

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

**República Federativa do Brasil**  
**Ministério Público da União**

Procurador-Geral da República  
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

**Conselho Editorial**

**Ministério Público Federal**

GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor  
MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República

**Ministério Público do Trabalho**

REGINA BUTRUS (Vice-Coordenadora) – Procuradora Regional do Trabalho  
JORGE LUIZ SOUTO MAIOR – Professor Doutor

**Ministério Público Militar**

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

**Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 7 – Número 26 – janeiro/março 2008  
Brasília/DF



## **Boletim Científico**

### **Escola Superior do Ministério Público da União**

Uma publicação da ESMPU  
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2ª andar  
70200-901 – Brasília/DF  
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185  
Home Page: <www.esmpu.gov.br>  
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2008. Todos os direitos autorais reservados.

#### **Secretaria de Ensino e Pesquisa**

Volker Egon Bohne

#### **Divisão de Apoio Didático**

Adriana Ribeiro F. Tosta

#### **Núcleo de Editoração**

Cecília S. Fujita dos Reis

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefe do Setor de Revisão

Lara Litvin Villas Bôas – Revisão de provas

Renata Filgueira Costa – Revisão de provas

Thaise dos Santos Leandro – Preparação de originais e revisão de provas

#### **Núcleo de Programação Visual**

Ana Manfrinato Cavalcante

Eduardo Dias – Diagramação

Ludmila Lima – Diagramação

#### **Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato Cavalcante

#### **Fotolitos e impressão**

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

#### **Tiragem: 3.000 exemplares**

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

---

#### **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília : ESMPU, ano 7, n. 26, jan./mar., 2008

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

---

## Editorial

A edição n. 26 do *Boletim Científico* da ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO mantém a tradição de reunir artigos de caráter multidisciplinar inseridos em suas cinco seções temáticas, objetivando fomentar o estudo e incentivar o diálogo, seja pela qualidade dos colaboradores, seja pela abordagem de relevantes temas controvertidos e atuais.

Inicia-se a presente coletânea com tema que ressalta a importância política e jurídica da criança e do adolescente na consolidação dos ideais e da prática da democracia. Em seguida, apresenta-se estudo sobre os riscos sanitário-ambientais da exposição humana a campos eletromagnéticos e algumas soluções para proteção da saúde e do meio ambiente relacionadas com os avanços tecnológicos. À Seção III destinaram-se dois trabalhos capazes de formar um caleidoscópio de consensos e dissensos característicos da sedutora e empolgante doutrina penal.

Na Seção IV incluiu-se matéria que sinaliza a realidade histórica que ao longo do tempo traz a agregação de normas supranacionais às fontes normativas nacionais. Encerra-se esta publicação com a veiculação de dois artigos que tendem a produzir reflexões, já que, em sociedade que aspire o rótulo de “politicamente organizada”, a ninguém é dado manter-se indiferente perante o processo evolutivo das instituições.

Os ensaios reunidos nesta coletânea constituem um exemplo da atual concepção de ciência jurídica, que denota existência de verdadeiro sistema de direitos e universalização do sentido de Justiça,

o que minimiza a importância da divisão do Direito em matérias independentes, a não ser para lhe facilitar a compreensão didática.

O *Boletim Científico* cumpre mais uma vez o propósito de auxiliar, ampliar e enriquecer o debate.

REGINA BUTRUS

Procuradora Regional do Trabalho  
Vice-Coordenadora do Conselho Editorial da  
Escola Superior do Ministério Público da União

# Sumário

## **Seção I – Direitos Humanos**

Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente <i>Renato Barão Varalda</i> .....	11
---	----

## **Seção II – Interesses Difusos e Coletivos**

Poluição eletromagnética: telefonia celular, risco sanitário-ambiental e precaução <i>Roberto Carlos Batista</i> .....	67
--	----

## **Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais**

O direito penal como gestor último da exclusão social <i>Juarez Mercante</i> .....	121
---	-----

O parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 7.492/1986: considerações <i>Claudio Fonteles</i> .....	145
--	-----

## **Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas**

Reflexos da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel à luz do Pacto de São José da Costa Rica: uma visão doutrinária e jurisprudencial <i>Leandro Ambros Gallon, Caroline Ribeiro Bianchini e Reynaldo Camargo Mello</i> .....	159
--	-----

