturbações de personalidade está mais indicada uma pena de vários anos e para delinquentes sem graves problemas de socialização o recomendado é o patamar menor. Isso significa em fixar a pena em função de um *actio inmora in causa*, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos, correndo-se o risco de se acabar com o conceito tradicional de culpabilidade penal e transformar-se o direito penal em uma espécie de terapêutica psicológica ou psiquiátrica.

Destarte, diante da dificuldade de compreensão do que vem a ser personalidade, notadamente pela falta de habilitação técnica do julgador, e considerando que a esfera íntima do agente não pode ser aferida no julgamento, sob pena de violar o princípio da culpabilidade, afigura-se que essa circunstância judicial poderá ser desconsiderada quando da dosimetria da pena-base, especialmente quando direcionada para majorá-la.

## 5 A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CONDUTA SOCIAL. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

*A culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva e estender a culpabilidade em função de uma actio in mora in causa, meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo. Poucos conceitos podem ser mais destrutíveis para uma sã concepção do direito penal. Eugenio Raúl Zaffaroni.*

Os argumentos acima expostos servem para o quesito da conduta social no que tange a sua não avaliação quando da dosimetria da



pena-base a fim de exacerbá-la. O complemento que se escolheu para enfocar reside na assertiva de que referida circunstância judicial está relacionada à seletividade do sistema penal que desemboca na violação do princípio da igualdade, tamanha a diferença de tratamento por questões geográficas de moradias e extratos sociais.

Para Nucci (2008, p. 397), a conduta social “é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança”.

No mesmo sentido, Greco (2007, p. 564):

Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procura-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ter ou não influenciado no cometimento da infração penal.

Para Colle (2011, p. 1), a conduta social do apenado pode ser auferida através da análise de três fatores que fazem parte da vida de qualquer cidadão: família, trabalho e religião. Acrescenta que em tais campos analisa-se o modo de agir do agente nas suas ocupações, sua cordialidade ou agressividade, egocentrismo ou prestatividade, rapidez ou finura de trato, seu estilo de vida honesto ou reprovável.

Bitencourt (2003, p. 10) coloca com maestria a dificuldade de valoração dessa circunstância judicial:

Conduta social - Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral.

Nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu.

Inferese que todas as acepções passam necessariamente pelo percurso da vida pessoal do agente, saindo da esfera do Direito Penal para censurar o modo de vida do agente, presente o Direito Penal de autor.

Ademais, afigura-se que a avaliação da conduta social do agente por parte do magistrado limita-se às perguntas formuladas no interrogatório e nos depoimentos das testemunhas de defesa. E, para justificar o aumento da pena-base, utiliza de frases vagas e imprecisas do tipo: “tendência do réu ao ócio”, “desprezo para com seus familiares”, “frequenta locais inapropriados”, “não goza de prestígio perante a comunidade” etc.

Vale vincar que essa circunstância, a pano de fundo, está ligada aos estereótipos que atingem as classes sociais menos favorecidas. Dessa forma, o meio social é levado em consideração para tal aumento: aquele que reside em bairro periférico, geralmente de baixa oportunidade social e alta taxa de delinquência, tende a ter a sua pena-base diferenciada daquele que reside em bairro nobre, o que comprova que o sistema penal é efetivamente seletivo e desigual.

O sistema penal a que se faz alusão é aquele que atua como forma de disciplinar os diferentes, de delimitar espaços sociais, certificando-se que cada indivíduo permaneça no seu lugar. Havendo qualquer desrespeito às normas instituídas, age repressiva e violentamente para manter a situação vigente. De outra banda, os submissos ao exercício do poder sistêmico repressivo não desenvolvem o senso crítico e nem exercem suas atividades conscientemente, permanecendo dóceis, domesticados, tornando-se, via de consequência, úteis economicamente (VASCONCELOS, 2007, p. 1).

Para Andrade (2003, p. 51), a seletividade do sistema penal se deve à especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, pois impunidade e criminalização são orientadas pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu *status* social, e não pela incriminação igualitária de condutas objetiva e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a Dogmática Penal.

A desigualdade de tratamento entre os extratos sociais é também observada por Barros (2001, p. 3):

Desse modo, não é ilação afirmar que por trás do quesito conduta social do agente também há estereótipos que atingem determinadas classes sociais e não outras. Ou seja, há uma tendência em se conceber certos sujeitos como delinquentes, em função, por exemplo, do meio social em que vivem. Habitar um bairro pobre da periferia pode resultar, assim, muitas vezes, num padrão de conduta social que diverge daquele entendido como adequado para os sujeitos economicamente mais favorecidos, dentre os quais, em geral, se inclui o magistrado.

Importante ressaltar o posicionamento de Ricardo Ramalho (apud THOMPSON, 1983, p. 72):

O delinquente é identificado pelo fato de ser favelado antes de sê-lo pelo ato que é acusado. Na favela habita boa parte da população pobre dos grandes centros urbanos e que de forma alguma é composta por delinquentes. Não se pode negar que a maior parte dos presos procede de periferias, favelas, bairros pobres, mas a sutileza da argumentação está no fato de que isso não significa que haja uma relação necessária e natural entre ser favelado e ser delinquente: a relação é social. Na sua grande maioria, os moradores da favela não são delinquentes, mas são tratados enquanto tais pela polícia e pela justiça.

Na mesma linha crítica garantista, extrai-se das lições de Baratta (2002, p. 177), ao afirmar que “o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, acaba por desfavorecer os indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população”.

Felizmente, a tendência jurisprudencial vem crescendo no sentido de que as circunstâncias judiciais acima estudadas podem ser desprezadas quando direcionadas para exacerbar a pena-base, podendo ser valorada somente para beneficiar o acusado, como bem explorado pela

4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Cita-se, ainda, o voto do Desembargador Sylvio Baptista, na apelação criminal nº. 70000907659, j. 10.06.2000, *verbis*:

As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59, do CP, só podem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a conduta (*lato sensu*) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais) elas não podem ser utilizadas para aumentar a pena, prejudicando-o.

O Superior Tribunal de Justiça em recentíssima decisão:

(...) 3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio, e não algo tencionado. 4. (...). (STJ, HC 120.154/MS. Rel. Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 16.12.2010, DJe 01.02.2011).

A conduta social, de igual forma, não faz parte integrante do delito, de forma que a sua valoração também vai de encontro aos princípios da individualização da pena e da igualdade.

Enfim, na medida em que é garantida a todos os cidadãos a liberdade individual, determinando que seus comportamentos só serão criminalizados quando expressamente tipificados, é inadmissível a

majoração da pena de um sujeito simplesmente pelo fato de que sua personalidade ou conduta social não se enquadram ao pensamento da maioria, exterminando, assim, o direito à diferença e ao princípio da segurança jurídica (VIANNA, 2008, p. 316).

## 6 CONCLUSÃO

O estudo da personalidade do ser humano é deveras complexo. A sua concepção na linguagem dos profissionais especializados não é uniforme, porém é certo que para a emissão de um diagnóstico conclusivo, o profissional habilitado deverá percorrer várias etapas, de modo que fica evidenciada a impossibilidade do julgador de avaliar – avaliação subjetiva – a personalidade do agente quando da dosimetria da pena-base, mormente para aumentá-la, por não possuir habilidade técnica e tempo suficiente para tanto, pois o único momento para tal percepção é o ato do interrogatório, de modo que essa circunstância judicial poderá ser desprezada, notadamente para atender ao princípio da individualização da pena consagrado constitucionalmente.

A possibilidade de afastamento dessa circunstância judicial consiste, ainda, na asserção de que o Direito Penal deve estar relacionado à conduta considerada ilícita e não ao comportamento do agente, pois defeso o julgamento da esfera íntima do indivíduo, sob pena de imperar o famigerado Direito Penal de autor.

Nessa senda, a jurisprudência doméstica está em evolução, pois já existem julgados que sustentam o afastamento desse critério da esfera jurídica ou a sua omissão justificada, de forma que se espera dos tribunais superiores edição de súmulas nesse sentido, a exemplo da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que proibiu a majoração da pena-base levando em consideração inquéritos policiais e ações penais em andamento, dando nova concepção do que vem a ser antecedentes criminais.

Os fundamentos expostos sobre a personalidade na esfera jurídica servem para a circunstância judicial da conduta social do agente, no sentido da possibilidade de ser desconsiderada como quesito de graduação da censura penal, atendendo ao princípio da individualização da pena, acrescido ao argumento de que o meio social não pode servir como motivo para majoração, sob pena de violar o princípio da igualdade.

A Ciência do Direito, particularmente o Direito Penal, que lida com um dos maiores bens do ser humano, que é a liberdade individual, não pode ser estática e tampouco apregoada a interpretações fechadas como se não fosse possível superar velhos dogmas. É preciso, pois, evoluir, interpretar esse ramo do direito à luz dos direitos e garantias elencados na Constituição Federal e nos tratados internacionais consagradores de regras afetas aos direitos humanos, lembrando que a interpretação que se deve fazer é da Lei Maior para as normas infra-constitucionais e não em vice-versa.

Para a concretude disso, imperioso que o ator jurídico, notadamente o magistrado, tenha uma visão constitucionalizada, adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Imperioso ser um lúcido juiz garante, libertado das amarras do dogmatismo conservador para, então, fazer valer a Justiça e o Direito.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima. Código da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Dogmática jurídica. Escorço de sua configuração e identidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

ARAÚJO, Ionnara Vieira; SANTOS, Nivaldo. **Personalidade do agente e estado democrático de direito**. Disponível em: <<http://www.sbpcnet.org.br>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

BARATTA, Alexandre. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Carmem Silva de. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 26, p. 291-295, abr./jun. 1999.

BARROS, Yvana Savedra de Andrade. **As circunstâncias judiciais na fixação da pena-base**. Disponível em: <<http://www.monografias.com>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização. **Ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BIZZOTTO, Alexandre. **Valores e princípios constitucionais**: exegese no sistema penal sob a égide do Estado democrático de direito. Goiânia, GO: Ed. AB, 2003.

BOEIRA, Gustavo Papke. **A personalidade do agente no cálculo da pena base**. Disponível em: <<http://www.oabcaxias.org.br>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOSHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BUSATO, Paulo César. **Antecedentes, reincidência e reabilitação à luz do princípio de culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio da não culpabilidade**. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 7 jun. 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COLLE, Juliana de Andrade. **Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena.** Disponível em: <<http://www.jusuol.com.br>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

COSTA, André de Abreu. **Comentários  súmula 444 do STJ:** sobre os antecedentes e a conduta social. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

COSTA, Flávio Ribeiro da. **Direito penal do autor e não do fato contradiz garantias.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias>>. Acesso em: 4 jun. 2010.

COSTA JÚNIOR. Paulo José. **Direito penal:** curso completo. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRISTINO, Fernanda da Rosa; CASTRO, Joelria Vey de. **Análise da personalidade do agente como circunstância judicial de individualização da pena do direito penal contemporâneo.** Disponível em: <<http://www.ufsm.br>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. **Teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Choukr, Juarez Cirino e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **O reconhecimento de direitos a homossexuais pelo Poder Judiciário  interpretação autorizada ou ativismo judicial?** Disponível em: <<http://www.tjsp.gov.br>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luís Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

GUIMARÃES, Justino da Silva. **Direito penal e processual penal garantista:** das ideias  concretização. São Luís: Ampem, 2009.



JORGE, Mário Helton. **Aplicação da pena: erros de atividade e de Julgamento e suas consequências.** Disponível em: <<http://www.amapar.com.br>>. Acesso em: 28 out. 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito processual pena e sua conformidade constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** Campinas, SP: Millennium, 1999. v. 3.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Gouglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral.** Bahia: Juspodivm, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NIKITENKO, Viviani Gianine. **Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça: uma vitória do garantismo penal.** Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOARES, Felício. **Sobre o acatamento dos maus antecedentes.** Disponível em: <<http://www.jus.uol.com>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

TAVARES, Juarez. **Teoria do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

THOMPSON, Augusto, **Quem são os criminosos**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 1993. Tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 273-274.

VASCONCELOS, Mercia Miranda. **Sistema penal seletivo**. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana. **A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação de pena**. Disponível em: <<http://www.tuliovianna.org>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **De-recho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

## APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE A LEI Nº 12.403/2011

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho\**

**Resumo:** O presente artigo tece breves comentários sobre algumas mudanças efetuadas pela Lei nº 12.403/2011, que alterou a disciplina da prisão e da liberdade provisória no Código de Processo Penal Brasileiro. Instituiu no processo penal medidas cautelares restritivas de liberdade diversas da prisão e procurou revitalizar a fiança.

**Palavras-chave:** Lei nº 12.403/2011. Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória. Comentários.

**Abstract:** This article presents brief comments on some changes made by Law nº 12.403/2011, which altered the discipline of prison and parole in the Brazilian Code of Criminal Procedure. In criminal proceedings instituted precautionary measures restrictive of freedom different from prison and sought to revitalize the bond.

**Keywords:** Law nº 12.403/2011. Prison, parole and precautionary measures. Comments.

### 1 INTRODUÇÃO

No dia 04 de julho de 2011 entrou em vigor a Lei nº 12.403/2011, que alterou a disciplina legal das prisões e da liberdade provisória no Código de Processo Penal Brasileiro. A já chamada de Lei do Descarceramento inseriu no ordenamento brasileiro inúmeras alternativas à prisão cautelar, evitando-se o cárcere antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

---

\* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela ESMP/MA. Pós-graduando em Ciências Criminais pela ESMP/MA. Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público – GNMP.

No entanto, não resta dúvidas que a novel legislação tem finalidades claras: evitar ao máximo a decretação de prisões preventivas e esvaziar as prisões. Se referidas finalidades atendem ao interesse da sociedade brasileira, só o tempo dirá.

O objetivo deste breve estudo é analisar de forma sucinta algumas das alterações mais relevantes introduzidas pela Lei do Descarceramento no Código de Processo Penal, pois muitas questões polêmicas decorrentes de sua aplicação ainda irão chegar aos Tribunais nacionais e só depois de algum tempo teremos posicionamento firme sobre tais questões.

Foram alterados os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Código de Processo Penal. Sobre alguns desses artigos teceremos breves comentários.

## **2 DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

*Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:*

*I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;*

*II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.*

Apesar da lei diferenciar prisão, medida cautelar e liberdade provisória, como se observa pelo próprio Título IX do CPP, todas são medidas cautelares em sentido amplo e servem para o acautelamento dos interesses da jurisdição criminal.

Assim, as exigências do artigo ora em comento devem ser observadas tanto para a decretação da prisão preventiva quanto para a decretação das medidas cautelares diversas da prisão.

Para a decretação de qualquer medida cautelar há de se observar: 1) a necessidade da medida; 2) a adequação da medida.

A medida cautelar será necessária quando imprescindível para: garantir a aplicação da lei penal, para a eficácia da investigação ou da instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.

Por outro lado, será adequada quando a aplicação das medidas seja proporcional à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado, sendo certo que as medidas cautelares diversas da prisão têm preferência na aplicação, deixando a prisão preventiva para os casos de maior gravidade, passando a ser medida excepcionalíssima.

Na lição de Bonfim (2011, p. 108):

Conforme se depreende da análise dos pressupostos, as medidas pautar-se-ão pelo binômio necessidade/adequação, uma vez que devem ser suficientes para evitar a prática de infrações penais e, ao mesmo tempo, assegurar a aplicação da lei penal, bem como ser adequadas à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, evitando-se a imposição de medidas desproporcionais.

Na realidade, as medidas cautelares só serão aplicadas quando forem necessárias ao acautelamento da jurisdição penal. Caso contrário, nenhuma medida restritiva será imposta ao indiciado ou acusado.

A regra é a liberdade. A exceção é a imposição das medidas cautelares restritivas de liberdade diversas da prisão. A exceção da exceção é a prisão preventiva.

Mais uma vez trazemos a lição de Bonfim (2011, p. 109):

Trata-se de medidas excepcionais, vez que não devem ser decretadas sem efetiva necessidade e adequação exigíveis caso a caso. Assim, não oferecendo o acusado qualquer risco à instrução processual ou não demonstrando intenção de reincidir em práticas delitivas, a medida não deve ser decretada.

Como a lei não previu prazo certo de duração das medidas cautelares estas devem perdurar enquanto durar o processo e houver necessidade e adequação das medidas.

*Art. 282, § 1º: As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.*

Preenchidos os requisitos da “cabeça” do artigo 282, havendo comprovada necessidade de acautelamento da jurisdição penal, as medidas cautelares podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, sendo que referido parágrafo cuida das medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

*Art. 282, § 2º: As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.*

As medidas cautelares podem ser decretadas tanto na fase de investigação quanto no curso do processo penal.

As medidas cautelares diversas da prisão são autônomas e podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante, assim como podem substituir a prisão em flagrante.

A prisão preventiva pode ser decretada tanto na fase de investigação quanto no curso do processo penal, independentemente de prévia imposição de alguma medida cautelar, bastando que estas sejam inadequadas ao caso.

Por serem as medidas cautelares imposições restritivas de liberdade, entendemos que para não se ferir o sistema acusatório (onde ao magistrado cabe julgar, dirimir conflitos e preservar os direitos fundamentais), o juiz, antes de decretar as medidas cautelares, quaisquer que sejam elas, deve ouvir o titular da ação penal. Não sendo adequado, portanto, a decretação de ofício de qualquer medida cautelar.

Por outro lado, tendo a Constituição Federal atribuído ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública e sendo ele o destinatário das investigações criminais, a representação da autoridade policial pela decretação de qualquer medida cautelar deve necessariamente ser encaminhada ao Ministério Público para análise, não podendo o magistrado decretar tais medidas apenas com a representação da autoridade policial, sem a oitiva do Órgão Ministerial.

Apesar de não haver referência expressa, parece ser irrecusável a possibilidade de a vítima, nos casos de ação penal privada, ter legitimidade para requerer a decretação de medidas cautelares na fase de investigação criminal.

*Art. 282, § 3º: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar,*

*determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.*

O parágrafo prevê o contraditório prévio à decretação das medidas cautelares, sendo claro que se a medida correr risco de ser inviabilizada há de se tornar o contraditório diferido, sob pena de ineficácia de qualquer medida cautelar (principalmente da prisão preventiva).

Ressalte-se que houve omissão do legislador já que não fixou prazo para a manifestação sobre o requerimento de medida cautelar.

*Art. 282, § 4º: No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.*

Pelos mesmos motivos mencionados no comentário ao parágrafo segundo deste artigo temos que é inadequado o magistrado substituir, impor outra medida ou decretar a prisão preventiva de ofício, devendo sempre haver requerimento neste sentido, seja do Ministério Público, seja do assistente da acusação ou do querelante.