## **Seção V – Temas Atuais**

Poder Público em juízo e efetividade da prestação jurisdicional <i>Renan Paes Felix</i> .....	203
--	-----

Em torno do sistema brasileiro de integridade nacional:  
princípios e valores como parte da atividade diária da  
Administração Pública  
*Daisy de Asper y Valdés*.....263

# Seção I

Direitos Humanos



# Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

Renato Barão Varalda\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). 2.1 Definição. 2.2 Natureza jurídica e competência. 3 Tratamento jurídico especial à infância. 3.1 Princípios gerais do direito da criança e do adolescente. 3.2 A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente. 4 Políticas públicas. 4.1 Conceito de políticas públicas. 4.2 Políticas públicas para a infância e a doutrina da proteção integral. 5 A discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional da Administração Pública. 5.1 O princípio da juridicidade e a diferença entre a discricionariedade administrativa e o mérito do ato administrativo. 5.2 Controle jurisdicional da Administração Pública. 6 O controle jurisdicional das políticas públicas da infância perante a doutrina da proteção integral. 6.1 A responsabilidade do Poder Público na implementação de políticas públicas da infância. 6.2 A vinculação da Administração Pública às normas gerais da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente elaboradas pelo CONANDA. 7 Considerações finais.

---

\* Renato Barão Varalda é Promotor de Justiça e coordenador administrativo da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Distrito Federal; especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Brasília e University of Essex; especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade de Brasília e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## 1 Introdução

A finalidade do presente estudo está circunscrita à demonstração da responsabilidade da Administração Pública na implementação das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais, normatizados pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e positivados pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (ONU), e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em face do axioma constitucional “democracia participativa”, da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança<sup>1</sup>.

Analisar-se-ão, no âmbito do Direito brasileiro, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, a partir de seu acolhimento no ordenamento jurídico nacional, materializada no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e na Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), o decorrente princípio da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente, detalhado no artigo 4º da Lei n. 8.069/1990, bem como o axioma constitucional “democracia participativa”, que obriga o Poder Público a respeitar a preferência na execução das políticas públicas delineadas pelo CONANDA.

O tema é relevante na medida em que diariamente milhares de crianças e adolescentes do mundo inteiro, em especial do Brasil,

---

<sup>1</sup> Nos termos do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, “considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”. No Direito brasileiro, faz-se a distinção entre criança (considerada a pessoa de até doze anos incompletos) e adolescente (aquela entre doze e dezoito anos de idade), nos termos do artigo 2º da Lei Federal n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Optou-se neste trabalho por se utilizar as expressões “criança” e “infância” ou “criança e adolescente” e “infância e juventude” para se designar as pessoas menores de 18 (dezoito) anos ou a fase de seus desenvolvimentos, respectivamente.

são privadas do exercício da cidadania e têm seus direitos fundamentais ameaçados ou violados justamente pela omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à concretização desses direitos. De acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Brasil possui uma população de cerca de 190 milhões de pessoas, dos quais quase 60 milhões têm menos de 18 anos de idade, o que equivale a quase um terço de toda a população de crianças e adolescentes da América Latina e do Caribe. São dezenas de milhões de pessoas que possuem direitos e deveres e necessitam de condições para desenvolver com plenitude todo o seu potencial<sup>2</sup>.

Dados estatísticos apontam que no Brasil existem 21 milhões de crianças vivendo em famílias cuja renda familiar é de ½ salário mínimo por mês, o que corresponde a 35% das crianças brasileiras. Além disso, 2,9 milhões de crianças estão sendo exploradas no trabalho infantil. Já 20 milhões de crianças não têm acesso à educação infantil, e a desnutrição infantil atinge 15% das crianças de 0 a 6 meses de vida e em torno de 30% na faixa etária de 6 meses a 2 anos<sup>3</sup>.

A falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas é uma das formas de violência institucionalizada contra a infância e a juventude, especialmente nos países periféricos, onde se constata uma péssima distribuição de renda, culminando na marginalização de grande parte da população, impedida de efetivamente usufruir as riquezas produzidas pelo país.

---

<sup>2</sup> Dados disponíveis em: <[www.unicef.org/brazil/pt/activities.html](http://www.unicef.org/brazil/pt/activities.html)>. Acesso em: 10 jan. 2008.

<sup>3</sup> Dados disponíveis em: <[www.mp.sc.gov.br/OAMP/CPI/maioridade.htm](http://www.mp.sc.gov.br/OAMP/CPI/maioridade.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2007.

## **2 Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)**

### **2.1 Definição**

O artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – determina que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e o artigo 88, II, do referido estatuto aponta como diretriz da política de atendimento a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, como órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurando a participação popular paritária por meio de organizações representativas, nos termos de leis federal, estaduais e municipais. Embora não estabeleça limitação para o número de membros dos conselhos, o ECA determina a necessidade de garantir representação paritária do Poder Público e da sociedade civil organizada, possibilitando assim legitimidade democrática às suas deliberações.

Em razão de seu importante papel para garantia dos direitos fundamentais, a Lei Federal n. 8.242, de 12 de outubro de 1991<sup>4</sup>, criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que

é integrado por representantes do Poder Executivo, assegurada a participação dos órgãos executores das políticas sociais básicas na área de ação social, justiça, educação, saúde, economia, trabalho e previdência social e, em igual número, por representantes de entidades não-governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (artigo 3º).

---

<sup>4</sup> Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil/Leis](http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis)>. Acesso em: 1º nov. 2007.

Conforme consta na página da Presidência da República na Internet:

No contexto da luta pela redemocratização do País, nos anos 70 e 80, os movimentos sociais e jovens lideranças municipais criaram novas formas de participação popular na gestão das políticas públicas. Uma dessas inovações foi a organização de conselhos integrados com representantes de entidades da sociedade civil e dos governos de forma paritária. A Constituição de 1988 transformou essas inovações democráticas em parte de nosso ordenamento jurídico e consagrou a possibilidade de se governar mais próximo do povo por meio de mecanismos de participação direta. Este é o espaço histórico, político e institucional onde germinou e floresceu a idéia de conselho como forma de deliberar e gerir políticas públicas. O Estatuto da Criança e do Adolescente também é fruto desse processo de democratização do País, uma importante conquista da sociedade e se apóia em três eixos, que se mantêm articulados entre si formando o Sistema de Atendimento e Garantia de Direitos<sup>5</sup>.

Por sua vez, o *caput* do artigo 2º da Resolução n. 105, de 15 de junho de 2005, do CONANDA, estabelece que haverá um único Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, composto paritariamente de representantes do governo e da sociedade civil organizada, garantindo a participação popular no processo de discussão, deliberação e controle da política de atendimento integral aos direitos da criança e do adolescente, que compreende as políticas sociais básicas e demais políticas necessárias à execução das medidas protetivas e socioeducativas. Assim, o CONANDA é composto paritariamente por igual número de representantes do governo e da sociedade civil, possui caráter permanente e tem como fim específico decidir e controlar as políticas públicas de atendimento infanto-juvenil.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <[www.presidencia.gov.br/estrutura\\_presidencia/sedh/conselho/conanda/historico](http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda/historico)>. Acesso em: 7 ago. 2007.

Segundo o artigo 24 da Lei n. 10.683/2003, o CONANDA constitui uma das estruturas básicas da Secretaria Especial de Direitos Humanos, que integra a Presidência da República e tem como função assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos da criança e do adolescente, bem como coordenar a política nacional de direitos humanos, em conformidade com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), articular iniciativas e apoiar projetos voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito nacional, tanto por organismos governamentais, incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como por organizações da sociedade, e exercer as funções de ouvidoria-geral da criança e do adolescente.

## 2.2 Natureza jurídica e competência

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente são órgãos públicos, com a missão de exercer politicamente as opções relacionadas ao atendimento infanto-juvenil; executar atividade administrativa de governo, distinguindo-se dos demais órgãos que o compõem, já que possuem independência e autonomia em relação à chefia do Executivo, embora desprovidos de personalidade jurídica própria. Não mais são do que o próprio Poder Executivo desempenhando a sua função de gestor dos interesses da coletividade juntamente com representantes diretos da população, que, nessa atuação, são considerados agentes públicos<sup>6</sup>.

Devem, portanto, ser concebidos como órgãos situados na esfera do Poder Executivo, com capacidade decisória em relação à infância e à juventude, a cujas deliberações devem se submeter todos os demais, inclusive a chefia do ente federativo ao qual estiver vinculado, concebê-los desta forma significa ainda afirmar, como conse-

---

<sup>6</sup> TAVARES, 2007, p. 311.

qüência, a impossibilidade de, na ala governamental, ser o colegiado composto de representantes dos Poderes Legislativo e Judiciário ou, ainda, do Ministério Público<sup>7</sup>.