O parágrafo ora comentado procura dar efetividade das medidas cautelares inicialmente decretadas. Descumpridas aquelas, o magistrado pode substituir por outras mais gravosas ou manter a originalmente decretada e cumulá-la com outras, bem como, em último caso, decretar a prisão preventiva.

No caso de decretação da prisão preventiva é necessário verificar a existência dos requisitos do art. 312 do CPP. Entretanto, não há exigência dos requisitos do art. 313 do CPP, sob pena de, por exemplo, inviabilizar a prisão preventiva da maior parte dos crimes ligados a violência doméstica e familiar (p. ex. ameaça, lesão corporal etc.)

*Art. 282, § 5º: O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.*

Em resumo: se os motivos que justificaram a decretação da medida cautelar desaparecerem, deve a mesma ser revogada ou substituída. Caso novos motivos apareçam, poderão novamente ser decretadas as medidas cautelares.

A prisão preventiva também poderá ser substituída por uma medida cautelar menos gravosa quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetivação do processo.

*Art. 282, § 6º: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).*

O disposto neste parágrafo deixa claro a excepcionalidade da prisão preventiva e a preferência pelas demais medidas cautelares. Somente quando estas não forem cabíveis ou forem ineficientes, a preventiva será decretada.

A prisão preventiva pode ser decretada caso as medidas cautelares não sejam suficientes para garantir a efetividade do processo criminal (art. 310, II, última parte, CPP).

*Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.*

O artigo segue o mandamento constitucional (art. 5º, LXI, CF), prevendo as seguintes hipóteses de prisão:

- decorrente de sentença condenatória transitada em julgado (prisão definitiva);
- prisão preventiva (cautelar);
- prisão temporária (cautelar);
- prisão em flagrante (como veremos, passou a ter natureza pré-cautelar).

Por força deste artigo, deverá haver questionamento sobre a possibilidade de execução provisória da pena.

*Art. 283, § 1º: As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.*

As medidas cautelares devem ser necessárias e adequadas (art. 282 do CPP), não havendo cominação de pena privativa de liberdade para determinado crime, inadequada é a decretação de medidas cautelares restritivas de liberdade para o acusado desse crime.

Também por força da inadequação e da desnecessidade, temos por inviável a decretação de qualquer medida cautelar restritiva de liberdade para os acusados de crimes passíveis de transação penal e suspensão condicional do processo, posto que os meios seriam mais gravosos que o próprio fim do processo.



*Art. 283, § 2º: A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.*

A norma traz apenas o óbvio: pode-se prender em qualquer dia e hora, respeitada a inviolabilidade de domicílio prevista na Constituição Federal (art. 5º, XI).

*Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.*

*Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.*

A “cabeça” deste artigo apenas repete norma já existente no art. 84 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e descumprida reiteradamente pela falta de estrutura das delegacias e penitenciárias brasileiras e devido à grande quantidade de presos em tais estabelecimentos.

Já o parágrafo único é cumprido religiosamente.

*Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.*

*§ 1º. Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome do seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.*

*§ 2º. No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.*

O artigo segue o mandamento do art. 5º, LXII, da Constituição Federal, bem como as legislações pertinentes ao Ministério Público (art. 10 da LC nº 75/93 e art. 80 da Lei nº 8.625/93).

Apesar de não haver menção ao Ministério Público no parágrafo primeiro, parece claro que ao órgão também deverá ser encaminhada cópia integral do auto de prisão em flagrante, posto que um simples ofício de comunicação de prisão, por exemplo (“cabeça” do artigo), não permitiria ao órgão fiscal da execução da lei, e que exerce o controle externo da atividade policial, averiguar a legalidade da prisão em fla-

grante, sendo certo que a Lei Complementar nº 75/93, em seu artigo 10, prevê exatamente o envio de documentos comprobatórios da legalidade da prisão, sendo tal legislação aplicável a todo o Ministério Público (art. 80 da Lei nº 8.625/93).

A falta de Defensoria Pública instalada na maioria dos municípios torna difícil a obediência do primeiro parágrafo deste artigo, devendo a autoridade policial, em caso de inexistência do órgão no município, remeter cópia do auto de flagrante para o Defensor Público-Geral.

As autoridades policiais cumprem normalmente o previsto no parágrafo segundo.

*Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:*

*I – relaxar a prisão ilegal; ou*

*II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou*

*III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.*

*Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.*

O artigo disciplina a conduta do magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante. Deverá o juiz, obrigatoriamente, tomar uma das providências descritas no artigo no prazo máximo de 48 horas (24h do recebimento do auto de flagrante + 24h para decisão).

Vejamos cada uma delas, suas implicações e novidades.

*Inciso I: o relaxamento da prisão*

Inicialmente o juiz deverá verificar a legalidade da prisão em flagrante (inciso I), conforme determina a própria Constituição Federal (art. 5º, incisos LXII e LXV).

Se verificar a ilegalidade da prisão, deverá relaxá-la. Nesse caso não se trata de hipótese de liberdade provisória, mas de relaxamento da prisão ilegal não se impondo qualquer medida cautelar ao liberado.

Por força de mandamento constitucional que impõe a imediatidade (art. 5º, LXV) o magistrado decidirá logo se a prisão é ou não legal e somente após encaminhará os autos ao Ministério Público.

*Inciso II: a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva*

Verificada a legalidade da prisão, o magistrado, em nosso entendimento, deverá encaminhar imediatamente os autos da prisão em flagrante para o Ministério Público para que este órgão requeira a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou a substituição da prisão em flagrante por uma das medidas cautelares, ou requeira a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ao preso (incisos II e III).

Assim entendemos, como já foi dito acima, por não adequada a decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra medida cautelar restritiva de liberdade de ofício pelo magistrado, sob pena de ofensa ao sistema acusatório. A simples conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou substituição por qualquer outra medida cautelar de forma imediata, sem a oitiva do Ministério Público, equivaleria à decretação de ofício por parte do juiz.

Importante observar que com esta nova regra (inciso II), a prisão em flagrante tem prazo certo de duração: 24 horas. Após esse prazo, não mais existirá prisão em flagrante, pois: ou a prisão foi relaxada (I), ou foi convertida em prisão preventiva (II), ou foi substituída por uma medida cautelar diversa da prisão (II); ou foi concedida liberdade provisória ao preso (III).

Com a modificação (art. 310, inciso II, do CPP), a prisão em flagrante deixa de ser uma modalidade de prisão cautelar e passa a ser pré-cautelar, pois não subsiste por si só, não sendo nada após o prazo de 24 horas, não tendo mais a função de garantir o resultado final do processo, mas apenas destinando-se a colocar o detido à disposição para que o magistrado adote uma das medidas cautelares ou conceda liberdade ao detido.

A pessoa pode ser presa em flagrante (art. 5º, LXI, da CF e art. 283 do CPP), mas não poderá permanecer presa durante a persecução penal, exclusivamente com base na prisão em flagrante, não existindo mais prisão provisória decorrente exclusivamente do fato de alguém ter sido preso em flagrante.

Diz Bonfim (2011, p.123):

Assim não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante. Sustentavam os livros que, no Direito brasileiro, a prisão em flagrante poderia durar por todo o processo, sem que houvesse a necessidade de sua conversão em prisão preventiva.

Agora, com a mudança de redação trazida pela novel legislação, de acordo com o art.283,caput, somente subsistem duas modalidades de prisão no processo penal: a prisão preventiva (decretada inicialmente pelo juiz ou convertida pelo flagrante) e a temporária (com a observância dos prazos previstos em lei).

Por outro lado, há opinião que quando se tratar de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva há necessidade tão-somente de se observar os requisitos do art. 312 do CPP, mas não o do art. 313 do CPP.

Nesse sentido vale transcrever a lição de Capez (2011):

Devemos distinguir a prisão preventiva decretada autonomamente, no curso da investigação policial ou do processo penal, que é a prisão preventiva genuína, a qual exige necessidade e urgência, e só pode ser ordenada para crimes com pena máxima superior a 04 anos, da prisão preventiva imposta devido à conversão do flagrante, a qual se contenta com a exigência do *periculum in mora*. Neste último caso, a lei só exige dois requisitos: uma das situações de urgência previstas no art. 312 do CPP + a insuficiência de outra medida cautelar em substituição à prisão (cf. Redação do art. 310, II, do CPP). O tratamento foi distinto, tendo em vista a diversidade das situações. Na preventiva convertida, há um agente preso em flagrante e o juiz estaria obrigado a soltá-lo, mesmo diante de uma situação de *periculum in mora*, porque o crime imputado não se encontra dentre as hipóteses au-

torizadoras da prisão. Seria uma liberdade provisória obrigatória a quem provavelmente frustrará os fins do processo. Já na decretação autônoma da custódia cautelar preventiva, o réu ou indiciado se encontra solto e o seu recolhimento ao cárcere deve se cercar de outras exigências. Não se cuida de soltar quem não pode ser solto, mas de recolher ao cárcere quem vinha respondendo solto ao processo ou inquérito. Daí o tratamento legal diferenciado.

No entanto, esclareça-se que há forte entendimento no sentido que há necessidade de se preencher não só os requisitos do art. 312, mas também do art. 313 do CPP para a conversão do flagrante em preventiva. (OLIVEIRA, 2011; GOMES, 2011).

*Inciso III: liberdade provisória*

Já o inciso III e o parágrafo único preveem a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. A liberdade provisória deve ser concedida quando a prisão, embora legal, seja desnecessária.

Pela precisão, resta-nos transcrever as lições de Oliveira (2011). Ei-las:

Então, adotando-se tais diretrizes, poderíamos traçar o seguinte quadro das liberdades provisórias:

- a) liberdade provisória em que é vedada a fiança: cabível sempre após a prisão em flagrante, com a obrigatória imposição de qualquer das cautelares do art. 319 e do art. 320, do CPP, com exceção da fiança, quando não for necessária a prisão preventiva e quando for expressamente proibida a imposição daquela (fiança – art. 323 e art. 324);
- b) liberdade provisória com fiança: cabível sempre após a prisão em flagrante e quando não necessária a preventiva. Será imposta obrigatoriamente, a fiança, além de outra cautelar, se entender necessário o juiz;
- c) liberdade provisória sem fiança: cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com a imposição de qualquer

outra medida cautelar, por julgar o juiz desnecessária a fiança;  
d) liberdade provisória vinculada, ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único).

Apesar de não expresso na redação do citado artigo, entendemos que antes de conceder a liberdade provisória, o juiz deve colher a manifestação do Ministério Público, já que este órgão é o fiscal da execução da lei (art. 257, II, do CPP) e o órgão constitucionalmente legitimado para, privativamente, promover a ação penal pública (art. 129, I, da CF).

A nova lei tentou revitalizar o instituto da fiança, agora tratada como medida cautelar e não somente como uma modalidade de liberdade provisória.

A prova da tentativa de revitalização são os valores previstos para a fiança que podem chegar a casa dos milhões de reais (art. 325 do CPP), o que convenhamos, não passa de norma simbólica, bem como o permissivo da autoridade policial arbitrar fiança para crimes com pena privativa de liberdade não superior a quatro anos (art. 322 do CPP).

No entanto, a contradição da legislação anterior permanece: exige-se fiança para os crimes menos graves.

Tal fato se dá porque a Constituição Federal determina a inafiançabilidade para diversos crimes (art. 5º, XLIII, CF) – norma repetida pelo art. 323 do CPP –, mas a legislação ordinária permite a concessão de liberdade provisória sem fiança inclusive para tais crimes.

Assim, como diz Oliveira (2011), para crimes menores, a liberdade e a possibilidade de imposição de todas as cautelares; para crimes mais graves (do art. 323), a liberdade e apenas algumas cautelares (nada de fiança).

Por outro lado, com o permissivo legal do art. 350 do CPP, a fiança pode cair novamente em desuso, já que, ao menos na grande maioria das pequenas Cidades brasileiras, os presos não terão condições econômicas para pagar a fiança.

Assim, o juiz deverá conceder liberdade provisória sem fiança nos seguintes casos:

- se verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato sob o manto de uma causa de exclusão de ilicitude (parágrafo único);
- se verificar pelo auto de prisão em flagrante a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, previstas nos arts. 312 e 313 (art. 321 do CPP);
- nos casos em que couber fiança, se o juiz verificar a impossibilidade de o réu prestá-la, por motivo de pobreza, sujeitando-o às obrigações previstas nos arts. 327 e 328 (art. 350 do CPP).

*Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.*

O citado artigo permite a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado apenas na fase judicial, vedando a decretação de ofício no curso das investigações criminais.

Como já explicado acima, entendemos inadequada a decretação, de ofício, de prisão preventiva ou de medidas cautelares restritivas de liberdade pelo magistrado seja na fase policial seja na fase processual, sob pena de ofensa ao sistema acusatório.

Por outro lado, entendemos que o novo art. 311 do CPP revogou tacitamente o art. 20 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que permite ao juiz decretar de ofício a prisão preventiva na fase policial.

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução penal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*

*Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).*

A “cabeça” do artigo traz os pressupostos para a decretação da prisão preventiva (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) e os requisitos para a decretação (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal e para assegurar a aplicação da lei penal). Nenhuma novidade.

Novidade há no parágrafo único com a decretação de prisão preventiva no caso de descumprimento de qualquer outra medida cautelar anteriormente decretada.

No caso de decretação de prisão preventiva por descumprimento de outras medidas cautelares não há exigência de preenchimento de um dos requisitos do art. 313 do CPP (OLIVEIRA, 2011).

No entanto, entendemos ser necessário se verificar a existência dos requisitos do art. 312 do CPP. Diversa é a opinião de Oliveira (2011), que afirma que “será possível a decretação da preventiva, não só na presença das circunstâncias fáticas do art. 312, CPP, mas sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar, diversa da prisão (art. 282, § 4º, CPP).

*Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*

*I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade de máxima superior a 4 (quatro) anos;*

*II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;*

*III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*

*IV – (revogado).*

*Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.*

Como já afirmado anteriormente, há entendimento que os requisitos do citado artigo só devem ser observados para a decretação de prisão preventiva propriamente dita e não nos casos de conversão de prisão em flagrante para preventiva que só exige os requisitos do art. 312 do CPP (art. 310, II, do CPP), segundo Capez.

Segundo Barros (2011), depois da Lei do Descarceramento temos as seguintes espécies de prisão preventiva:

- prisão preventiva propriamente dita, prevista no art. 312 do CPP;
- prisão preventiva para garantir, em caso de violência doméstica, a execução das medidas protetivas de urgência, prevista no art. 313, III, do CPP;



- prisão preventiva para identificação, prevista no parágrafo único do art. 313 do CPP;

- prisão preventiva para garantir a eficácia das medidas cautelares, prevista nos artigos 282, §4º, c/c 312, parágrafo único, do CPP.

Os incisos do presente artigo não são cumulativos. Assim, nos casos de violência doméstica e nas demais hipóteses do inciso III não há necessidade do crime ter pena privativa de liberdade superior a quatro anos para ser decretada a prisão preventiva, bem como se o indiciado ou acusado já tiver sido condenado com sentença transitada em julgado e ainda incidente a agravante da reincidência.

Também, independentemente do quantum da pena privativa de liberdade prevista, pode ser decretada a prisão preventiva no caso de descumprimento de outra medida cautelar.

Por outro lado, independe do quantum da pena privativa de liberdade prevista a decretação da prisão preventiva no caso do parágrafo único do art. 313 do CPP. Sendo certo que logo que identificado o indiciado ou acusado, não existindo outros motivos para manter a prisão, deve a preventiva ser revogada. Temos que a nova legislação revogou parcialmente a Lei de Prisão Temporária (Lei nº 7.960/89), em seu art. 1º, II, parte final.

*Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 32 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.*

O artigo faz referências às hipóteses de excludentes de ilicitude. Se o agente não praticou um ato antijurídico, não faz sentido algum decretar-lhe a prisão, por isso a proibição do artigo.

*Art. 317. A prisão domiciliar consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.*

*Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*

*I – maior de 80 (oitenta) anos;*

*II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;*

*III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;*

*IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco;*

*Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.*

O artigo 317 do CPP criou uma espécie de prisão domiciliar provisória, que substitui a prisão preventiva em casos determinados. Os requisitos do art. 318 do CPP são mais rígidos que aqueles estabelecidos no art. 117 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) para o cumprimento da pena em regime aberto domiciliar.

Por força do parágrafo único do art. 318 do CPP, entendemos que:

O requisito do inciso I deve ser comprovado documentalmente.

Os requisitos dos incisos II e IV devem ser comprovados por perícia médica.

Já o requisito do inciso III deve ser comprovado por prova idônea da imprescindibilidade do acusado ou indiciado em cuidar da pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

Um problema que surgirá será a fiscalização dessa prisão provisória domiciliar, tal como ocorre também no âmbito da execução penal.

*Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:*

*I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades;*

*II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;*

*III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;*

*IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;*

*V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;*

*VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;*

*VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluí-*

*rem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;*

*VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em casos de resistência injustificada à ordem judicial;*

*IX – monitoração eletrônica.*

O artigo 319 do CPP é a grande novidade trazida pela Lei nº 12.403/2011, inserindo no ordenamento processual penal brasileiro outras formas provisórias de restrição de liberdade que não a prisão.

Os incisos I, II, III, IV e V, com pequenas alterações, são medidas já conhecidas por força do Código Penal (ao tratar das condições da suspensão condicional da pena) das Lei nº 7.210/84 (ao tratar das condições do regime aberto), nº 9.099/95 (ao tratar das condições da suspensão condicional do processo) e da Lei nº 11.340/2006 (ao tratar das medidas protetivas de urgência) e irão sofrer do mesmo mal: falta de fiscalização em seu cumprimento.

Novidade é a medida cautelar do inciso VI do artigo em comento e devido a grandes consequências na vida do indiciado ou acusado acreditamos que deve ser decretada sempre após a oitiva do indiciado ou acusado (art. 282, § 3º, do CPP).

Já o inciso VII que estabelece uma espécie de medida de segurança provisória corre sério risco de ter pouca eficácia – assim como todas as outras medidas desse artigo – pois não há hospitais adequados para tais acusados e os poucos que existem estão lotados.

Como dito acima, tenta-se revitalizar a fiança, agora não mais sendo uma espécie de liberdade provisória mais sim uma medida cautelar (inciso VIII) que, como as demais, pode ser aplicada isolada ou cumulativamente a outras, permanecendo sua disciplina, entretanto, prevista no Capítulo VI do Título IX do Código de Processo Penal (art. 319, § 4º, do CPP), ou seja, a mesma de antes da Lei nº 12.403/2011.

O inciso IX traz a monitoração eletrônica que também recentemente já havia sido prevista no Brasil pela Lei nº 12.258/2010, sendo até então restrita à execução penal. Com o novo art. 319 do CPP a medida estendeu-se à fase policial e de tramitação do processo penal. No entanto, é de difícil implantação devido ao alto custo e de eficácia contestável, já que não há ainda um sistema de abordagem policial imediata

no caso de tentativa de violação do aparelho de monitoração eletrônica por parte do indiciado ou acusado.

Então podemos concluir que apesar de, em tese, serem extremamente benéficas por serem meios menos drásticos e alternativos à prisão provisória, as medidas cautelares diversas da prisão têm apenas caráter simbólico, pois são de difícil fiscalização, implantação e de eficácia contestável.

*Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.*

Sobre o citado artigo vale transcrever a lição de Bonfim (2011, p. 53):

Analisando-se a nova reforma implementada, constata-se a existência de uma cautelar não estipulada no rol previsto no art. 319 do CPP, mas que, de igual forma, goza de previsão legal expressa. [...]

Ressalte-se que, não obstante a lei deixar de prever qualquer punição quanto ao descumprimento do referido prazo, entendemos que eventual atraso ou descumprimento, salvo quando motivadamente explicitado, acarretará a revogação da referida medida e, quando insubstituível por outra, a automática decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único, do CPP.

*Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.*

A liberdade provisória será concedida sempre que não se verificarem os requisitos previstos para a decretação da prisão preventiva.

O magistrado poderá conceder liberdade provisória sem fiança e sem a imposição de qualquer outra medida cautelar. Ou poderá conceder liberdade provisória sem fiança, mas impondo uma outra medida cautelar, que não a fiança.

Também poderá impor liberdade provisória com fiança simplesmente ou liberdade provisória com fiança cumulada com outra medida cautelar.

*Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.*

*Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.*

Como já anotado acima, o artigo, assim como outros relacionados à fiança, visa revitalizar tal instituto, permitindo que uma gama de crimes sejam afixados já pela autoridade policial.

No entanto, só não se deve esquecer que, por força do art. 350 do CPP, o magistrado poderá dispensar a fiança no caso de indiciado ou acusado sem recursos financeiros, impondo-se outras medidas cautelares, o que, por certo, tornará a fiança pouco utilizada.

O artigo 323 do CPP apenas repete regra constitucional (art. 5º, XLIII, CF) elencando os crimes em que não poderá ser concedida fiança e o art. 324 do CPP dispõe que também não será concedida fiança àquele que, no mesmo processo, tiver quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP, quais sejam: comparecimento perante a autoridade quando intimado; não mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante e não se ausentar por mais de 8 dias de sua residência, sem comunicação à autoridade processante do lugar onde será encontrado (inciso I). Também não se concederá fiança nos casos de prisão civil (por falta de pagamento de pensão alimentícia) ou militar (inciso II) e quando presentes os motivos que autorizem a decretação da prisão preventiva (art. 312) (inciso IV), posto que presentes os requisitos da custódia cautelar, a prisão preventiva se impõe, não sendo caso de fiança.

Como dito acima o art. 325 do CPP aumentou consideravelmente os valores da fiança, enquanto os arts. 334, 335, 336, 337, 344, 345, 346 sofreram pequenas alterações relevantes.

Já o art. 341 do CPP instituiu mais três causas de quebraimento de fiança: deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo (inciso II); descumprir medida cautelar imposta cumulativa-

mente com a fiança (III) e resistir injustificadamente à ordem judicial (IV) além das já existentes na legislação anterior: deixar de comparecer a ato do processo apesar de intimado (inciso I) e praticar nova infração penal dolosa (inciso V). Das três novas modalidades de quebra de fiança merece observação a do inciso III, posto que como a fiança pode ser cumulada com outra medida cautelar, descumprida esta, a fiança estará quebrada e a prisão preventiva pode ser decretada (art. 282, §4º, c/c 312, parágrafo único, c/c art. 343 do CPP).

Por fim, apesar de não mais constar da nova redação do art. 439 do CPP, ainda subsiste a prisão especial ao jurado por força do art.295, inciso X, do CPP, tendo a reforma acrescentado ainda o art. 289-A do CPP prevendo a criação de um banco de dados pelo Conselho Nacional de Justiça onde deverão ser cadastrados todos os mandados de prisão expedidos no País.

### 3 CONCLUSÕES

O Código de Processo Penal vem sofrendo modificações recentes, em que pese existir em tramitação no Congresso Nacional um projeto de lei que institui um novo CPP.

Após modificações nos procedimentos, no Tribunal do Júri e em relação às provas, surge agora as alterações relativas à prisão e à liberdade provisória.

Ao que parece, devido à grande quantidade de presos provisórios existentes no País, o legislador resolveu frear a atividade jurisdicional no que diz respeito à imposição de prisões preventivas.

Para tanto, inseriu no Código de Processo Penal brasileiro medidas cautelares restritivas de liberdade alternativas à prisão preventiva.

Tais medidas visam, em tese, garantir a efetividade do processo e a segurança da população sem, entretanto, causar o mal da prisão provisória.

No papel, as medidas cautelares diversas da prisão são excelentes. Na prática, podem se tornar um verdadeiro fiasco principalmente devido à falta de fiscalização em seu cumprimento.

Apesar de a reforma produzida pela Lei nº 12.403/2011 ter deixado a prisão preventiva como última alternativa para a garantia da efetividade da jurisdição penal, poderá a preventiva ser constantemente

decretada pela falta de cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, pois, sem fiscalização, a chance de descumprimento é maior.

Somente o tempo dirá se a nova Lei nº 12.403/2011 trará os benefícios almejados pelo legislador à população brasileira.

Muitas controvérsias existem e ainda existirão sobre a nova legislação. O texto produzido neste trabalho é apenas uma reflexão preliminar sobre as mudanças operadas.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Espécies de prisão preventiva**. Grupo Nacional de Membros do Ministério Público-GNMP: grupo de discussão dos membros do Ministério Público Brasileiro. Disponível em: <<http://br.goups.yahoo.com/group/GNMP>> Acesso em: 3 jul. 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Lei n. 12.403/2011 e prisão provisória**: questões polêmicas. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

GOMES, Luiz Flávio et. al. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do processo penal – Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011**. Disponível em: <<http://www.lumenjuris.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2011.





## A APLICABILIDADE IMEDIATA DA LEI Nº 12.403/2011

*André Gonzalez Cruz\**

**Resumo:** O presente artigo objetiva a demonstração de que a Lei nº 12.403/2011 tem aplicabilidade imediata no que diz respeito à questão das prisões provisórias, sem estar condicionada à *vacatio legis* nela prevista.

**Palavras-chave:** Aplicabilidade imediata. Lei nº 12.403/2011. Dispositivos. Prisão provisória. *Vacatio legis*.

**Abstract:** This article aims to demonstrate that the Law nº 12.403/2011 have immediate applicability with regard to the issue of provisional detention, without being subject to *vacatio legis* therewith.

**Keywords:** Immediate aplicability. Law nº 12.403/2011. Devices. Provisional detention. *Vacatio legis*.

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências, modificou bastante a questão das prisões provisórias, no sentido de minorar a sua utilização pelo aplicador do Direito, conforme se vê claramente a partir da leitura dos novos arts. 282, 283, 310, 311, 312, 313, 314, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 346 e 350.

Dessa forma, cristalino que o intuito do legislador ordinário foi conferir o caráter de *ultima ratio* à aplicabilidade das prisões pro-

---

\* Analista Ministerial e Assessor de Procurador de Justiça do Ministério Público do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho e Doutorando em Direito pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora, na Argentina.

visórias, máxime esta assim já fosse considerada pela doutrina e jurisprudência, tanto é que o novel art. 282, § 6º, do Estatuto Processual Penal, assinala que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Este é o entendimento de Sannini Neto (2011), como descrito abaixo:

De acordo com a nova lei, a prisão preventiva, que também possui natureza cautelar, deve ser sempre a última opção do juiz, sendo cabível apenas quando as outras medidas se mostrarem ineficazes ou inadequadas para a garantia da persecução penal. Da mesma forma, sempre que possível, deve ser adotada a medida que menos interfira nos direitos fundamentais do indivíduo, desde que, é claro, ela seja suficiente e adequada a preservação do processo. Sem embargo, caso fique demonstrada a necessidade de uma cautelar mais gravosa ao indiciado/acusado, poderá ser feita a substituição ou, inclusive, a cumulação das medidas. Resta claro, portanto, que as medidas cautelares são regidas pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, estão condicionadas às circunstâncias em que foram impostas, podendo o juiz substituí-las, revogá-las ou aplicá-las novamente caso seja necessário (fungibilidade das medidas cautelares).

Na mesma linha, assevera Araújo (2011) que:

Seguindo a própria tendência constitucional preconizada pelo artigo 5º, inciso XLVI, que positiva as penas aplicáveis em nossa legislação e pela posição topográfica deixando claro que a privação ou restrição da liberdade deverá ser a última opção. A nova lei positivou medidas cautelares, ou seja, medidas de cunho judicial que visam resguardar a eficácia e utilidade do processo principal, visando, assim, aplicar apenas excepcionalmente a prisão processual provisória (prisão preventiva e temporária).

Os artigos 317 usque 319 trazem as medidas cautelares de cunho penal, a saber: prisão domiciliar; comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se da comarca ou subseção judiciária quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial e monitoramento eletrônico. Além destas, continuam vigentes as medidas cautelares extremas de segregação, ou seja, prisão em flagrante, preventiva e temporária, esta última ainda regulamentada por lei extravagante (Lei nº 7.960/89).

Outro não é o raciocínio de Pereira (2011), como demonstrado a seguir.

A legislação em comento reconheceu a natureza cautelar da prisão, o que já era assente na dou-

trina e na jurisprudência, trazendo o legislador os requisitos para a sua manutenção, bem como a possibilidade de substituição por cautelares substitutivas, verdadeiras medidas alternativas à prisão processual, conforme claramente se vê do disposto no § 6º do artigo 282. É certo que a gravidade em abstrato do delito, por si só, não servia de fundamento para a decretação da prisão preventiva ou manutenção da prisão em flagrante, mas esta era um dado objetivo importante a ser considerado pelo julgador, que, aliado às demais circunstâncias do caso concreto, auxiliava na decisão sobre a manutenção da custódia cautelar ou a concessão da liberdade provisória. Agora isso é legal: para análise da adequação da decretação de uma prisão preventiva ou outra medida cautelar substitutiva o julgador deverá apresentar fundamentos concernentes à gravidade do delito, em abstrato e concretamente, além das circunstâncias do fato e das condições pessoais do indiciado ou acusado. Observe-se que a gravidade do delito, abstratamente considerada, é levada em conta para obstaculizar o decreto de prisão preventiva nos crimes culposos ou punidos com pena privativa de liberdade inferior a 04 (quatro) anos, na forma do artigo 313, inciso I, do CPP, ressalvadas as hipóteses previstas nos demais incisos do mesmo artigo. Assim sendo, é cabível a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 04 (quatro) anos, sendo este o primeiro fundamento a ser analisado pelo magistrado, que decidirá por decretá-la ou não, se presentes os demais requisitos legalmente exigidos. As medidas cautelares devem passar por uma análise da sua necessidade, ditada pelo inciso I, vale dizer para aplicação da lei penal, no caso do acusado ou investigado buscar se evadir do distrito da culpa; para a investigação ou a instrução criminal, quando o mesmo ameaça testemunhas, atrapalha as investigações ou a colheita de provas de uma forma

geral; e para evitar a prática de outras infrações penais, no caso de mostrar-se ineficaz a medida cautelar anteriormente imposta. Destas considerações concluímos que o magistrado deverá fazer um juízo de necessidade e adequação da medida cautelar, na forma dos incisos I e II, ao decidi-la.

Observe-se que, consoante descreve, ao final, Marcelo Matias Pereira, com o advento da aludida reforma ao Código de Processo Penal, há a necessidade da apreciação dos magistrados quanto à necessidade e adequação da medida cautelar, o que também deve ser realizado com relação às prisões provisórias anteriormente decretadas, sob pena da soltura de todos os “acusados” tendo em vista a falta de fundamentação do decreto prisional, porquanto baseado somente nos requisitos previstos na redação antiga daquela legislação, sem qualquer análise do caso concreto.

E isto pode ser feito desde a publicação do diploma em comento, pois os dispositivos ligados à prisão provisória previstos na Lei nº 12.403/2011 são benéficos aos “acusados” e as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm sua aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, muito embora haja a previsão de uma *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias no art. 3º daquele diploma.

É bem verdade que o prazo da *vacatio legis* de uma lei, na lição de Gonçalves (2003, p. 39), é “o intervalo entre a data de sua publicação e a sua entrada em vigor”, e que esta tem por objetivo divulgar, discutir e aprender o conteúdo dos dispositivos previstos. Todavia, a mesma não pode servir de supedâneo para o afastamento, ainda que temporário, de normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, como a liberdade humana, que têm sua aplicação imediata.

Segue lição de Franco (1986, p. 16-17) no sentido da aplicação imediata de uma lei que trata de matéria penal, apesar da previsão de *vacatio legis*, tendo como fundamento basilar o direito de liberdade do ser humano, que se erige como uma das expressões mais significativas do princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana; o que pode ser aplicado por analogia.

[...] e a retroatividade da lei penal benéfica são princípios constitucionais paralelos e de igual

grau, conexiões na proteção do direito de liberdade do ser humano, direito que se erige como uma das expressões mais significativas do princípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana ... bem por isso não se compreende que um princípio constitucional em relação ao qual inexistente reserva de lei possa sofrer restrições por parte do legislador ordinário. Não há, portanto, como compatibilizar o princípio constitucional da retroatividade penal elisiva da figura criminosa, redutora da sanção punitiva, ou de qualquer modo beneficiadora do agente, com a norma da Lei de Introdução ao Código Civil que cuida da *vacatio legis*. Quando o legislador ordinário deferir ao réu, em lei posterior ao fato criminoso, uma posição mais favorável, é evidente que o dispositivo beneficiador constante da lei penal sancionada, promulgada e publicada deve ser, em respeito ao princípio constitucional, de cogente e imediata eficácia, não suportando uma vigência sustada no tempo. (grifo nosso).

Como se já não bastasse, transcrevem-se os ensinamentos do eminente Ministro Cernicchiaro (1995, p. 16):

Na *vacatio legis*, a lei carece de vigência. Em outras palavras, ainda não compõe (materialmente) o ordenamento jurídico. A Lei de Introdução ao Código Civil estatui no art. 1º que, salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. O Direito é uno. Os setores dogmáticos, entretanto, evidenciam características próprias. O Direito Penal não se confunde com o Direito Civil. Mais pelos princípios do que pelas leis. O raciocínio, logicamente, também é distinto. A Constituição da República, tradicionalmente, registra a chamada (tecnicamente, imprópria) retroatividade benéfica da lei penal (art. 5º, XL). Aplica-se somente a lei mais favorável ao réu. Também aqui deve ser

entendida a teleologia da norma. Cumpre sacrificar o aspecto meramente literal. [...] Na *vacatio legis*, a elaboração da lei foi escurrita. Nenhum vício a macula. Apenas o tempo fixado ainda está em curso. Ideologicamente, contudo, há formal e solene declaração de aplicar a lei penal mais favorável. Não faz sentido, por isso, por mero apego à letra do texto, aguardar a respectiva fluência. O argumento de, nesse meio tempo, a lei pode ser revogada (aconteceu com o Código Penal de 1969) não influi no raciocínio. O comando da Constituição é incondicional, no sentido de beneficiar. [...] Recorde-se ainda. A *vacatio legis* busca, antes da vigência, favorecer a pessoa, a fim de não ser surpreendida com a nova disciplina. Seria contrasenso deixar de aplicar, imediatamente, lei que se destina a favorecer. No caso em comento: porquê esperar 60 dias para início da vigência se no segundo mês haverá a nova disciplina! Seria manter a lei mais rigorosa durante esse tempo e, escoado o prazo, de ofício, conferir o novo tratamento. Sem dúvida, evidente exemplo de raciocínio de aplicação formal da lei, escorada apenas no sentido gramatical do texto legal! Apesar de aproximar-se o século XXI! [...] Evidente, o raciocínio é válido quando a norma posterior for mais favorável. Materialmente, ocorre *abolitio criminis*, ou foi amenizado, de qualquer modo, o tratamento até então em vigor. O tema ganha amplo espaço na literatura italiana e a Corte Constitucional decidiu que, no caso, se está de frente a um conflito entre interesse individual e favor libertatis e o interesse da tutela da comunidade. (grifo nosso).

Sholz (1996, p. 200), por seu turno, afirma que muitas das normas apresentam uma roupagem de processuais, mas, várias vezes, apresentam verdadeiro caráter material, o que se encaixa no caso ora sob vertente, *litteris*:

As normas que repercutam, direta ou indiretamente sobre a liberdade do cidadão, contemplando

medidas que tratem, originariamente ou não, da sua privação antes do trânsito em julgado da decisão, são normas apenas formalmente processuais, mas essencialmente materiais, independente do caráter da legislação que contenha.

Estudando esta dicotomia, Nucci (2004, p. 62) arremata: “Além dos institutos dupla previsão (penal e processual), existem aqueles vinculados à prisão do réu, merecedores de serem consideradas normas processuais penais materiais, uma vez que se referem à liberdade do indivíduo”.

Desta feita, conclui-se perfeitamente aplicável a Lei nº 12.403/2011, no que diz respeito à questão das prisões provisórias desde a sua publicação, porquanto cuida de dispositivos benéficos para os “acusados”, com repercussão constitucional, e as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm sua aplicação imediata.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Moacir Martini de. **Lei nº 12.403/11**: avanço ou retrocesso na busca do sistema ideal? Disponível em: <<http://www.webartigos.com>>. Acesso em: 9 maio 2011.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Vacatio legis - Lei Penal Inconstitucional. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 35, p. 16, nov. 1995.

FRANCO, Alberto Silva. **Temas de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



PEREIRA, Marcelo Matias. Comentários à lei das prisões (Lei nº 12.403/2011). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2890, 31 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19229>>. Acesso em: 7 jun. 2011.

SANNINI NETO, Francisco. Reforma processual (Lei nº 12.403/2011) e o delegado de Polícia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19181>>. Acesso em: 7 jun. 2011.

SHOLZ, Leônidas Ribeiro. A eficácia temporal das normas sobre prisão e liberdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 192-200, abr./jun. 1996.



# A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS QUALIFICADORAS NA DECISÃO DE PRONÚNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO

*André Gonzalez Cruz\**

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo a análise da falta de fundamentação das qualificadoras na decisão de pronúncia e suas implicações para o processo, sempre ressaltando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** Falta de fundamentação. Qualificadoras. Decisão de pronúncia. Consequências. Processo.