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente representam um novo “*locus* de discricionariedade”<sup>8</sup>, já que a sociedade participa na definição das políticas infanto-juvenis, rompendo a exclusividade do Executivo à escolha de suas políticas públicas.

Quanto às atribuições dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, além das expressamente apontadas pelo ECA, outras poderão ser determinadas pelas legislações especiais, ou até mesmo ser exercidas pelo órgão sem expressa previsão, desde que compatíveis com a sua missão institucional e não representem invasão na esfera de outro órgão do Sistema de Garantias<sup>9</sup>.

O presente trabalho restringir-se-á a destacar a atribuição de deliberação e controle das ações relacionadas à política de atendimento. Prescreve a Lei Federal n. 8.242/1991 que compete ao CONANDA

elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>10</sup>.

O § 2º do artigo 2º da Resolução CONANDA n. 105, de 15 de junho de 2005, dispõe que as decisões tomadas pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito de suas atribuições e competência, vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada em respeito aos princípios constitucio-

---

<sup>7</sup> TAVARES, 2007, p. 311.

<sup>8</sup> LIBERATI; CYRINO, 2003, p. 86.

<sup>9</sup> TAVARES, 2007, p. 317.

<sup>10</sup> Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil/Leis](http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis)>. Acesso em: 1º nov. 2007.

nais da participação popular e da prioridade absoluta à criança e ao adolescente. Por sua vez, o § 3º do artigo 2º da citada resolução possibilita ao CONANDA representar ao Ministério Público em caso de descumprimento de suas deliberações para as providências cabíveis, até mesmo para demandar em juízo por meio do ingresso de ação mandamental ou ação civil pública.

### **3 Tratamento jurídico especial à infância**

#### **3.1 Princípios gerais do direito da criança e do adolescente**

O tratamento jurídico conferido à criança e ao adolescente vem sendo construído progressivamente ao longo dos anos. No ano de 1899, no Estado de Illinois/EUA, foi criado o primeiro Tribunal de Menores; entretanto, foi na Declaração de Genebra de 1924 que se declarou a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial<sup>11</sup>. A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948/Paris – importante marco dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana –, já determinava que à criança deve-se garantir “o direito a cuidados e assistências especiais”.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) salientava, em seu segundo princípio, que

a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com esse fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

---

<sup>11</sup> Nesse mesmo ano, foi criado o primeiro Juizado de Menores no Brasil, sob o comando do juiz Mello Mattos. Três anos depois, o Decreto n. 17.943, de 12.10.1927, criou o primeiro Código de Menores, conhecido como Código Mello Mattos, o qual se preocupou com o estado físico, moral e mental da criança, e com a sua situação moral e econômica.

Logo depois, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), além de reafirmar a necessidade de se conferir proteção especial à criança, impôs essa responsabilidade à família, ao Estado e à sociedade, dispondo, assim, em seu artigo 19: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”.

Posteriormente, os Estados-Membros das Nações Unidas, preocupados em garantir a dignidade dos jovens em conflito com a lei, editaram as Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça de Menores (Beijing, 1985), as Diretrizes para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (Ryad, 1990) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para proteção dos jovens privados de liberdade (1990).

No cenário internacional, o documento que trouxe a mais significativa proteção aos direitos da criança foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, no dia 20.11.1989, a convenção foi ratificada por mais de 160 países e representou quase um consenso de diferentes culturas e regimes jurídicos em prol da garantia dos direitos da criança. Foi um avanço significativo, na medida em que constitui um marco jurídico, pois contém todos os princípios vinculados à criança e prescreve deveres dos representantes legais das crianças e do Estado signatário. Definiu criança como sendo todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos, as quais não passavam de mero objeto do direito, conferindo-lhes o *status* de sujeitos de direito, além de ter apontado a família, a sociedade e o Estado como responsáveis pela efetivação desses direitos, dispondo claramente sobre a obrigação do Poder Público como garantidor das políticas públicas indispensáveis ao desenvolvimento sadio e harmonioso desses sujeitos de direitos.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é uma síntese de normas e princípios provenientes de outros instrumentos (documentos internacionais e nacionais dos Estados-Partes) de direitos humanos de caráter mais genérico. Dessa forma, é preciso interpretar os dispositivos da referida convenção de forma sistemática e harmônica, dando novas interpretações a antigos institutos, leis e princípios.