**Abstract:** This article aims at analyzing the reasons for the lack of qualifying in the decision to pronounciation and its implications for the process, always emphasizing the understanding of the Superior Court of Justice.

**Keywords:** Lack of reasons. Qualifying. Decision pronounciation. Consequences. Process.

Reza o art. 413, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal, que “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”, e que “a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”.

---

\* Analista Ministerial e Assessor de Procurador de Justiça do Ministério Público do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho e Doutorando em Direito pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora, na Argentina.

Dessa forma, à primeira vista, paira dúvida acerca da imprescindibilidade de fundamentação das circunstâncias qualificadoras na decisão de pronúncia, a qual é facilmente extirpada a partir da leitura do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”.

Nucci (2006, p. 712-713) corrobora o entendimento da necessidade de motivação das qualificadoras na decisão de pronúncia, consoante descrito abaixo.

Embora deva a pronúncia ser lavrada em termos equilibrados e prudentes, tal situação não exige o magistrado de fundamentá-la devida e expressamente. Impõe a Constituição Federal dever ser toda decisão do Poder Judiciário *fundamentada* (art. 93, IX), o que significa não somente uma imposição a ser cumprida, mas uma garantia imperiosa do réu, que é conhecer as razões que o levaram a sofrer qualquer tipo de constrangimento e também da sociedade de acompanhar a imparcialidade dos órgãos judiciários em seus pronunciamentos. [...] No mais, precisa acolher ou rejeitar as qualificadoras, que fazem parte do tipo derivado e precisam constar da pronúncia. Logo, fundamentá-las também é indispensável.

O Superior Tribunal de Justiça possui decisões nesse sentido, *litteris*:

Ao proferir a decisão de pronúncia, nos termos do disposto no art. 413 do CPP, o juiz deve manifestar-se, objetiva e sucintamente, não só sobre o tipo básico, apontando as razões da admissibilidade do crime e da autoria, mas, também, se for o caso, sobre as qualificadoras que entender admissíveis<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 133.667/RJ, rel. Min. Felix Fischer, decisão unânime, julgado em 02/02/2010, DJ de 08/03/2010.

A pronúncia deve ser sóbria na apreciação das provas, mas deve haver uma fundamentação mínima para o reconhecimento das qualificadoras, sob pena de se desprezar o princípio constitucional que recomenda a motivação das decisões judiciais<sup>2</sup>.

Em sentido contrário, segue o escólio de Tourinho Filho (2004, v. 2, p. 33),

Como o juiz deve, na pronúncia, declarar o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, é natural deva também indicar eventuais qualificadoras, visto que estas têm o condão de deslocar o tipo do seu núcleo fundamental para um especial, sem contudo fundamentar estribado na prova. [...] Assim, se o juiz se convencer da existência de motivo fútil, por exemplo, a pronúncia deve fazer-lhe menção, porque, nesse caso, o dispositivo em cuja sanção ele julga incurso o réu é o art. 121, § 2º, II, do Código Penal.

Vale registrar que, assim como na parte que discorre sobre o convencimento acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, a fundamentação das qualificadoras na decisão de pronúncia deve ser comedida, para não invadir a competência constitucional do Tribunal do Júri.

Este é o entendimento de Oliveira (2009, p. 599), *in verbis*:

Na decisão de pronúncia, o que o juiz afirma, com efeito, é a existência de provas no sentido da materialidade e da autoria. Em relação à materialidade, a prova há de ser segura quanto ao fato. Já em relação à autoria, bastará a presença de elementos indicativos, devendo o juiz, tanto quanto possível, abster-se de revelar um convencimento absoluto quanto a ela. É preciso considerar que a decisão de pronúncia somente deve revelar um juízo de probabilidade e

---

<sup>2</sup> Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Habeas Corpus nº 123.073/SP, rel. Min. Jane Silva, decisão unânime, julgado em 06/02/2009, DJ de 02/03/2009.

não o de certeza. É costume doutrinário e mesmo jurisprudencial o entendimento segundo o qual, nessa fase de pronúncia, o juiz deveria (e deve) orientar-se pelo princípio do *in dubio pro societate*, o que significa que, diante de dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, a lei estaria a lhe impor a remessa dos autos ao Tribunal do Júri (pela pronúncia). [...] Não se pode perder de vista que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, conforme exigência e garantia constitucional. Por isso, só excepcionalmente é que tal competência poderá ser afastada.

O Tribunal da Cidadania também já assim decidiu, como atestado a seguir:

Não é possível olvidar que, em caso de incerteza sobre a situação de fato - ocorrência ou não das qualificadoras - a questão deverá ser dirimida pelo o Tribunal do Júri, todavia, o simples juízo de cognição destas, proferido na sentença de pronúncia, deverá ser demonstrado e exteriorizado com a exposição de elementos concretos contidos nos autos, aptos a justificarem a convicção do magistrado quanto à sua admissibilidade<sup>3</sup>.

Assim, somente viável a exclusão de qualificadoras na decisão de pronúncia quando manifestamente improcedentes, ou seja, quando inexistirem dúvidas da sua não ocorrência, também em homenagem à competência constitucional do Tribunal Popular, incidindo, nesta fase, a máxima *in dubio pro societate* e não *in dubio pro reo*.

Entretanto, o cerne do presente estudo diz respeito às consequências da falta de fundamentação das qualificadoras na decisão de pronúncia para o processo.

No ponto, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que tal ocorrência acarreta a nulidade da deci-

---

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 48.175/SP, rel. Min. Laurita Vaz, decisão unânime, julgado em 04/04/2006, DJ de 08/05/2006, p.248.

são de pronúncia, visando que o juízo de base prolate outra decisão em seu lugar, dessa vez devidamente fundamentada com relação às qualificadoras, caso assim novamente entenda, conforme se vê abaixo:

1. Nula a sentença de pronúncia por ausência de fundamentação quando não há referência a qualquer elemento concreto mínimo quanto à autoria do fato e presença das qualificadoras. 2. Ordem concedida para declarar nula a sentença de pronúncia e determinar que outra seja proferida, conforme a convicção do julgador, porém, fundamentadamente<sup>4</sup>.

3. A ausência de fundamentação sobre as qualificadoras na sentença de pronúncia, e não a mera deficiência, é causa de nulidade absoluta, sanável a qualquer tempo e, portanto, não sujeita ao instituto da preclusão. 4. Ordem parcialmente concedida para declarar nula a sentença de pronúncia no tocante às qualificadoras e determinar que outra seja proferida, conforme a convicção do julgador, porém, fundamentadamente<sup>5</sup>.

I - Ao proferir a decisão de pronúncia, nos termos do disposto no art. 413 do CPP, o juiz deve manifestar-se, objetiva e sucintamente, não só sobre o tipo básico, apontando as razões da admissibilidade do crime e da autoria, mas, também, se for o caso, sobre as qualificadoras que entender admissíveis. II - Ainda que se trate de um mero juízo de admissibilidade, no qual é vedado proceder-se a um exame exauriente da prova e em que prevalece o princípio *in dubio pro societate*, revela-se nula a decisão de pronúncia que deixa de motivar concretamente a admissibilidade da acusação por não tratar da admissão de qualificadora (Precedente). Ordem concedida<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 159.936/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, decisão unânime, julgado em 17/06/2010, DJ de 02/08/2010.

<sup>5</sup> Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 136.446/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, decisão unânime, julgado em 25/05/2010, DJ de 14/06/2010.

<sup>6</sup> Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 133.667/RJ, rel. Min. Felix Fischer, decisão unânime, julgado em 02/02/2010, DJ de 08/03/2010.

Não obstante, o referido tribunal, em um único caso, até onde se tem notícia, já decidiu que a falta de fundamentação das qualificadoras na decisão de pronúncia implica na sua exclusão, sem a declaração de nulidade do *decisum*, consoante descrito a seguir:

1. Desprovida de toda e qualquer motivação a pronúncia, no referente à qualificadora do homicídio, impõe-se o reconhecimento da sua nulidade parcial. 2. Inviável a própria ação penal quanto a forma qualificada do homicídio, é imperativa a reforma da condenação ela mesma, para apenar-se o réu apenas por homicídio simples. 3. Ordem concedida<sup>7</sup>.

Nesse espectro, entende-se como mais acertada esta última decisão, pois a falta de fundamentação das qualificadoras na decisão de pronúncia não deve conduzir à sua nulidade, a qual somente ocorreria na hipótese de ausência de motivação acerca da materialidade do fato e a respeito da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Tal conclusão é chegada quando se analisa detidamente a jurisprudência do próprio Tribunal da Cidadania com relação à falta de fundamentação na dosimetria da pena imposta na sentença condenatória. Isto porque se a pena-base é fixada acima do mínimo abstratamente previsto no tipo penal, sem fundamentação, não há que se falar em prolação de nova sentença condenatória, dessa vez devidamente fundamentada no tocante à elevação da pena-base, mas tão-somente na sua minoração, logicamente em se tratando de recurso exclusivo da defesa, como demonstrado adiante:

a) A simples assertiva de que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis não justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal. b) Se o agente ostenta antecedentes criminais ou é reincidente,

---

<sup>7</sup> Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Habeas Corpus nº 92.336/MT, rel. Min. Hamilton Carvalhido, decisão unânime, julgado em 10/06/2008, DJ de 04/08/2008.



tais circunstâncias devem ser especificadas na sentença, se forem elas consideradas para fins de exasperação da pena, sob pena de afronta ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. c) A r. sentença condenatória carece de fundamentação, no tocante à fixação da pena-base em um quarto acima do mínimo legal, caracterizado o constrangimento ilegal apontado pelo Defensor Público impetrante. d) Comprovado o constrangimento ilegal, o trânsito em julgado da decisão não obsta a concessão da ordem, para redução da pena. e) Ordem concedida, para reduzir as penas dos pacientes para vinte e dois anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa, fixado o regime prisional inicial fechado<sup>8</sup>.

Outra saída não se vê quando se avalia a falta de fundamentação nas causas de aumento de pena fixadas acima do mínimo ou nas causas de diminuição de pena fixadas abaixo do máximo legalmente previsto, não ocorrendo a nulidade da sentença, com a prolação de outra em seu lugar, mas exclusivamente a modificação dos referidos *quantuns* para o patamar mais benéfico para o “acusado”, ainda caso se cuide de recurso exclusivo da defesa, conforme descrito abaixo:

2. A presença de mais de uma causa de aumento de pena não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da majoração, o que não ocorreu na hipótese. 3. Exasperação, em razão das causas de aumento, reduzida para o mínimo legal de 1/3 (um terço), pela ausência de fundamentação da imposição do percentual de 3/8 (três oitavos). 4. Sendo o Con-

---

<sup>8</sup> Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Habeas Corpus nº 136.978/SP, rel. Min. Celso Limongi, decisão unânime, julgado em 04/03/2010, DJ de 05/04/2010.

denado tecnicamente primário, a decisão que lhe impôs o regime fechado para o cumprimento de pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal. 5. Habeas corpus concedido para afastar a valoração negativa das circunstâncias judiciais e reduzir a pena-base ao mínimo legal, nos termos explicitados no voto e, de ofício, reduzir o percentual decorrente da incidência das causas de aumento para 1/3 (um terço) e fixar o regime inicial semiaberto<sup>9</sup>.

1. Hipótese em que o magistrado singular aplicou o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 1/3 (um terço), porque “ser primário e não integrar organização criminosa não se mostra como tamanho mérito. É a obrigação de qualquer pessoa de bem que pretenda viver em sociedade”. Não apontou, contudo, qualquer fundamento concreto que justifique a adoção da medida. 2. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu que, para a aplicação da referida causa de diminuição de pena em patamar inferior ao máximo previsto, de 2/3 (dois terços), imprescindível a adequada fundamentação, a teor do disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. 3. Tendo em vista que o paciente preenche os requisitos legais, bem como que o magistrado de primeiro grau fixou a pena-base no mínimo legal e reconheceu a pequena quantidade de entorpecente (6,9g de cocaína), é de rigor a diminuição da pena, por força do disposto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no grau máximo de 2/3 (dois terços). 4. Ordem concedida para reduzir a reprimenda imposta ao paciente<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 96.670/DF, rel. Min. Laurita Vaz, decisão unânime, julgado em 15/12/2009, DJ de 08/02/2010.

<sup>10</sup> Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Habeas Corpus nº 102.643/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, decisão unânime, julgado em 31/08/2010, DJ de 13/09/2010.

Dessa forma, não se vislumbra motivo plausível para o Superior Tribunal de Justiça adotar entendimentos diferentes para a mesma questão de fundo, qual seja a falta de fundamentação com relação a pontos voltados unicamente à dosimetria da pena, não sendo, portanto, razoável a concessão de nova oportunidade ao magistrado que se mostra pouco diligente na sua atuação, em detrimento da situação do “réu”, obviamente se o recurso for exclusivo da defesa.

Assim, conclui-se pela necessidade de fundamentar as qualificadoras na decisão de pronúncia, cujo desrespeito acarretará a sua exclusão, e não a nulidade do referido *decisum*, com a consequente determinação ao juízo de base para que prolate outra em seu lugar, dessa vez fundamentada no que diz respeito às ditas qualificadoras, como sustenta atualmente o Superior Tribunal de Justiça.

## REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.



## O COMPANHEIRO COMO REPRESENTANTE DO OFENDIDO NO DIREITO PENAL\*

*Oswaldo Marcolino Alves Filho\*\**

**Resumo:** O objetivo do trabalho é trazer à discussão a questão da representação da vítima, na forma como está posta na legislação penal, que enumera, de forma bastante restrita, as pessoas que detém esse direito. A pesquisa revela que a sociedade não classifica mais as pessoas detentoras desse direito na forma idealizada pelo legislador de 1941, e demonstra a importância da observância da especialização dos ramos do direito, principalmente no que diz respeito à conceituação de determinados institutos. O trabalho mostra que o legislador penal pode e deve usar os conceitos estabelecidos pelo Direito Civil, para melhor atender aos objetivos da aplicação da norma penal e refletir, de forma mais atual, o pensamento social.

**Palavras-chave:** Representação processual. Núcleo familiar. Classificação.

**Abstract:** The purpose of this work is to bring up the discussion regarding the victim's representation, as foreseen in the penal legislation, which enumerates in a very restrict manner the people who withhold this right. The research reveals that society does not classify anymore those who detain this right as featured by the 1941 legislator and demonstrates the importance of observing the specialization of the branches of law, mainly in relation to the definition of certain institutes. The work shows that the penal legislator may and must use the concepts established by the Civil Law, in order to better attend the objectives of the adjudgement of the penal law and to reflect, in a more present form, the social thought.

**Keywords:** Procedural representation. Family core. Classification.

---

\* Artigo apresentado no curso de Pós-Graduação em Direito Penal do Instituto Processus (Brasília/DF), sob a orientação do Professor Cristovão Castro da Rocha.

\*\* Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. E-mail: osvaldomaf@globo.com

## 1 INTRODUÇÃO

Os bens, valores e costumes que a sociedade quer proteger, com fundamento no direito penal, têm sido praticamente os mesmos ao longo dos séculos. O que tem sofrido modificações significativas é a forma de execução das condutas reprimidas pela lei e o nível de tolerância da sociedade em relação à sua prática, ou ao infrator.

Os valores que informam a sociedade evoluem não somente no sentido punitivo positivo das condutas, como também em sentido negativo. Bens que inicialmente não eram protegidos pela norma penal passaram a ser em razão do momento em que a sociedade vive.

De igual modo, condutas até então incriminadoras passaram a ser punidas de forma menos severa ou até descriminalizadas. Um exemplo bem claro desse tipo de evolução é o adultério, que na antiguidade era conduta proibida apenas para as mulheres e punível com a morte, admitindo-se, inclusive, que o executor fosse o marido ou o próprio filho da infratora. Já nas leis penais contemporâneas, a exemplo do nosso Código Penal de 1984, a conduta podia ser praticada por qualquer dos cônjuges, ou seja, houve uma dilatação do conceito de adúltero e, ao mesmo tempo, uma mitigação da punição, que passou a ser restritiva da liberdade.

Hoje, com a edição da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que revogou o art. 240 do Código Penal, o adultério deixou de ser considerado crime.

As formas de sanção também têm evoluído: da punição física, praticada pelo Estado punitivo e até mesmo diretamente pelo ofendido, às penas privativas de liberdade, multa e prestação de serviços à comunidade, aplicadas apenas pelo Estado, a quem também não é mais permitido qualquer tipo de lesão ou dano corporal ao infrator das normas penais.

Até a forma da lei penal se relacionar com os jurisdicionados sofreu uma significativa evolução. Na antiguidade, a norma tinha um sentido de negação, de proibição – NÃO matará. Hoje, essas normas assumiram uma postura na qual a conduta é descrita de forma positiva e, ao final, se atribui uma sanção para quem praticá-la – Matar alguém, PENA ...

Nesse passo, é importante lembrar a distinção entre o direito penal e a lei penal. O direito penal cuida dos fatos, dos valores e dos bens que a sociedade entende fundamentais para sua sobrevivência, en-

quanto que a lei penal nada mais é que a materialização da vontade popular e a fixação dos tipos de sanção imposta aos seus infratores.

Essa diferença deve estar sempre presente na mente do julgador ao interpretar e aplicar a norma, pois nem sempre a lei, manifestação material da vontade social, consegue revelar o verdadeiro objeto da tutela pretendida. Os valores e costumes da sociedade têm dinâmica própria e nem sempre o texto da lei consegue acompanhar essa evolução, daí a importância de seu intérprete.

O direito tem como matéria-prima os costumes e os valores de uma determinada sociedade, os quais vão se consolidando e precisam ser disciplinados de forma mais detalhada pela lei, em razão da complexidade que assumem em função da intrincada rede de relações sociais que os envolve. Isso gera a necessidade da materialização dessas regras, é a formalização do direito, do dever, da reprovabilidade, do quanto e da forma de sanção prevista para os seus infratores. É o princípio da segurança das relações jurídicas, é o direito escrito na forma de lei.

No entanto, em razão do ritmo de crescimento e do aumento da complexidade dessas relações ao longo do tempo, o direito, para acompanhar essa evolução, passou a se dividir e se especializar em determinados fatos da vida social. Surgem, então, os ramos do direito.

O direito penal, por exemplo, se fixou em determinadas condutas dessas sociedades e passou a interpretar e disciplinar essas relações, descrevendo o grau de reprovabilidade que as envolve, definindo seus agentes e fixando as formas de sanção.