A situação da infância brasileira é constantemente exposta por meio dos diversos relatórios apresentados pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a destacar: *Um Brasil para as crianças e os adolescentes – A sociedade brasileira e os objetivos do milênio para a infância e a adolescência – II Relatório*; *Selo UNICEF Município Aprovado*, resultados de dois anos de implementação no semi-árido brasileiro; *Situação mundial da infância 2007*; *Situação da infância brasileira 2006*; *Situação mundial da infância 2006*; *Situação da criança e do adolescente na tríplice fronteira – Argentina, Brasil e Paraguai*; *Sateré-Mawé – retrato de um povo indígena*; *O semi-árido brasileiro e a segurança alimentar e nutricional de crianças e adolescentes*; *Situação mundial da infância 2005*; *Um Brasil para as crianças – A sociedade brasileira e os objetivos do milênio para a infância e a adolescência*; *Ser criança na Amazônia – 2004*; *Situação mundial da infância 2004*; *Crianças e adolescentes no semi-árido brasileiro 2003*; *Situação da infância e adolescência brasileiras – 2003*; *Situação mundial da infância 2003*; *Situação da adolescência brasileira – 2002*; *A voz dos adolescentes – 2002*; *Situação mundial da infância 2002*; *Situação da infância brasileira 2001*<sup>12</sup>.

Nos termos da convenção, os Estados-Partes comprometem-se a apresentar ao Comitê das Nações Unidas relatórios sobre as medidas já adotadas no âmbito interno administrativo, legislativo

---

<sup>12</sup> Disponíveis em: <[www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_9478.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_9478.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2008.

e de outra natureza que visem à harmonização com o texto da convenção<sup>13</sup>. Os referidos relatórios deveriam ser apresentados, inicialmente, nos dois anos subsequentes à data da entrada em vigor da convenção para os Estados-Partes e, em seguida, relatórios periódicos a cada cinco anos.

A apresentação dos relatórios tem por finalidade a indicação de fatores e dificuldades que estejam impossibilitando o cumprimento pelos Estados-Partes das obrigações decorrentes da convenção, para verificar o estágio de implementação de seus dispositivos no referido país. Esses relatórios devem estar acompanhados de cópias dos principais textos legislativos, decisões judiciais e dados estatísticos sobre a matéria. Já se reconheceu a importância da apresentação desses relatórios como uma forma de reafirmação de compromisso por parte dos Estados no sentido de respeitar e assegurar os direitos humanos das crianças, bem como uma via para promover o diálogo e cooperação entre os Estados-Partes na convenção e o comitê responsável por receber os referidos relatórios.

### 3.2 A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente

A doutrina da proteção integral abarca os princípios do melhor interesse da criança e o da condição especial de pessoa em desenvolvimento. A Constituição Federal brasileira não somente adotou a doutrina da proteção integral, mas incorporou a ela o princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente, conforme se verá a seguir.

---

<sup>13</sup> “Artigo 4 – Os Estados-Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional”.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente tem sua origem no instituto do *parens patriae* britânico, que *a priori* consistia numa prerrogativa real e buscava proteger os incapazes. A prerrogativa, inicialmente real, foi delegada ao Chanceler, a partir do século XIV, que passou a “proteger todas as crianças, assim como loucos e débeis [...]”<sup>14</sup>. No início do século XVIII, o Chanceler passou a diferenciar as atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das demais, e a importância da criança como sujeito de direitos foi evoluindo até os dias atuais.

Miguel Cillero Bruñol, ao tratar do tema “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, afirma que:

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos<sup>15</sup>.

A concepção da criança como coisa pertencente ao seu pai foi superada pelo entendimento de que a criança e seu bem-estar devem ser postos acima de quaisquer interesses, até mesmo os de seus pais. O mundo caminhou nesse sentido com a Declaração de Genebra de 1924 (declarou a necessidade de conferir proteção especial à criança); a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 (declarou o direito a cuidados e assistência especiais) e a Declaração Universal dos Direitos da Criança

---

<sup>14</sup> GRIFFITH, Daniel B. The best interests standard: a comparison of the state's *parens patriae* authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients, apud PEREIRA, T. S., 2000, p. 1-3.

<sup>15</sup> CILLERO BRUÑOL, 1998, p. 75.

de 1959. As referidas declarações, muito embora não tenham força cogente, representam compromissos morais ou princípios.

Nessa mesma linha evolutiva, foram celebradas convenções, impondo deveres aos Estados signatários, entre as quais a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, que adotou definitivamente o princípio do melhor interesse da criança<sup>16</sup>.

Todas as garantias acima mencionadas surgiram para minimizar os abusos praticados historicamente contra seres humanos em situação especial de desenvolvimento físico, mental e psicológico, garantindo, assim, a isonomia material e um mínimo aceitável de condições que viabilizem o atingimento da idade adulta com dignidade.

Ao dar interpretação mais atual ao princípio do melhor interesse, Miguel Cillero Bruñol classifica-o como “princípio jurídico garantista”. O referido autor, citando Dworkin, consigna que:

La Convención contiene “principios” – que a falta de otro nombre denominaré “estructurantes” – entre los que destaco: el de no discriminación (art. 2º), de efectividad (art. 4º), de autonomía y participación (arts. 5º y 12), y de protección (art. 3º). Estos principios – como señala Dworkin – son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección afectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia<sup>17</sup>.

Miguel Cillero Bruñol afirma que o princípio do interesse superior da criança representa uma limitação, uma obrigação ou

<sup>16</sup> Vale ressaltar o avanço trazido pela Constituição Federal brasileira de 1998 que tratou cuidadosamente da questão, garantindo à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos fundamentais, conferindo-lhes a prioridade absoluta na efetivação dos direitos e reconheceu força normativa aos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

<sup>17</sup> CILLERO BRUÑOL, 1998, p. 77.

uma prescrição de caráter imperativo não somente para o legislador, mas aos pais e a todas as autoridades privadas e públicas.

O tratamento jurídico especial e o princípio do melhor interesse da criança estão correlacionados com o princípio da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento; isto é, a criança e o adolescente encontram-se em formação, seja sob aspectos físicos, emocionais, intelectuais. Desse modo, não conhecem totalmente os seus direitos e não são capazes de lutar por sua implementação. E é justamente por essa condição de pessoas em desenvolvimento que são detentores de direitos especiais.

Segundo o princípio da prioridade absoluta, inserido na Constituição brasileira de 1988, a criança e o adolescente devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades das autoridades públicas, em que pese a realidade do país estar em flagrante contradição com o citado princípio constitucional.

De acordo com o parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no cenário internacional, ao adotar a doutrina da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, elevou-os à condição de sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O artigo 3º da referida convenção estabelece que as decisões públicas relacionadas com a criança devem ser tomadas atendendo ao interesse superior da

criança. A proteção integral se justifica em razão de serem pessoas incapazes, dada a sua condição temporária de, por si só, não estarem aptos a fazer valer seus direitos.

Demais disso, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil) dispõe que

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Ainda que a legislação brasileira assegure amplos direitos fundamentais à criança e ao adolescente, colocando os instrumentos legais para a sua garantia, a realidade do país é bem diferente.

## **4 Políticas públicas**

### **4.1 Conceito de políticas públicas**

A partir do reconhecimento da existência de um direito subjetivo do cidadão a prestações positivas do Estado, pretende-se conceituar o termo políticas públicas e analisar o que representam, especialmente para a garantia dos direitos da criança e do adolescente.

Iniciar-se-á pelo vocábulo política, o qual é derivado do latim *politice*, procedente do grego *politiké*, cujo significado é a ciência de bem governar um povo, estabelecendo princípios e normas necessárias ao bom funcionamento da administração estatal, para efetivar seus objetivos e garantir o bem comum.

Para Eros Roberto Grau,

o Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programa de ação; [...] essas políticas, contudo, não se reduzem à

categoria das *políticas econômicas*; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (*políticas sociais*). A expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social<sup>18</sup>.

J. J. Gomes Canotilho ensina que as políticas públicas prestam-se a realizar os direitos sociais, e descreve como

[...] política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade; o sistema de protecção da juventude [...]<sup>19</sup>.