Essa especialização vem se revelando indispensável, visto que as possibilidades de combinações e de variantes dessas relações sociais se tornaram infinitas com o desmedido crescimento da população mundial, com a facilidade de mobilidade de seus membros e com a intrincada rede de comunicação que aproxima e informa essas sociedades, quase que em tempo real.

Quanto mais cada um dos ramos do direito focar sua análise nas condutas específicas de sua esfera de atuação, maior será sua eficiência em regular essas relações, e o risco do cometimento de injustiças tenderá a diminuir.

Mas não basta dizer o que a sociedade considera uma conduta punível, é preciso dizer como punir. Daí o surgimento do ramo do direi-

to que estabelece e disponibiliza as ferramentas necessárias para aplicação do direito material. Nasce o direito processual penal, que também é fruto da especialização exigida pela infinita gama de bens a serem protegidos no seio das relações sociais, já que dispomos do Direito Processual Civil que tem a mesma função em relação ao Direito Civil.

A especialização dos ramos do direito criou um sistema jurídico no qual cada um deles, dentro de sua função e singularidade, deve manter os seus preceitos, conceitos e regulamentos sempre o mais próximo possível da forma evolutiva das relações existentes na sociedade a qual se submetem, sob pena de se tornarem obsoletos e ineficazes.

Mas, para que isso funcione, é preciso que cada um desses ramos se preocupe apenas com aquilo que regula, e quando for necessária a utilização de preceitos, conceitos, ou regulamentos relativos a outras áreas do direito, remeta o intérprete ou o aplicador àquela norma. Isso, sem dúvida nenhuma, reduz muito o risco de aplicação de institutos que não refletem mais o pensamento social.

Um exemplo dessa sintonia entre os ramos do direito ocorre quando o juiz suspende o processo, em virtude de questão prejudicial que deve ser discutida e decidida por outro juízo, como é o caso do crime de bigamia no qual a constatação da real existência de dois casamentos é fundamental para caracterização do tipo penal, mas só o juízo cível tem competência para dizer o direito e declarar a existência desses dois matrimônios.

Mas o Direito Processual Penal, ou melhor, a lei processual penal ainda tem alguns pontos que precisam ser ajustados dentro dessa linha de raciocínio. Um exemplo clássico disso é a questão relativa ao instituto da sucessão processual, que não pode ser analisada apenas do ponto de vista penal, já que é aplicável a todos os ramos do direito.

O que se pretende discutir neste trabalho é exatamente qual seria a melhor forma da lei processual penal tratar da sucessão processual, sem cometer injustiças, haja vista que a classificação das pessoas que podem exercer esse direito envolve a análise e o acompanhamento das relações interpessoais no núcleo familiar, matéria que não faz parte do escopo de sua pesquisa.

Para tanto, é importante uma análise da matéria desde a origem do direito penal, para que se possa entender qual o objeto buscado e o sentido da classificação das pessoas que devem ter reconhecido esse direito.



## 2 A ORIGEM DO DIREITO DE SUCESSÃO DO OFENDIDO

O monoteísmo ou a veracidade dos textos Bíblicos, não é o que se pretende discutir, tampouco a crença cristã de que os mandamentos constantes das tábuas de Moisés sejam as leis emanadas de Deus em pessoa, nem mesmo se devem ser tratados como documentos históricos ou de ficção.

O que se busca é a fonte que norteou o legislador de ontem e que deve orientar o de hoje.

Os mandamentos são os precursores das leis ocidentais, pois estabelecem não só a relação dos homens que praticam esses atos com Deus, mas também com outros homens. São regras de convivência em sociedade, tratando da vida, da moral, da propriedade e das relações familiares e comerciais, segundo os valores e as necessidades daquela época.

Algumas sociedades respeitam integralmente os mandamentos, vendo-os como verdadeiras e legítimas proibições até hoje. Outras têm entendimento próprio a respeito desses textos e adotam essa interpretação apenas como regra de conduta.

Os textos gnósticos, como o evangelho de Tomé e o recém descoberto evangelho de Maria Madalena, afirmavam que, por sermos a imagem e semelhança de Deus, a divindade está em nós, justificativa suficiente para que os homens passassem a dizer a lei.

Essa afirmação sempre representou uma ameaça ao poder da igreja, dos reis e dos imperadores que impunham as suas próprias regras à sociedade. Tanto era assim que Constantino adotou apenas quatro dos evangelhos como oficiais: o de João, o de Lucas, o de Matheus e o de Marcos, pois, segundo ele, seria difícil legislar, ditar as regras numa sociedade religiosamente impregnada por sentimentos de igualdade e de que a divindade está em todos os seres vivos.

Isso se aplicava a qualquer tipo de norma, independentemente da matéria que disciplinava, como direito de propriedade, direito comercial, direito civil e o próprio direito penal.

O fato é que, desde a antiguidade, o direito penal já era o reflexo do pensamento social que evoluiu para atribuir ao Estado o dever de buscar a persecução penal e de punir o infrator, ressalvadas, é claro, as situações em que o ofendido, o seu sucessor ou o seu representante legal poderia acionar a máquina judicial para esse fim.

À época, numa sociedade eminentemente patriarcal e machista, essa questão da sucessão já era direcionada de forma a resguardar os interesses das famílias, listando como legítimos detentores desse direito os membros mais próximos do patriarca, que eram os filhos do sexo masculino.

Porém, com a evolução das relações interpessoais e a nova visão social a respeito do assunto, o direito penal foi adaptando-se e incluindo outros membros da célula familiar na lista de legitimados ao exercício desse direito, até chegar à situação disposta no art. 31 do Código de Processo Penal - CPP, que relaciona o cônjuge, o ascendente, o descendente e o irmão.

Isso deixa claro que a norma processual penal, ao longo do tempo, sempre teve como regra-matriz relacionar pessoas que compunham o núcleo familiar da vítima, para definir o direito de suceder o ofendido na busca da persecução penal.

A lei vigente, por exemplo, ao listar como legítimos sucessores o ascendente, o descendente, o cônjuge e o irmão, tinha como objetivo descrever aquilo que a sociedade, à época, entendia como núcleo familiar.

E aqui é importante lembrar que o CPP é do ano de 1941, em que apenas essas pessoas compunham o núcleo familiar na visão de uma sociedade com forte influência do direito canônico. Nesse entendimento, a família era constituída apenas por meio do casamento, sentimento refletido de forma clara no texto do art. 175 da Emenda Constitucional de 1969<sup>1</sup>. Mas será que 70 anos depois essa ainda é a visão de família para sociedade brasileira?

### **3 DA FORMA DE CLASSIFICAÇÃO DAS PESSOAS QUE COMPÕEM O NÚCLEO FAMILIAR PARA FINS DE SUCESSÃO PROCESSUAL**

A partir do momento que a lista de legitimados para suceder o ofendido nasce da relação de pessoas que compõe o núcleo familiar da vítima, torna-se fundamental acompanhar e entender a evolução dessa matéria no ambiente social.

---

<sup>1</sup> “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”.

Visualizar essas mudanças de comportamento para tentar inserir na lei a nova ótica social do que seja família, núcleo familiar e de quem os compõe, depende não somente de muita observação, mas do estudo das relações interpessoais que vêm modificando esses conceitos.

Perdura o entendimento social no sentido de que são os membros do núcleo familiar que devem ter o direito de suceder. Entretanto, a configuração desse núcleo, imposta pela própria sociedade, é outra. Isso porque não é apenas a consanguinidade ou a simples relação derivada do casamento formal que une as pessoas para esse fim.

A definição de família e a fixação do núcleo familiar envolvem uma complexa rede de vínculos de afinidade resultantes das inegotáveis possibilidades de convivência e de relacionamentos aceitos e praticados pelos membros da sociedade. Não se trata mais da simples análise de consanguinidade, ou do formalismo solene do casamento. A família, na singela visão patriarcal, não se sustenta mais, principalmente nos grandes centros urbanos do país, onde esse modelo extenso foi substituído pelo nuclear, restrito a um pequeno número de pessoas ligadas pelos laços de afetividade.

Claro que o casamento sobrevive e ainda é uma forma de se constituir família. Ele só não é mais o único modelo.

O conceito alargado e extremamente dinâmico de família tem relação direta com essa infinidade de arranjos nas relações afetivas e está muito adiante da positivação no ordenamento jurídico, por mais criativo, evolucionista e visionário que seja o legislador.

A Constituição Federal de 1988, ainda que extremamente avançada e abrangente para o seu tempo, ao dispor sobre o conceito de família, não conseguiu, e nem poderia, ser exauriente.

Esses novos arranjos das relações familiares não se excluem, eles se complementam, se justificam, coexistem, se revelam e são repaginados com a mesma velocidade com que as pessoas se comunicam, pois é essa comunicação que cria a possibilidade de novas e infinitas formas e combinações.

Tudo isso vem sendo estudado, discutido e redefinido, diariamente, pelos doutrinadores e pela jurisprudência que tem um papel fundamental no acompanhamento e atualização dessas definições.

Os operadores do direito, em especial do direito de família, têm oferecido contribuições inestimáveis nesse sentido. É a proximidade

com os anseios do jurisdicionado que dá ao interprete e aplicador da lei essa valiosa percepção da realidade.

Mas será que o direito penal, mais especificamente o direito processual penal, tem essa proximidade e essa intimidade com as relações de afinidade que evoluem nos núcleos familiares, ampliando e redefinindo esses conceitos, para classificar as pessoas que compõem essas células sociais?

O legislador penal, para definir quem está legitimado para representar, teria de reconhecer todas as combinações possíveis de relações afetivas que classificam os indivíduos como membros integrantes do núcleo familiar da vítima.

E é aí que a lei processual penal parece não ser a melhor intérprete da vontade social para definir quem tem essa legitimidade, uma vez que o seu acompanhamento da evolução da vida em sociedade não se prende a esse tipo de relação interpessoal, que nasce no ambiente familiar e que, na grande maioria das vezes, somente é exposta nos processos que tramitam em segredo de justiça nas varas de família.

#### **4 O NÚCLEO FAMILIAR E SUA COMPOSIÇÃO NA VISÃO DA SOCIEDADE**

O núcleo familiar, do ponto de vista social, se sustenta nas relações afetivas, independentemente da consanguinidade ou do casamento. O companheiro, o enteado e o companheiro do mesmo sexo fazem parte dessa relação. São os laços de afinidade que unem essas pessoas e que as tornam legítimas integrantes desse grupo, aos olhos da sociedade.

Já não se exige mais a adequação da relação ao modelo tradicional de família, com um homem e uma mulher unidos pelo contrato matrimonial e, no caso de filhos, aqueles advindos dessa união.

Atualmente, a diversidade de sexos, por exemplo, não é mais requisito objetivo a ser considerado na análise de identificação da relação familiar. O que importa é a finalidade de constituir uma família, a estabilidade da relação, a unicidade de vínculo, a notoriedade e a continuidade da convivência, a comunhão de vidas, ou seja, o convívio marital e o vínculo conjugal.

As relações vistas como negócio, denominadas sociedade de fato e de direito, perderam seu espaço nas discussões jurídicas mais balizadas. Hoje, a temática não é mais no sentido de como ocorreu a reunião das pessoas em face do patrimônio que envolve a relação, tampouco na forma de registro desses bens. O que deve ser considerado é se o vínculo existente entre aquelas pessoas é de natureza afetiva com a finalidade de constituir família, independentemente, inclusive, do sexo de cada uma delas.

As limitações impostas pelo modelo patriarcal são superadas pela relação de afeto e pelo exercício do dever de proteção do Estado, no qual a célula familiar pode ser reconhecida até mesmo num ambiente com apenas um membro da sociedade. É o caso do indivíduo solteiro, que vive sozinho e que tem seus bens reconhecidos pelo juiz como bens de família, para efeitos de proteção legal.

Definir e conceituar as relações humanas sempre foi matéria árdua para o próprio homem que as estabelece, ainda mais para a norma que vem atrás dos acontecimentos para tentar regulamentar aquilo que a sociedade já tem como certo.

Aos poucos, o legislador vem entendendo esses novos modelos e corrigindo as imperfeições das normas. É o caso da Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, que alterou o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para estabelecer que:

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Na verdade, esse dispositivo de lei é apenas a formalização, a positivação da vontade social. É o reconhecimento de um direito que, para os membros daquele núcleo familiar, sempre existiu, porque foi deles a opção de formar uma família juntos e naqueles moldes.

O processo de formação familiar não é biológico ou jurídico-formal, é afetivo. Não se sustentam mais as expressões: família de direito, formalmente constituída; e família de fato.

O leitor e intérprete da Constituição deve ter sempre em mente que o seu texto vai além da letra impressa. Ele traz em seu bojo a vontade, os objetivos, os conceitos gerais e os caminhos que a sociedade pretende seguir. E dá a direção, mas não aponta o fim. Traz conceitos amplos, abertos, evolutivos, em constante movimento.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é que deve ser tomado como norte, pois é ele que representa o verdadeiro objetivo social de proteção e respeito aos interesses individuais e coletivos e é com base nele que o direito de cada indivíduo deve ser positivado e conhecido dentro da relação afetiva familiar.

Para o direito, a fiel observância do princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada ao abandono de posturas preconceituosas e deve ser assim do momento da propositura da norma até o de sua aplicação e interpretação.

## **5 O DIREITO PENAL E O DIREITO CIVIL NA FIXAÇÃO DOS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA E SUAS RESPECTIVAS COMPOSIÇÕES**

O Código de Processo Penal, de 1.941, assim estabelece: “Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

Quando se compara o texto da lei processual penal – lembrando que o objetivo do legislador sempre foi resguardar os laços que unem os membros que integram o núcleo familiar – e os novos modelos de união praticados e aceitos em sociedade, fica evidente que a norma de 1941 não consegue reproduzir a atual vontade popular. Aliás, no ano de sua edição já mostrava sinais de falta de atenção em relação aos destinos que a sociedade pretendia trilhar, pela falta de sintonia com o Código Penal que já tratava da figura do companheiro ao dispor sobre condutas criminosas e causas de aumento de pena<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> CP Art. 148, § 1º, inciso I: “se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos”.

CP Art. 129, § 9º: “se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmã, cônjuge ou companheiro”.

Ora, se a lei material, que cuida das normas incriminadoras, bem mais graves, admite o companheiro, sem discriminar o sexo, por que a lei instrumental faria essa restrição na condição de instrumento para aplicação da lei substantiva?

Será que nesses casos, nos quais o código faz referência expressa ao companheiro, o aplicador da lei penal, num crime no qual o agente e a vítima partilham uma relação homoafetiva estável, deve deixar de considerar a circunstância que autoriza o aumento da pena sob o fundamento de que a norma trata apenas das relações no modelo homem/mulher?

Se o fato do agente ou a vítima ser companheiro qualifica a conduta, ou aumenta a pena, não se pode negar a ele o direito de sucessão processual do ofendido.

O abandono material por parte de um dos companheiros, por exemplo, não pode deixar de ser considerado crime apenas porque eles não têm um documento que formaliza a união. Não é a certidão de casamento que tem o poder de tornar a relação afetivo-familiar tão significativa, ela não alimenta nem dá assistência a qualquer dos cônjuges. São os laços afetivos que existem entre as pessoas que geram o dever de cuidado. Não é possível dizer o direito fundado apenas na letra fria da lei a uma sociedade repleta de emoções. Essa deve ser a visão do Estado-juiz.

Nesse ponto, sob o argumento de que a norma criminal é mais grave e que protege direitos e interesses muito mais preciosos, como a vida e a liberdade, além da alegação de que o Estado pode ser extremamente repressor, o intérprete da lei penal vem negando o exercício do direito de sucessão àqueles que não integram a lista posta no art. 31 do CPP.

A impossibilidade de busca da persecução penal, por meio de um sucessor do ofendido, apenas porque essa pessoa não está elencada na norma adjetiva, revela um sistema judicial que respeita apenas os princípios e garantias que envolvem o agressor, deixando a vítima à margem de um processo que só se justifica porque ela, vítima, suportou uma lesão ou uma agressão a um direito seu.

Os operadores do direito civil têm sido muito mais cautelosos e justos ao dirimir questões que envolvem esses conceitos e relações afetivas ocorridas no âmbito familiar. A própria legislação que regula direitos na esfera cível tem-se mostrado mais atualizada.

Exemplos claros desse avanço, ainda que um tanto cuidadosos em conceituar os membros que compõem os novos modelos de núcleo familiar e ainda bastante presos à relação homem/mulher e ao texto constitucional, são as Leis nos 8.213, de 24 de junho de 1981, 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996, que tratam expressamente do companheiro e de seu direito de sucessão.

Importante ressaltar que, felizmente, isso não bloqueia o processo evolutivo das relações sociais, tampouco o avanço das decisões judiciais proferidas por magistrados que colocam todos os seus esforços na tentativa de acompanhar essa verdadeira revolução, e nem do legislador contemporâneo mais atento aos movimentos da comunidade. São pessoas muito próximas dessa realidade social em razão da matéria, de suas respectivas jurisdições e áreas de atuação.

Em recente decisão, a egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim entendeu:

#### EMENTA

(...) Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

Se por força do art. 16 da Lei nº 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

(REsp nº 1.026.981-RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, publicado no D.J.e. de 22.02.2010).

A lei Maria da Penha é um bom exemplo dessa evolução promovida pelo legislador moderno, que dá o primeiro passo para tratar das relações homoafetivas, ao tempo em que estabelece que a violência



doméstica tem a mulher como agente passivo, mas que pode tê-la, também, como agente ativo. Isso, sem entrar no mérito da extensão dos benefícios dessa lei aos homens, matéria que vem sendo alvo de decisões judiciais bastante expressivas.

Tudo isso deixa claro que o direito civil tem conseguido acompanhar essa evolução muito mais de perto. Tem-se mostrado muito mais próximo do entendimento da vida familiar moderna e da catalogação dos novos modelos de convivência marital acolhidos pela sociedade. Ele tem entendido com mais clareza as relações afetivas e a dependência que delas se origina.

A sucessão processual é instituto que depende diretamente da compreensão da visão social de família, razão pela qual o direito processual penal não se mostra o melhor intérprete da matéria. O direito civil está infinitamente mais próximo desses núcleos familiares e consegue visualizar com muito mais clareza a evolução de sua composição.

Como já foi dito, em nome da boa aplicação do direito, é preciso entender e promover a sua sistematização. A sua subdivisão em ramos de atuação não foi algo casual, ela era necessária, mas isso não os tornam ilhas isoladas e soberanas em suas respectivas sabedorias. Eles estão a serviço da sociedade e devem se expressar de forma coerente, única. Cada um deles, dentro do seu ramo de especialização, deve fornecer elementos de formação e informação para os demais. Daí porque o direito processual penal deve buscar no direito civil o conceito e a classificação dos membros das células sociais que tem o direito de sucessão. Isso não é analogia, é sintonia, é atuação sistemática.