Consoante leciona Rodolfo de Camargo Mancuso,

Em suma, a etiologia da questão das políticas públicas remete ao desenvolvimento histórico-político do próprio conceito de Estado moderno, inicialmente visto como fonte produtora de normas (supremacia do legislativo, ou nomocracia estatal), e daí evoluindo para uma concepção que hoje o coloca como *fonte provedora e mantenedora de políticas públicas estabelecidas em prol de finalidades específicas do bem comum*. Essa nova acepção – *a telocracia estatal* – vê o Estado, basicamente, como um pólo gerador de *funções e atividades* voltadas à efetiva consecução de uma *existência digna* para a população, mediante a oferta de serviços e utilidades (o Estado Social de Direito), conforme os programas estabelecidos nas normas-objetivo<sup>20</sup>.

Para Maria Paula Dallari Bucci, o estudo do tema “políticas públicas”, além de ser muito complexo e pertencer ao universo da teoria política, é bastante novo, coincidindo com a introdução do novo conceito de Estado, mais voltado à concretização dos direitos

---

<sup>18</sup> GRAU, 1996, p. 22.

<sup>19</sup> CANOTILHO, 1998, p. 470-471.

<sup>20</sup> MANCUSO, 2001, p. 736.

sociais e econômicos, cujas funções transcendem ao conceito de serviço público, abrangendo também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados<sup>21</sup>. Acrescenta a autora que as políticas públicas podem ser definidas como os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo. Alerta ainda Bucci para a importância do processo de sua realização a partir de critérios fixados em lei, entendendo que a legitimidade do processo político na definição das prioridades e nos meios para realizá-las está diretamente relacionada com o grau de participação democrática da sociedade<sup>22</sup>.

Pode-se concluir que o conceito de políticas públicas, por ser mais amplo do que a mera prestação de serviço público, também abrange as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados e engloba os programas de ação do Estado, elaborados a partir de um processo de escolhas políticas, seja por meio de atos emanados do Legislativo, como representante do povo, seja do Executivo, eleito para administrar a coisa pública e atingir metas e fins previamente determinados.

#### **4.2 Políticas públicas para a infância e a doutrina da proteção integral**

No tocante à política da infância, saliente-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe grandes mudanças no tratamento jurídico até então dispensado a esses sujeitos. As leis de menores, especialmente na América Latina, serviram muito mais para reforçar a exclusão social, alimentando a adoção de políticas assistencialistas em vez de políticas básicas. As crianças eram vistas como o objeto do direito e não como os sujeitos de direitos.

---

<sup>21</sup> BUCCI, 1997.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 95.

Alessandro Baratta, em sua importante contribuição para o tema no artigo “Infancia y democracia”, inicia ressaltando que o contexto democrático das políticas públicas de proteção às crianças adquire um determinado sentido e relevância a depender do reconhecimento ou não destas como parte integrante nas relações de democracia, por um lado, e de como são entendidas as relações entre as crianças e os adultos, por outro lado. Entende que o contexto democrático tem que ser considerado como a premissa básica no momento de definir as estratégias adequadas de implementação dos direitos estabelecidos na convenção<sup>23</sup>.

O mencionado autor, ao interpretar o artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança (“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse superior da criança”), ensina que o princípio do interesse superior da criança

[...] se convierte en el principio de la relevância universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños. Eso quiere decir que la protección de estos derechos no es necesariamente solo la tarea de instituciones particulares com una competência específica, sino de una estratégia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinación y la sinergia de todos os actores potencialmente competentes<sup>24</sup>.

Emílio García Mendez preconiza que as políticas públicas de proteção às crianças, na Convenção dos Direitos, se distribuem em quatro níveis, apresentando-se tal como uma pirâmide, cuja área diminui à medida que nos distanciamos da base até a cúpula.

---

<sup>23</sup> BARATTA, 1998, p. 31-57.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 32.

A parte mais larga está representada pelas políticas sociais básicas (educação, saúde). Em um segundo nível, encontramos as políticas de ajuda social (medidas de proteção em sentido estrito), mais acima, as políticas correicionais (medidas socioeducativas) e, finalmente, as políticas institucionais, que se referem à organização administrativa e judicial, os direitos processuais fundamentais das crianças<sup>25</sup>.

Para Alessandro Baratta, o princípio central para a proteção integral da criança é o restabelecimento da prioridade na implantação das políticas básicas, sendo que as demais políticas devem ser subsidiárias e residuais e que

la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-Parte de la convención y a la comunidad internacional respectivamente, el respeto de un standard mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos<sup>26</sup>.