## **6 O DIREITO PENAL E A APLICAÇÃO DE CONCEITOS, INSTITUTOS E CLASSIFICAÇÕES DEFINIDAS POR OUTROS RAMOS DO DIREITO**

Como visto, o dever de proteção do Poder Público à família independe da origem e do modelo da entidade, deve ser observado por todos os ramos do direito e de maneira uniforme. Os direitos e garantias conquistados não podem ser desprezados. Não cabe ao direito penal proteger apenas o modelo patriarcal, pois ele faz parte de um sistema

integrado de normas onde todos os modelos de família são beneficiárias da tutela protetora do Estado.

A matéria deve ser conceitual e não textual. No crime de adultério, por exemplo, o bem protegido é a fidelidade recíproca na relação afetivo-familiar daqueles que vivem maritalmente. Não pode o intérprete ou o legislador negar a prestação jurisdicional apenas com fundamento na ausência da certidão de casamento, isso seria o mesmo que dizer que o dever de lealdade entre companheiros não tem significado nem interfere na vida em sociedade.

Essa talvez seja a leitura equivocada do intérprete que não observou, nem tampouco comparou a redação do texto constitucional de 1988, em relação à da Emenda Constitucional nº 01/69.

A família objeto de proteção do Poder Público não é apenas aquela oriunda do casamento civil, mas também a informal e a uniparental, coisa que, aliás, nem é tão novidade assim, haja vista que o vínculo de filiação já configurava o surgimento de famílias antes de 1988.

A busca desses conceitos deve ser constante e a fonte pode ser outra área do direito, desde que, em razão do objeto de sua atuação, tenha condições mais favoráveis para acompanhar a evolução social a respeito do assunto e interpretá-lo de forma mais justa e atual. Esse tipo de procedimento garante melhor rigor técnico e sintonia entre as regras que integram o sistema jurídico vigente.

O que não pode ocorrer é essa discrepância que se observa no tratamento dado pelo direito penal em relação ao direito constitucional e civil, no que se refere à instituição familiar. Isso gera insegurança, desconforto, instabilidade, desconfiança e um forte sentimento de injustiça no meio social.

Por essas razões, quando se busca esse novo modelo de núcleo familiar no direito civil, não se está fazendo uma interpretação analógica ou aplicando a própria analogia num ramo do direito no qual isso é claramente vedado. A adequação desse procedimento não alarga o conceito de família nem legitima pessoas estranhas ao núcleo familiar do ofendido. Reconhecer o direito desses cidadãos de suceder a vítima não é descumprir o texto da lei processual penal, é respeitar a sua razão de existir, seu verdadeiro objetivo, é entender a sociedade cujos interesses o Estado tem o dever de proteger.

## **7 AS RECENTES CLASSIFICAÇÕES A RESPEITO DOS MEMBROS QUE COMPÕEM O NÚCLEO FAMILIAR, ORIUNDAS DESSE NOVO CONCEITO FIRMADO PELA SOCIEDADE**

Como já apresentado, a expressão “companheiro” não está mais vinculada, exclusivamente, à relação homem/mulher, uma vez que a união homoafetiva estável é questão superada socialmente e vem sendo reconhecida tanto judicialmente como pelos órgãos públicos por meio da edição de regulamentos próprios que tratam dos direitos do companheiro, inclusive daqueles do mesmo sexo.

Mas as mudanças provocadas pelo convívio social vão muito além de conceitos escritos. Felizmente elas são identificadas, acompanhadas e reconhecidas por órgãos governamentais, como é o caso do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, que em 7 de junho de 2000 editou a Instrução Normativa 25, na qual estabelece “procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”.

Em que pese o fato de o STF ainda não ter se manifestado especificamente sobre os direitos previdenciários gerados pelas relações homoafetivas, já sinalizou seu entendimento a respeito desse assunto, ao editar o Ato Deliberativo 27/2009, que permite aos seus servidores que partilham relações homoafetivas estáveis incluírem seus parceiros como dependentes do plano de saúde do Órgão, o STF - Med.

Esse é um passo muito importante. Na edição desse ato administrativo, o STF já se refere à estabilidade dessas relações e, além disso, está assinado pelo Ministro Cezar Peluso, atual presidente dessa Corte suprema.

A matéria é nova, as opiniões se dividem, as discussões são acaloradas, poucos questionamentos chegaram até aos Tribunais Superiores, o que restringe o número de decisões a respeito do assunto. Mesmo assim, a ótica vanguardista que tem movido grande parte dos membros do judiciário, vem sendo responsável por decisões brilhantes a respeito do direito previdenciário envolvendo pessoas que partilham relações homoafetivas.

Essas decisões tratam de reconhecer o direito de um dos companheiros nas relações homoafetivas receber a pensão do INSS ou a estatutária, quando do registro do óbito do outro.

No caso do Superior Tribunal de Justiça, essa matéria vem sendo objeto de decisões que se revelaram verdadeiros textos doutrinários, nos quais o conceito de união estável vem ganhando novos contornos e buscando abranger todas as formas de relações afetivas originadas na sociedade e que, de alguma forma, se enquadram no conceito de entidade familiar, gerando, assim, os direitos e deveres previdenciários delas decorrentes.

Seguem trechos dessas decisões:

Recentemente, em julgado de que participei, o TSE (RESPE 24.564/PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no Art. 14, §7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma “união estável homossexual”.

[...]

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

[...]

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>.

Vale citar, pelo menos, a conclusão do voto do Relator no REsp 395.904/RS, Ministro Hélio Quaglia Barbosa<sup>4</sup>, ficando a recomendação

---

<sup>3</sup> STF, Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros – Resp nº 238715/RS – pub. DJ de 02/10/2006 – p. 263.

<sup>4</sup> STJ – Sexta Turma – publicado no DJ de 06/02/2006 – p. 365.

de leitura da manifestação na íntegra, haja vista que o eminente julgador tratou a questão de forma minuciosa, abordando desde os princípios constitucionais que garantem o direito, até as questões sociais e suas mutações em comparação com a morosidade do processo legislativo em acompanhar essas mudanças:

A união homoafetiva é, sem embargo, tema com intensos reflexos no mundo jurídico, não podendo, pois, o direito, em momento algum, fechar-se de modo a ignorar ou simplesmente repudiar a realidade existente; ‘e assim é, na verdade, pois o direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto, pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas interessando no Direito de Família, como o matrimônio E, hoje, a união estável, outras ficando a margem dele’. (REsp 148.897/MG; Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, Julgado em 10/02/1998).

Outro fato que deve ser acompanhado de perto é a conclusão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, de nº 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, para que o tribunal declare a extensão do regime jurídico das uniões estáveis às relações homoafetivas, e da ADPF ajuizada pela Procuradoria-Geral da União, da qual consta um pedido liminar e outro de realização de audiência pública, para que seja reconhecida a união homossexual e que os casais assim formados tenham os mesmos direitos assegurados pela Constituição e pela legislação civil aos companheiros em uniões estáveis – homem/mulher.

O reconhecimento dessas relações vem surtindo efeitos, inclusive, no direito de permanecer no país, como se observa da sentença proferida pelo Juiz da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, publicada em junho de 2008, na qual foi reconhecido o direito de um cidadão americano viver legalmente no Brasil, em razão da comprovação de sua relação afetiva estável, com finalidade de constituir família, com um brasileiro.

## 8 CONCLUSÃO

Quando o intérprete ou o aplicador da norma processual penal entende pelo reconhecimento do direito do companheiro em representar o ofendido, não está fazendo interpretação analógica em *malam partem*, tampouco aplicando o chamado direito do inimigo. Não se está ampliando o conceito de família e legitimando outras pessoas.

Na verdade, o que ocorre nessa hipótese é a correta aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor da vítima, antes interpretado apenas em benefício do réu. Isso não implica dizer que o suposto infrator da lei penal estaria sendo prejudicado, visto que o direito do representante é apenas no sentido de buscar a persecução penal, permanecendo exclusivamente na esfera de atuação do Estado o poder dever de dizer o direito e aplicar a punição.

Esse tipo de reconhecimento não revela nenhuma atitude em sentido contrário ao caminho que vem sendo percorrido pelo legislador que, ainda que de forma muito tímida, pois cuida apenas das relações entre homens e mulheres, já reconheceu e regulamentou o direito sucessório do companheiro, nos termos do disposto nas Leis nºs 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996.

A discussão da matéria não envolve a hierarquia das normas, no sentido de que o Código Civil de 2002 é de hierarquia igual ao Código de Processo Penal, e que, portanto, teria revogado a lei anterior que dispõe de modo diverso.

Como já foi dito, o que se busca é a correta aplicação do conceito de especialização dos ramos do direito. É a melhoria na prestação jurisdicional, o direito em prol do direito. É a tentativa de se editar normas e aplicar o direito da forma mais representativa possível do pensamento social contemporâneo.

Diante de tudo isso, fica evidente que o assunto vem sendo discutido nas instâncias mais balizadas. Assim o direito penal deve reconhecer as suas limitações para participar desses debates e acolher as novas definições que deles emanam.

Todas essas discussões e o efetivo envolvimento da sociedade e da comunidade jurídica, felizmente, teve reflexo no pensamento do legislador, porquanto tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei

do Senado nº 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal e que propõe a seguinte redação:

Art. 45. A ação penal é pública, de iniciativa do Ministério Público, podendo a lei, porém, condicioná-la à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la, segundo dispuser a legislação civil, no prazo decadencial de seis meses, contados do dia em que se identificar a autoria do crime.

[...]

Art. 75. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, a vítima ou, no caso de menoridade ou de incapacidade, seu representante legal, ou, na sua falta, por morte ou ausência, seus herdeiros, conforme o disposto na legislação civil.

[...]

#### TÍTULO IV DAS QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES CAPÍTULO I DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS

Art. 416. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia sobre o estado civil das pessoas, que o juiz repute séria e fundada, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a questão dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único. O Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Art. 417. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre controvérsia diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver

sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que se trate de questão de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§3º Suspenso o processo, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

Art. 418. A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos artigos anteriores, será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

A Exposição de Motivos, que encaminha o projeto ao Presidente da República para sanção, também trás uma visão nova da relação processual, ao tempo em que ressalta a valorização da vítima e a observância dos seus direitos de buscar a reparação do dano sofrido:

Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo



Penal atualmente em vigor – Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado.

[...]

E, a partir daí, a posição da vítima no processo penal modifica-se inteiramente. Convergem para ela inúmeras atenções, não só no plano de uma simbologia necessária à criação e ao fomento de uma cultura de respeito à sua contingente condição pelos órgãos públicos, mas no interior do próprio processo, admitindo-se agora, e à maneira que já ocorre em muitos países europeus, a adesão civil da vítima ao objeto da ação penal. A vítima, enquanto parte civil, poderá ingressar nos autos, não só como assistente da ação, mas também, ou apenas, se assim decidir, como parte processual a ser contemplada na sentença penal condenatória.

O intérprete da lei penal, assim como o legislador, deve estar atento à realidade social na qual o direito de sucessão não se limita à comunhão legal ou consanguínea existente entre a vítima e o seu sucessor, mas também à comunhão de afinidade, de vida, de desejo de estar junto e compartilhar, por simples escolha, por opção.

O Código Civil, em seu art. 1.723, trata dessa matéria com maestria, ao tempo em que deixa claro para o leitor e para o intérprete, que o reconhecimento da entidade familiar envolve a análise de questões relativas à afinidade e ao sentimento espontâneo de estar junto. E até aí é preciso examinar o caso focado na realidade social, considerando que alguns de seus elementos caracterizadores nem sempre podem ser detectados, a exemplo da publicidade da convivência em se tratando de relação homoafetiva.

Melhor não poderia ser o ensinamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar ao afirmar<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> STJ – Quarta Turma – REsp 148.897 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – julgado em 10.02.1998.

[...] e assim é, na verdade, pois o direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto, pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas interessando ao Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a União Estável, outras ficando à margem dele.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**: introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 24. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **O Direito na Bíblia**. São Paulo: Bompastor, 2005.

PALMA, Rodrigo Freitas. **O julgamento de Jesus Cristo**: aspectos histórico-jurídicos. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

---

# CONFERÊNCIAS

---



# A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DA DIVERSIDADE\*

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundador do Estado Democrático de Direito brasileiro, estabelecendo que constituem objetivos fundamentais da República brasileira, entre outros: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; conferir prevalência aos direitos humanos e repúdio ao terrorismo e ao racismo; definir, detalhadamente, os direitos fundamentais; aplicar de imediato as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; recepcionar no ordenamento jurídico brasileiro os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, uma vez que o Brasil é signatário de todos os mais importantes Tratados e Convenções Internacionais sobre esses direitos (CF, arts. 1º, 3º e 5º).

Portanto, o Brasil dispõe de uma minuciosa regulamentação, em nível constitucional, garantidora dos direitos humanos, como corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

## 2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Republicana estabelece que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, conferindo-lhe, entre outras incumbências: (a) a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

---

\* Conferência proferida pela Procuradora-Geral de Justiça Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro em 13/12/2010, na cidade de São Luís, durante a abertura do II Congresso Estadual do Ministério Público do Maranhão: “O Ministério Público na proteção jurídica e social da diversidade”.

indisponíveis; (b) promover, privativamente, a ação penal pública; (c) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais; (d) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (e) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Trata-se de um sofisticado paradigma de garantia dos direitos inscritos em todos os níveis da pirâmide do ordenamento jurídico brasileiro. Para a efetivação deste modelo, de um lado incumbiu ao Ministério Público a defesa da sociedade, conferindo-lhe o papel central de grande *provocador*. De outro, conferiu ao Poder Judiciário o papel de julgador, que só pode atuar mediante *provocação*.

Ademais, o Ministério Público detém a exclusividade da ação penal pública e preside o inquérito civil público, no qual se produzem as provas necessárias ao ajuizamento de ações civis públicas devidamente aparelhadas para a obtenção do provimento jurisdicional necessário à concretização dos direitos coletivos e individuais indisponíveis. As outras entidades civis e os advogados cuidam, majoritariamente, de direitos individuais disponíveis.

Além do papel de imprescindível *provocador* da atuação do Poder Judiciário, compete ao Ministério Público a expedição de *recomendações* e a celebração de *termos de ajustamento de conduta*, instrumentos destinados a assegurar, extrajudicialmente, ou seja, sem ter de recorrer ao Judiciário, os direitos inscritos na Constituição Republicana.

Assim, a atuação do Ministério Público na efetivação da diversidade é de fundamental importância, dada a natureza investigatória, persecutória e assecuratória de direitos humanos dessa grande Instituição republicana.

### 3 DIVERSIDADE RACIAL

A partir da publicação do livro *Casa Grande e Senzala*, de Gilberto Freire, no ano de 1930, instituiu-se o mito de que a miscigenação seria a prova de que existiria uma democracia racial no Brasil. Todavia, pesquisas dos anos posteriores, notadamente dos anos 70, quando a ONU divulgou o relatório intitulado *O Mito da Democracia Racial*

*no Brasil*, demonstraram que o brasileiro lida com a questão de forma velada, sem admitir o racismo latente.

No entanto, as raízes do problema remontam ao tempo da colonização, época em que o próprio Charles Darwin, ao visitar o país, descreveu a escravidão dos negros no Brasil como uma das mais bárbaras e cruéis. Naquele contexto, uma mistura de fatores sociais, jurídicos, antropológicos e religiosos perpetuou a ideia de inferioridade e subalternidade dos negros em relação aos brancos.

Todavia, o próprio conceito de raça não atende aos propósitos do racismo, visto que, apesar da existência das raças negra, branca, amarela e vermelha, todos são indivíduos da mesma espécie (*homo sapiens*). E, para a ciência, nenhum indivíduo da mesma espécie possui características biológicas ou psicológicas singulares, que os tornem superiores ou inferiores uns aos outros.

Atualmente, a questão é tratada no âmbito governamental pela Secretaria Especial de Promoção da Igualdade (detentora de status de Ministério), com ações transversais de vários outros ministérios, conforme determinado no 3º Plano Nacional de Direitos Humanos (PNHD3), cuja Diretriz nº 9 estabelece o combate às desigualdades estruturais, tendo como objetivo estratégico a igualdade e a proteção dos direitos das populações negras, historicamente afetadas pela discriminação e outras formas de intolerância.

No ordenamento jurídico, tem-se os seguintes instrumentos constitucionais e infraconstitucionais de tutela da diversidade racial:

a) O art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão” (incisos XLI e XLII);

b) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, recepcionada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969;

c) a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor;

d) a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que Institui o Estatuto da Igualdade Racial, cujo art. 1º estabelece que o Estatuto se destina a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades,

a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica;

e) a Lei nº 10.639/03, que estabelece o ensino da história da África e dos negros nas escolas brasileiras, cuja observância já foi recomendada aos membros do MP maranhense.

O Estatuto foi saudado como marco histórico para a efetivação da igualdade e da dignidade para a população negra e pobre. Todavia, foram excluídos do projeto original importantes pontos, como a previsão de cotas para negros em universidade e no mercado de trabalho.

De fato, a estatística demonstra a profundidade da desigualdade existente no Brasil. De acordo com pesquisa do IBGE, de 2004: a) a maioria dos ocupados nas seis regiões metropolitanas (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre) é branca (58%) e a maior parte dos desocupados é negra ou parda (50,4%); b) há mais negros e pardos entre os trabalhadores domésticos, por conta própria e sem carteira assinada; c) brancos, ocupados ou não, têm maior escolaridade que negros ou pardos; d) os grupamentos da construção e dos serviços domésticos ocupam mais negros ou pardos, enquanto os brancos têm percentuais relativamente maiores na indústria e no grupamento da saúde, educação e administração pública; e) há um número maior de negros ou pardos subocupados e sub-remunerados; f) o rendimento dos negros ou pardos é menor; e g) mulheres desse grupo ganham menos ainda.

Nada obstante, o sistema de cotas se encontra em discussão no Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, proposta pelo partido Democratas, em julho de 2009, contra atos administrativos da Universidade de Brasília, que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela Universidade, com pedido de medida cautelar de suspensão do registro dos alunos aprovados no último vestibular daquela universidade, indeferida pelo ministro Gilmar Mendes.

Por outro lado, há uma campanha da Secretaria Especial de Políticas da Promoção da Igualdade Racial reconhecendo que o Brasil é uma nação multiétnica, recomendando que o negro declare sua verdadeira cor, quando entrevistado pelos funcionários do IBGE do Censo Demográfico 2010.



Por sua vez, a futura ministra da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a deputada federal Maria do Rosário Nunes, declarou há poucos dias, por ocasião da passagem do Dia Internacional da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, que deseja que as causas da sua futura pasta, se tornem “cultura nacional”, e que haja mais respeito e tolerância em relação às minorias.

#### **4 DIVERSIDADE DE GÊNERO**

No contexto da supremacia dos princípios constitucionais, destaca-se a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), assim denominada em homenagem à brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica, vítima emblemática da violência doméstica. Maria da Penha sobreviveu a agressões mortais perpetradas por seu ex-marido, o professor universitário colombiano Marco Antônio, no ano de 1983, ficando paraplégica. Nove anos depois, seu agressor foi condenado a oito anos de prisão. Por meio de recursos judiciais ficou preso por dois anos e foi libertado em 2002.

O fato foi levado ao conhecimento da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e da OEA, sendo reconhecido, pela primeira vez na história, um crime de violência doméstica.

A nova Lei reconhece a gravidade dos casos de violência doméstica e retira dos juizados especiais criminais (que julgam crimes de menor potencial ofensivo) a competência para julgá-los. Antes da edição da lei, vários estudiosos registravam que, na maioria dos casos, a inclusão desses crimes na alçada dos juizados especiais “gerava arquivamento massivo dos processos, insatisfação das vítimas e banalização da violência doméstica”.

Todavia, alguns juízos e tribunais, passaram a afastar a aplicação da Lei Maria da Penha por considerá-la inconstitucional, por suposta ofensa: a) ao princípio da igualdade; b) à competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária local; c) à competência dos juizados especiais. Tais fatos levaram o Presidente da República a propor perante o Supremo Tribunal Federal, ao final do ano de 2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade, dos arts. 1º, 33 e 41 da referida lei (ADC nº 19).

Na petição inicial da ação, o Presidente da República alegou, em resumo, que: a) a Lei Maria da Penha foi editada para dar cumprimento à Carta Política e à Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, estando de acordo com a diretriz internacional de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; b) não há ofensa ao princípio da isonomia, porquanto não basta afirmar a igualdade formal, mas de tratamento diferenciado entre homens e mulheres, em função da disparidade social entre os sexos e da realidade brasileira, na qual a violência doméstica e familiar contra a mulher sempre foi demonstrada por dados estatísticos incontestáveis, em atenção a critérios de razoabilidade e observância da igualdade material; c) as regras de competência e de redefinição do conceito de crime de menor potencial ofensivo são absolutamente razoáveis, notadamente porque a Lei nº 9.099/1995 e a Lei Maria da Penha são de mesma envergadura legislativa.

O Relator da ADC negou a medida liminar requerida na ação. Há dois pedidos do Presidente da República de preferência para julgamento. No dia 2 de março de 2009 a Procuradoria Geral da República emitiu parecer pela procedência do pedido. Em 18 de novembro de 2009 os autos foram conclusos ao relator.

Registre-se que a presidente eleita, Dilma Rouseff, ardorosa defensora dos direitos humanos, declarou ser radicalmente contra o apedrejamento da iraniana Sakineh Ashtiani, acusada de adultério e homicídio em seu país, por considerar o fato uma coisa bárbara. Com a pressão internacional contra o apedrejamento, a iraniana pode ser executada por enforcamento.

No tocante à atuação do Ministério Público, chegou-se a alegar que alguns crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher seriam de ação penal privada. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus nº 96992, decidiu que a violência doméstica contra a mulher constitui delito de ação penal pública incondicionada, havendo a relatora do processo destacado que o Ministério Público tem o dever de mover ação em casos de lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito familiar contra a mulher.

Alguns meses atrás, entidades sociais de defesa da mulher deram entrada na Procuradoria Geral de Justiça em um pedido de análise

e adoção de providências quanto a atitudes que poderiam configurar atos de preconceito contra mulheres, atribuídos a alguns juizes de direito de varas de família maranhenses. A notícia foi recebida como assunto de suma importância institucional e repassada a todos os Promotores de Justiça com atuação na área de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher para atuação sincronizada no combate a mais essa forma de violência contra a mulher.

## **5 DIVERSIDADE SEXUAL**

A passagem da primeira mulher pela chefia da Procuradoria Geral da República foi curta, porém, marcante. Em apenas 22 dias como Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat emitiu parecer na ação sobre aborto de anencéfalos e ajuizou processos sobre assuntos polêmicos, como a grilagem na Amazônia e união civil entre homossexuais.

Na defesa da diversidade sexual, a Procuradora-Geral propôs, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Preceito Fundamental nº 178, requerendo à Corte declarar: a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A tese da ADPF é a de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implica em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proibição de discriminações odiosas, da igualdade, da liberdade, e da proteção à segurança jurídica.

A medida cautelar requerida foi indeferida pelo ministro Gilmar Mendes, cujo despacho ordenou a devolução da ação à Procuradoria Geral para ser emendada, sob o fundamento de ausência de objeto delimitado.

Posteriormente, o ministro conheceu da ação como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4277), a qual recebeu parecer da Procuradoria Geral da República, em setembro de 2009, pela procedência do pedido.

Outra marcante atuação institucional foi o ajuizamento de uma ação civil pública pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul para garantir direitos previdenciários ao companheiro (ou companheira) homossexual. A ação recebeu tutela antecipada na primeira instância, havendo o INSS recorrido. A medida foi confirmada, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Todavia, no Superior Tribunal de Justiça o ministro Og Nicéas Marques Fernandes julgou monocraticamente o agravo regimental interposto pelo INSS, extinguindo o processo, sob a justificativa de que o Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor aquela ação civil pública. Inexplicavelmente, não houve recurso por parte do Ministério Público Federal.

No plano governamental, as ações também têm sido ousadas. O PNHD 3, por exemplo, encerra a Diretriz 10, que trata da garantia da igualdade na diversidade, tendo como objetivos estratégicos, entre outros: a afirmação da diversidade para a construção de uma sociedade igualitária; e a garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero. A Portaria nº 513, de 9 de dezembro, expedida pelo Ministério da Previdência Social, resolveu que os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. E o Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro deste ano, criou o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que tem por finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

No aspecto social, em 2007 o Jornal Folha de São Paulo divulgou uma pesquisa nacional do Datafolha, realizada em 211 municípios, que traçou um novo perfil da família brasileira. O resultado indicava uma mudança nos hábitos, valores e opiniões no país desde 1998, quando a Folha realizou a primeira edição do mesmo levantamento.

Entre as principais mudanças detectadas pela pesquisa, entre os dois períodos, está a maior tolerância das famílias para aspectos como perda da virgindade, sexo no namoro e na casa dos pais, gravidez sem casamento e homossexualidade.

Todavia, nos últimos meses, tem havido um notável recrudescimento da violência contra homossexuais, em casos como: a) um militar está detido por ter baleado um rapaz no Arpoador depois da Parada Gay no Rio, por ser homossexual; b) cinco jovens de classe média agrediram três jovens na Avenida Paulista com socos, pontapés e lâmpadas fluorescentes, por terem sido identificados como homossexuais; c) no Maranhão, as investigações sobre os assassinatos, ao longo deste ano, de um comerciante, um empresário e, mais recentemente, de um médico, apontam para crimes cometidos por garotos de programa pagos pelas vítimas para manterem relações homossexuais.

Uma pesquisa do Grupo Gay da Bahia mostra que, a cada dois dias, um homossexual é assassinado no Brasil. Só em 2009, de acordo com a entidade, pelo menos 198 homossexuais foram mortos, um número 55% maior do que o registrado em 2008. O número de homossexuais assassinados no Brasil bateu o recorde histórico em 2009.

Conforme o GGB, o Brasil continua liderando o número de mortes violentas de homossexuais, vencendo de longe o México (país conhecido pelo seu machismo) que registrou 35 casos no ano passado e Estados Unidos, com 25.

O levantamento, único no gênero realizado no Brasil, é realizado através da coleta de informações de crimes de homossexuais veiculados nos meios de comunicação, pois de acordo com o antropólogo Luiz Mott, fundador do Grupo, não existem estatísticas oficiais sobre o crime de ódio no País. “Estes números são apenas a ponta de um iceberg de sangue e ódio, pois não havendo estatísticas governamentais sobre crimes de ódio, nos baseamos em notícias de jornal e internet, uma amostra assumidamente subnotificada”, declarou.

Por isso a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais defende que uma das ações mais imediatas para conter a onda de homofobia é o encaminhamento do PLC 122. Aprovado no Congresso Nacional, o projeto de lei visa à alteração da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, caracterizando como crime “a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”.

Entretanto, na contramão da história dos direitos humanos, o deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ), notório fascista, integrante da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, declarou na revista Veja

nº 2195, que “os pais têm direito de surrar os filhos com tendências homossexuais”. Aplica-se, assim, a máxima de Foucault, segundo a qual “a verdade de cada um está muito ligada à verdade do sexo”.

Nada obstante, a diversidade sexual tem obtido imensa visibilidade e, pela primeira vez em todo o Brasil, o IBGE vai contabilizar casais homossexuais no Censo Demográfico 2010, facilitando, assim, ações de tutela a serem empreendidas pelo Ministério Público.

## **6 DIVERSIDADE SOCIOECONÔMICA**

As políticas compensatórias começaram nos Estados Unidos, com o pagamento de indenizações a descendentes de índios, por causa dos massacres das tribos.

A política compensatória que mais causou polêmica naquele país foi a política de cotas, destinada a garantir acesso de negros, hispânicos e indígenas à universidades americanas, reservando-lhes um percentual das vagas, bem como postos de trabalho na iniciativa privada e no funcionalismo público.

Todavia, no ano de 1978, a Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade do sistema de cotas, por ofensa ao princípio da igualdade. O sistema foi substituído, em algumas universidades americanas, pelo chamado sistema de “preferências”, que confere pontos de acordo com certas características dos alunos.

Seguindo o modelo americano – de indenizar as discriminações e preconceitos – o Brasil tem buscado implementar políticas compensatórias. No atual cenário político-social brasileiro questionam-se as possibilidades e os limites das políticas de ação afirmativa e os resultados atingidos por medidas universalistas adotadas pelo Estado.

Enquanto as políticas universalistas partem do pressuposto de que o ideal é dar o mesmo tratamento a todos, as de ação afirmativa têm como meta tratar de maneira diferente os diferentes, minimizando as formas de discriminação que impeçam o acesso a oportunidades e benefícios, de forma a se atingir a igualdade real.

No âmbito desta discussão, é essencial estabelecer uma clara distinção entre igualdade real e igualdade formal de direitos universais. A igualdade real é materializada no gozo efetivo por todos os cidadãos dos direitos universais, enquanto a igualdade formal consiste num

enunciado de igualdade de direitos inscrito em uma norma legal, como, por exemplo, o artigo 5º da Constituição de 1988.

A rigor, todos concordam que a estrutura da sociedade brasileira é injusta e que grande parte desta injustiça é fruto do secular preconceito e discriminação, bem assim que a dívida social é imensa e que algo deve ser feito para resgatar esta dívida.

Contudo, não resta dúvida de que essas ações devem fundar-se em uma justificativa objetiva, com observância dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Sem dúvida, políticas compensatórias são soluções de curto prazo. A solução de longo prazo para os problemas sociais do Brasil consistem, sim, em políticas capazes de dar efetividade aos objetivos fundamentais da República Federativa inseridos na Constituição Federal, voltadas, sobretudo, a erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e garantir um ensino público de qualidade.

## **7 CONCLUSÃO**

A conclusão sobre a importância da atuação do Ministério Público, enquanto agente de transformação social, na tutela da diversidade, harmoniza-se com as considerações feitas pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais, em face de manifestações de homofobia e intolerância, no sentido de que “se a cultura é adquirida, conforme definiu Lévi-Strauss, também pode ser mudada”, cabendo a todos a responsabilidade por uma mudança cultural capaz de tornar realidade o seguinte pensamento de Nelson Mandela, citado pela referida Associação:

Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se elas aprendem a odiar, podem ser ensinadas a amar, pois o amor chega mais naturalmente ao coração humano do que o seu oposto. A bondade humana é uma chama que pode ser oculta, jamais extinta.





# A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA \*

## 1 DIREITOS HUMANOS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Tenho repetido, invariavelmente, em inúmeros conclaves, que a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundador do Estado Democrático de Direito brasileiro, estabelecendo que constituem objetivos fundamentais da República brasileira, entre outros: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; conferir prevalência aos direitos humanos e repúdio ao terrorismo e ao racismo; definir, detalhadamente, os direitos fundamentais; aplicar de imediato as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; recepcionar no ordenamento jurídico brasileiro os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (CF, arts. 1º, 3º e 5º), sendo o Brasil signatário de todos os mais importantes Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos.

Em consequência, verifica-se que o Brasil dispõe de uma minuciosa regulamentação, em nível constitucional, garantidora dos direitos humanos, como corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

## 2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Republicana estabelece que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,

---

\* Conferência proferida pela Procuradora-Geral de Justiça Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro, durante o XII Congreso de Historia de los Derechos Humanos de La Universidad de Salamanca: “Esclavitudes del Siglo XXI”, realizado no período de 1º a 3/12/2010, na cidade de Salamanca-Espanha.

conferindo-lhe, entre outras incumbências: (a) a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; (b) promover, privativamente, a ação penal pública; (c) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais; (d) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (e) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

A rigor, a Constituição Federal instituiu um sofisticado paradigma de garantia dos direitos inscritos em todos os níveis da pirâmide do ordenamento jurídico brasileiro. Para a efetivação deste modelo, de um lado incumbiu ao Ministério Público a defesa da sociedade, conferindo-lhe o papel central de grande *provocador*. De outro, conferiu ao Poder Judiciário o papel de julgador, que só pode atuar mediante provocação. De sorte que as duas Instituições protagonizam papel essencial na implementação dos direitos constitucionais: o Ministério Público *provocando*, por meio do ajuizamento das ações públicas, e o Judiciário, emitindo as decisões apropriadas, desde que *provocado*.

Ademais, o Ministério Público detém a exclusividade da ação penal pública e preside o inquérito civil público, no qual se produzem as provas necessárias ao ajuizamento de ações civis públicas devidamente aparelhadas para a obtenção do provimento jurisdicional necessário à concretização dos direitos coletivos e individuais indisponíveis. As outras entidades civis e os advogados cuidam, majoritariamente, de direitos individuais disponíveis.

Além do papel de imprescindível *provocador* da atuação do Poder Judiciário, compete ao Ministério Público a expedição de *recomendações* e a celebração de *termos de ajustamento de conduta*, instrumentos destinados a assegurar, extrajudicialmente, ou seja, sem ter de recorrer ao Judiciário, os direitos inscritos na Constituição Republicana.

No tocante à investigação criminal, há dados estatísticos demonstrativos da extraordinária credibilidade depositada no Ministério Público pela sociedade, enfatizando que entidades como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Anistia Internacional e a própria sociedade brasileira reconhecem que somente uma Instituição independente, forte e capilarizada

como o Ministério Público pode conduzir uma investigação imparcial, em determinados casos (violação a direitos humanos, por exemplo), capaz de evitar a impunidade e o conseqüente estímulo à criminalidade.

Dessa forma, a atuação do Ministério Público no combate ao crime de tráfico de pessoas está inserida nesse perfil institucional, embora essa modalidade delituosa signifique um imenso desafio não somente para o Brasil e para as autoridades brasileiras, mas para todo o mundo globalizado.

De fato, o enorme desafio impõe a integração em diversos níveis institucionais e transnacionais. Impõe, também, o desenvolvimento de ações integradas entre estados internacionais e entre Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário. Nesse contexto, vale ressaltar a atuação do Conselho Nacional do Ministério Público na elaboração de diretrizes de atuação uniforme dos diversos ramos do Ministério Público, como a meta institucional de erradicar o subregistro e viabilizar o julgamento dos processos (em tempo razoável) de crimes de homicídio perpetrados no território nacional.

Assim, a atuação do Ministério Público na efetivação dos direitos humanos e no combate ao tráfico de seres humanos (considerado a escravidão do Século XXI) é de fundamental importância, dada a natureza investigatória, persecutória e assecuratória de direitos humanos dessa Instituição republicana. Sem dúvida, como é largamente reconhecido, cabe ao Ministério Público a garantia de investigação e punição adequada aos casos de combate ao tráfico de pessoas.

### **3 TRÁFICO DE SERES HUMANOS E EXPLORAÇÃO SEXUAL**

Embora se trate de uma prática encontrada em quase todos os países do mundo, a notificação sobre casos relacionados ao tráfico de pessoas ainda é muito baixa entre os países. Além disso, como cada país registra os casos de maneira distinta, não é fácil distinguir os casos concretos.

Não obstante, segundo estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2005 havia mais de 2,4 milhões de casos dessa prática ilegal no mundo. No Brasil, o problema é ainda mais grave, porque o país é, simultaneamente, origem, trânsito e recepção de vítimas.

De acordo com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (United Nations Office on Drugs and Crime-UNODC), agência guardiã da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e do Protocolo contra o Tráfico de Pessoas, o tráfico de seres humanos é um crime que atinge pelo menos 2,5 milhões de pessoas e movimenta 32 bilhões de dólares por ano (a exploração sexual de mulheres é responsável por 79% desse quadro), estando à frente do trabalho forçado que é a segunda forma mais comum de tráfico humano.

Conforme especialistas do UNODC, nos últimos dois anos 80% dos 155 países analisados pela ONU adotaram algum tipo de lei voltada especificamente para o combate a esse crime.

Em 2009, segundo relatório do Departamento de Estado americano, foram instaurados mais de 4 mil processos por tráfico de pessoas no mundo todo. Desse total, 335 se relacionavam a casos de trabalho forçado. Paralelamente, foram identificadas mais de 49 mil vítimas no mesmo período.

Uma pesquisa realizada em 115 países pelo UNODC, e divulgada em 2009, apontou que as principais vítimas brasileiras são adolescentes e mulheres, enganadas com falsas promessas de trabalho no exterior, que são traficadas para fins de prostituição.

Nesse contexto, os tratados e convenções sobre tráfico de seres humanos recomendam: (a) que os países combatam o tráfico de pessoas se utilizando de ações voltadas à prevenção ao crime, proteção e atenção às vítimas e potenciais vítimas e criminalização dos autores; (b) o treinamento de policiais, promotores, procuradores e juízes; (c) melhoria dos serviços de proteção e assistência às vítimas e às testemunhas, reforçando o cuidado para evitar que ocorra a revitimização, ou seja, que uma pessoa que já sofreu com o tráfico humano, acabe sendo, mais uma vez, vítima do constrangimento e da humilhação, lembrando que a atenção com as vítimas tem de ser ainda mais prioritária por se tratar de uma população especialmente vulnerável; (d) o fortalecimento dos sistemas de justiça dos países, para que os criminosos sejam julgados e (e) que os países tipifiquem, em suas legislações nacionais, o crime de tráfico de pessoas.

Em termos de criminalização o tráfico de pessoas no Brasil, apesar de a legislação caracterizar o trabalho forçado e a remoção ilegal

de órgãos como práticas criminosas, eles não estão vinculados diretamente à atividade do tráfico de pessoas.

Na verdade, no ano de 2009, os arts. 231 e 231-A<sup>1</sup> do Código Penal brasileiro, que tratam do tráfico de pessoas, foram alterados, sem, contudo, vincular o trabalho forçado e a remoção ilegal de órgãos ao tráfico de pessoas, persistindo a necessidade de específica tipificação dessas condutas.

#### 4 TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS

Essa modalidade de tráfico se encontra em vários países e é praticado por organizações criminosas internacionais de tráfico. As principais vítimas são pessoas jovens que têm seus órgãos subtraídos e vendidos não somente para pacientes que necessitam de transplantes, mas, também, para pesquisa biomédica. Geralmente as vítimas são pegadas em armadilhas e levadas a uma clínica clandestina onde é feita a intervenção para retirada do órgão desejado.

Organizações governamentais e não governamentais brasileiras, com a ativa participação do Ministério Público, têm intensificado a discussão, em audiências públicas, sobre a questão do tráfico de órgãos humanos, destacando os seguintes temas: “direitos humanos e a dignidade da pessoa humana”, “a violência, a desvalorização da vida e a

---

<sup>1</sup> *Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual*

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

[...]

*Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual*

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

[...]

banalização do corpo humano”; “tráfico de seres humanos e a realidade nacional e internacional”; “caracterização de retirada ilegal de órgãos humanos”; “as leis brasileiras e as brechas que dão margem a esse crime”; e “as leis de transplante de órgãos”.

As audiências têm o objetivo de esclarecer a realidade da prática do tráfico de órgãos humanos, na busca de sensibilizar o legislador brasileiro para catalogar essa atividade como crime vinculado ao tráfico de seres humanos, estabelecendo tipificação, definição e caracterização do tráfico de órgãos humanos. Atualmente, os casos de retirada ilegal de órgãos são tratados como crimes comuns.

Aliás, há poucos dias, a Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Pessoas recomendou a criação de um Comitê Interinstitucional Nacional que tenha a participação de todos os Ministérios da Presidência da República, Ministérios Públicos, Comitês Estaduais e Organizações da sociedade civil, para uma atuação ampla e conjunta, atendendo de forma abrangente o problema em todo o país. Esse Comitê também exerceria o papel de monitorar as ações de enfrentamento, repressão e atendimento, executadas pelas entidades em todos os estados brasileiros.

## **5 AÇÕES NO BRASIL**

### **5.1 Programa Nacional de Direitos Humanos**

Ao lançar o III Programa Nacional de Direitos Humanos (plano plurianual que orienta as ações do governo federal), o presidente Luís Inácio Lula da Silva ressaltou a primazia conferida pelo governo aos direitos humanos, notadamente nas relações internacionais do país. O Programa segue as diretrizes dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário. No tocante ao tráfico de pessoas, consta do PNDH III:

Eixo Orientador IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência

Diretriz 13: Prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos.

Objetivo estratégico VI: Enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Ações programáticas:

- a) Desenvolver metodologia de monitoramento, disseminação e avaliação das metas do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, bem como construir e implementar o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.
- b) Estruturar, a partir de serviços existentes, sistema nacional de atendimento às vítimas do tráfico de pessoas, de reintegração e diminuição da vulnerabilidade, especialmente de crianças, adolescentes, mulheres, transexuais e travestis.
- c) Implementar as ações referentes a crianças e adolescentes previstas na Política e no Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.
- d) Consolidar fluxos de encaminhamento e monitoramento de denúncias de casos de tráfico de crianças e adolescentes.
- e) Revisar e disseminar metodologia para atendimento de crianças e adolescentes vítimas de tráfico.
- f) Fomentar a capacitação de técnicos da gestão pública, organizações não-governamentais e representantes das cadeias produtivas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas.
- g) Desenvolver metodologia e material didático para capacitar agentes públicos no enfrentamento ao tráfico de pessoas.
- h) Realizar estudos e pesquisas sobre o tráfico de pessoas, inclusive sobre exploração sexual de crianças e adolescentes.

De acordo com especialistas, um dos efeitos positivos do plano nacional foi o estímulo à formulação de políticas locais para o enfrentamento do problema, destacando que “o fato de haver uma política e um plano significa que o governo reconhece a problemática. Há um interesse maior em discutir o assunto e combater o crime. Além disso, a sociedade está mais consciente”.

Bem por isso, os governos estaduais passaram a incluir o problema em suas agendas. De fato, é no âmbito estadual que os núcleos

de atendimento referentes ao tráfico de pessoas, formados por órgãos públicos e entidades da sociedade civil, empreendem grande parte das ações de prevenção, repressão e atendimento às vítimas. Atualmente, o Brasil conta com sete desses núcleos de atendimento (São Paulo, Pernambuco, Pará, Ceará, Goiás, Bahia e Rio de Janeiro), ou seja, em localidades em que está registrada a maioria das ocorrências de tráfico de pessoas.

O procedimento desses núcleos envolve o acolhimento da vítima por uma equipe multidisciplinar e, a partir daí, o encaminhamento aos ministérios públicos estadual ou federal, que cuidam dos processos de responsabilização dos culpados. Pessoas ameaçadas são abrigadas em sigilo pelo Programa de Proteção às Testemunhas (Provita) ou pelo Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM), especialmente quando elas cooperam com a polícia na investigação do caso.

Se um imigrante traficado para o Brasil deseja permanecer no país, recebe abrigo. Diversos órgãos são acionados para propiciar sua integração social, por meio de assistência à saúde, formação para atividade laboral, ajuda de custo e educação para os filhos. Se, em vez disso, o imigrante preferir voltar para o seu país, o Ministério da Justiça e a Organização Internacional para as Migrações custeiam o retorno. Além disso, há o acompanhamento da pessoa por mais seis meses no país de origem.

Destaca-se, ainda, a atuação dos municípios por meio do envolvimento das prefeituras, polícias e ONGs. Uma das mais bem sucedidas iniciativas municipais é a instalação dos postos avançados nos principais aeroportos brasileiros, que congregam os esforços do poder público e da sociedade civil organizada. Esses postos são centrais de atendimento e de informação e trabalham em parceria com os núcleos estaduais para assistência às vítimas. O objetivo é acolher pessoas deportadas e orientar os que vão embarcar quanto aos riscos de uma viagem duvidosa.

Órgãos governamentais, entidades da sociedade civil e especialistas reconhecem que houve um avanço no combate ao problema no Brasil, mas ainda há muito por fazer. O governo federal tem investido maciçamente em ações de combate ao tráfico desde 2008, de forma direta e indireta, ressaltando-se que, além do estabelecimento de políticas públicas específicas, o III Programa Nacional de Direitos Humanos possibilitou definir metas transversais entre oito ministérios do governo federal, os quais estão envolvidos diretamente no assunto, facilitando o



diagnóstico do problema e a atuação de instituições como o Ministério Público, responsável por exigir que o poder público zele pelo efetivo respeito dos direitos estabelecidos na Constituição Federal.

## **5.2 Campanhas**

No Brasil, como em praticamente todos os países onde ocorre o tráfico de seres humanos, o trabalho de prevenção é realizado por meio de campanhas veiculadas na mídia e pela distribuição de materiais informativos, com a finalidade de aumentar a consciência pública e, conseqüentemente, a colaboração da sociedade, no enfrentamento do tráfico de pessoas.

Tanto é assim que, no início de 2010, a Secretaria Nacional de Justiça veiculou uma campanha publicitária de alerta sobre essa prática ilícita, com intervenções inovadoras e inserção de peças publicitárias em locais como aeroportos, rodoviárias e estações de metrô. Posteriormente, o coordenador do Ministério da Justiça revelou que a campanha estimulou o aumento do número de denúncias em cerca de 50% entre os meses de fevereiro e abril de 2010.

Outrossim, no mês de fevereiro deste ano, o Ministério da Justiça lançou a bem sucedida campanha com o tema: “Tráfico de Pessoas: Ajude o Brasil a não cair nessa armadilha”, esclarecendo a população sobre essa hedionda prática.

Dessa forma, ações preventivas, campanhas e produção de pesquisas, estão sendo disseminadas pelo país, bem como desenvolvidas estratégias institucionais de repressão organizada, com o engajamento da polícia, do Ministério Público e do Judiciário, tanto nacional como internacional.

## **5.3 Serviço de Inteligência**

Segundo dados do Ministério da Justiça, nos dois últimos anos, cerca de 20 mil policiais do país foram capacitados para lidar com o problema, o que redundou num maior número de condenações de pessoas envolvidas com essa prática ilegal. O Estado campeão de processos pela prática desse ilícito é Goiás. Em 2005, após a adoção pelo Brasil de leis antitráfico, houve um aumento sensível de casos registrados.

Todavia, o país enfrenta sérios desafios em relação ao desenvolvimento de estratégias de inteligência, já que há problemas para sistematizar e unificar os dados disponíveis. Hoje, não existe um número oficial de casos de tráfico, porque são registrados apenas os que foram julgados. “Nem todos têm caráter penal. Muitos não chegam a gerar processos, mas isso não significa que não existiu o crime”, apontam as pesquisas de várias ONGs. “Hoje, os dados disponíveis são insuficientes e não há análise”, revelam estudos da Coordenadoria do Núcleo Estadual de Tráfico de Pessoas de São Paulo.

Nesse contexto, um dos objetivos do Ministério da Justiça é criar um sistema de informação único, capaz de sistematizar os dados sobre perfil das vítimas, detalhes sobre as rotas e outras informações registradas por órgãos governamentais e não governamentais.

O país também enfrenta problemas na adaptação da legislação. Faltam mecanismos para responsabilizar e punir aliciadores, traficantes e exploradores. E as ações de combate muitas vezes apresentam defasagem em relação às inovações que os criminosos imprimem às suas práticas, como a criação de novas rotas, o uso de tecnologia para aliciamento das vítimas e a associação com outras atividades ilegais, como lavagem de dinheiro e tráfico de drogas.

Recentemente, o Departamento de Estado americano divulgou um relatório em que classificava as práticas dos países em relação à resolução do problema. O Brasil está na lista daqueles que não cumprem totalmente os requisitos para a eliminação do tráfico, muito embora se deva reconhecer que vem desenvolvendo esforços significativos nesse sentido.

Registre-se que, em seu primeiro discurso à nação, a presidente eleita Dilma Roussef comprometeu-se a “zelar pela observação criteriosa e permanente dos direitos humanos, tão claramente consagrados na nossa própria Constituição”, o que indica o compromisso com o contínuo aperfeiçoamento do enfrentamento de todas as formas de violação aos direitos humanos, entre as quais se insere o tráfico de pessoas.

## **6 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL**

Sabe-se que o tráfico de pessoas não se limita às fronteiras dos países. Além disso, o aparato e a sofisticação do crime organizado trans-

nacional expõe a insuficiência dos mecanismos de enfrentamento tradicionais isolados de cada Estado Internacional. Assim, há consenso de que esse crime somente pode ser enfrentado por meio da cooperação internacional.

Sem dúvida, as modalidades do crime organizado transnacional decorrem do fenômeno da globalização. Portanto, os governos têm buscado novas formas de combate a esse ilícito via cooperação bilateral, regional e multilateral, mediante cooperação jurídica, técnica, policial, tecnológica, econômica e comunicacional. Segundo a pesquisa de organismos internacionais, o tráfico internacional de pessoas desponta como a terceira modalidade mais lucrativa para as organizações criminosas transnacionais no contexto global, unindo-se a outras redes de crime organizado, como o tráfico de armas e de drogas.

A ONU, objetivando viabilizar respostas efetivas a esse grave problema, promoveu a criação de mecanismos dinâmicos e flexíveis de combate, por meio da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e de seus três Protocolos adicionais, assim direcionados: (a) à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças; (b) ao tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e aérea; e (c) à fabricação ilícita e ao tráfico de armas de fogo.

A Convenção, com seus três protocolos, conceitua o crime transnacional, instrumentalizando os governos dos Estados internacionais a prevenir e combater o crime organizado, por meio de um conjunto de medidas que incluem técnicas de legislação criminal e cooperação internacional, incentivando, ainda, a assistência mútua entre os Estados para a desarticulação de organizações criminosas internacionais.

O Protocolo de Palermo, elaborado pela comunidade internacional em 2000 e assinado por 147 países, define o tráfico de pessoas como “o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração”.

O Protocolo estabelece que compete aos Estados-Parte a criação de medidas de proteção às vítimas de tráfico de pessoas, prevendo a criação de meios que permitam sua recuperação física, psicológica e

social, incluindo a cooperação entre iniciativa governamental, ONGs e outros elementos da sociedade civil, para o fornecimento de: (a) alojamento adequado; (b) aconselhamento e informação, especialmente quanto aos direitos que a lei lhes reconhece, numa língua que compreendam; (c) assistência médica, psicológica e material; e (d) a oportunidade de emprego, educação e formação. Estabelece, ainda, que os Estados garantirão a segurança física das vítimas de tráfico de pessoas, enquanto estas se encontrarem no seu território, e que cada Estado assegurará que o sistema jurídico contenha medidas que ofereçam a possibilidade de obter indenização pelos danos sofridos.

A propósito, no âmbito do Mercosul, existe um grupo de trabalho, organizado pelos governos, que promove o desenvolvimento de ações regionais não só para a promoção de assistência às vítimas nesses países, como, também, para a organização de informações num sistema único de dados.

No plano interno, pesquisas divulgadas pelo Ministério da Justiça, apontaram a Bélgica, Portugal e a Espanha como principais países-destino das mulheres vítimas do tráfico internacional de pessoas. Os dados revelaram que, das 100 rotas de tráfico de pessoas identificadas, a Espanha tem 32 rotas como destino final. Ademais, dados da Guardia Civil e da Polícia Nacional Espanhola indicam o aumento do número de vítimas de prostituição brasileira na Espanha, impondo a esses dois países a adoção de medidas efetivas para a erradicação do tráfico e da imigração irregular de mulheres.

Em relação ao Brasil e à Espanha, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional foi ratificada por esses dois Estados em 2004 e em 2002, respectivamente, assim como o Protocolo Adicional contra o Tráfico de Pessoas (Protocolo de Palermo) e o Protocolo Adicional contra do Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Essas iniciativas constituem inequívoca demonstração da intenção dos dois países de cooperar para o combate ao crime organizado transnacional.

Dessa forma, percebe-se, no âmbito da prevenção, a formação de uma rede de atores brasileiros e espanhóis, principalmente de organizações da sociedade civil, que estão se mobilizando para a criação de uma rede bilateral que pretende melhorar a articulação das ações de forma geral e possibilitar uma maior proximidade com a realidade das

mulheres traficadas que estão na Espanha, para criar uma metodologia de prevenção ao tráfico. De sorte que, nos dois países, organizações não governamentais e agências multilaterais agem de forma colaborativa, promovendo a troca de experiências desenvolvidas localmente.

O Brasil, igualmente, vem, paulatinamente, efetivando medidas referentes à prevenção, de forma transversal, com estrutura interministerial, por meio de capacitação, campanhas, políticas de distribuição de renda e políticas de prevenção à violência contra a mulher.

A iniciativa brasileira é, em parte, consequência da adesão do país ao Protocolo de Palermo, a partir de cuja assinatura o governo federal passou a aprofundar ações que, de fato, contemplam os três eixos principais previstos no protocolo para o enfrentamento do tráfico de pessoas, ou seja: a prevenção, o atendimento à vítima e a repressão da prática.

## **7 CONCLUSÃO**

O Ministério Público brasileiro, por seu perfil constitucional, desempenha papel essencial na defesa dos direitos humanos e na persecução penal ao tráfico de pessoas. Contudo, somente ações integradas de todos os atores dos diferentes sistemas jurídicos e a cooperação internacional poderão assegurar a efetividade do combate às organizações criminosas responsáveis pelo tráfico de seres humanos.

## **ANEXO**

Dispositivos constitucionais e infraconstitucionais referentes à atuação do Ministério Público sobre direitos humanos e tráfico de pessoas (excertos da Constituição Federal, Código Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente):

### **I - CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

#### **Dos Princípios Fundamentais**

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;  
XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do “de cujus”;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;



b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá júizo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (Regulamento).

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á “habeas-data”:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de “habeas-corpus” e “habeas-data”, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º - Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

[...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[...]

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

[...]

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

## **II - CÓDIGO PENAL**

### **Redução a condição análoga à de escravo**

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I - contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

### **Aliciamento para o fim de emigração**

Art. 206 - Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 8.683, de 1993)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.683, de 1993)

## **TÍTULO VI**

### **DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

#### **CAPÍTULO I**

### **DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

CAPÍTULO II  
DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL  
(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

**Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Incorre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2o, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

CAPÍTULO V  
DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE  
PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE  
EXPLORAÇÃO SEXUAL  
(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

**Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual** (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: ([Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

### **[Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual](#)** ([Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: ([Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. ([Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

§ 2º A pena é aumentada da metade se: ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. ([Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009](#))

### **Fraude de lei sobre estrangeiro**

Art. 309 - Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.



Parágrafo único - Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional: (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

Art. 310 - Prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, nos casos em que a este é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

### **Reingresso de estrangeiro expulso**

Art. 338 - Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso: Pena - reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.

## **III - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)**

### **TÍTULO I**

#### **DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no

Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

I - que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no art. 50 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º A adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal.

A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros pensadores do Direito.

### ***Normas para apresentação dos trabalhos***

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As idéias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes: **a)** redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em uma via impressa, juntamente com o respectivo arquivo eletrônico, em formatação *Word for Windows*; **b)** apresentados em papel A4; **c)** configurados em espaço simples; **d)** escritos em tamanho 12, com base na fonte *Times New Roman*; **e)** adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas.
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como resumo e abstract, constituídos de uma seqüência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave e key words logo abaixo do resumo e abstract, separadas entre si por ponto;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

### **Endereço para o envio de originais**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO  
Coordenadoria de Documentação e Biblioteca  
Rua Oswaldo Cruz, nº 1396 - Centro - São Luís – Maranhão.  
CEP: 65020 – 910 - Tel.: 0XX (98) 3219-1656 - Fax.: 0XX (98) 3219-1657  
E-mail: biblioteca@mp.ma.gov.br



REALIZAÇÃO



**MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**ESTADO DO MARANHÃO**  
Procuradoria Geral de Justiça