Ao tratar dos direitos declarados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em especial do princípio do interesse superior da criança, Carlos Eroles (Argentina) dispõe que “así el Estado adquiere una obligación insoslayable con el bienestar de la infancia que tiene el deber de atender, con medidas adecuadas, eficaces y oportunas de política social”<sup>27</sup>.

Ressalte-se que o artigo 41 da convenção determina a observância não apenas do catálogo dos direitos ali declarados, mas também a prevalência da legislação nacional ou internacional que seja mais ampla quanto à garantia dos direitos humanos e fundamentais.

O artigo 4º da convenção dispõe que

---

<sup>25</sup> MÉNDEZ, 1997, p. 241, apud BARATTA, 1998, p. 32.

<sup>26</sup> BARATTA, 1998, p. 33.

<sup>27</sup> EROLES, 2001, p. 40.

os Estados-Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessários, dentro de um quadro de cooperação internacional.

A princípio, a referida cláusula poderia ser interpretada como uma forma de o Estado se recusar a implementar as políticas públicas necessárias, por questões orçamentárias, com a invocação da teoria da “reserva do possível”. No entanto, como bem exposto por Alessandro Baratta, a referida cláusula de reserva deve ser invocada apenas quando os Estados-Partes tiverem esgotado todas as suas possibilidades de cumprir sua obrigação de buscar recursos necessários, seja por intermédio das políticas fiscais, seja por intermédio das financeiras.

En general, la reserva no debería aplicarse, si el Estado no realiza serios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles<sup>28</sup>.

No Brasil, a obrigação de priorizar as políticas públicas da infância e da juventude encontra-se estabelecida constitucionalmente, conforme previsão do artigo 227, que impõe prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente. Posteriormente, ao reafirmar o princípio constitucional da prioridade absoluta, o legislador ordinário, por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente, especificou em que situações a prioridade absoluta deve ser observada, determinando a observância da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Demais disso, o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma norma de interpretação em que obriga ao

---

<sup>28</sup> BARATTA, 1998, p. 37.

aplicador dessa lei a observância dos fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar, da criança e do adolescente, de pessoas em desenvolvimento. E foi exatamente visando ao cumprimento dos princípios norteadores da proteção da criança e do adolescente que a citada Lei Federal n. 8.242/1991, em seu artigo 2º, atribuiu ao CONANDA: a elaboração de normas gerais da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e a fiscalização das ações de execução; o zelo pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; o acompanhamento da elaboração e da execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente; o apoio à promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente, com a indicação das medidas a serem adotadas nos casos de atentados ou violação desses direitos; o acompanhamento do reordenamento institucional, propondo, sempre que necessário, modificações nas estruturas públicas e privadas destinadas ao atendimento da criança e do adolescente; a gestão dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente e a fixação dos critérios para a sua utilização, entre outros.

## **5 A discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional da Administração Pública**

### **5.1 O princípio da juridicidade e a diferença entre a discricionariedade administrativa e o mérito do ato administrativo**

Diante do desrespeito do Poder Executivo aos tratados e convenções internacionais e às normas constitucionais e infraconstitucionais que declaram direitos fundamentais, torna-se imperiosa

a necessidade do controle pelo Judiciário dos atos administrativos comissivos ou omissivos correlacionados com as prestações positivas obrigatórias da Administração, seja para obrigar o Poder Público a realizá-las, seja para corrigir os atos praticados com desvio do real interesse superior da criança e do adolescente.

No Brasil, inúmeras ações judiciais (especialmente coletivas) buscam a tutela jurisdicional em face do desrespeito do Estado à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e, em especial, ao princípio da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente, estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo teve seu alicerce jurídico e social na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (ONU).

Em que pese os órgãos legitimados (Ministério Público e associações civis) estarem elegendo a via judicial como uma das alternativas para forçar o Estado a cumprir suas obrigações, muitas decisões judiciais têm insistido na tese da insindicabilidade dos atos administrativos ditos discricionários, sob o amparo de doutrinas clássicas, como a tripartição dos Poderes, porém, sem atentar para a necessidade de redefini-las e adequá-las à nova era do Estado Social.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, em decisão proferida nos autos de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em desfavor do Distrito Federal, cujo objeto era compelir a parte-ré a dar estrutura mínima de funcionamento (de material e de pessoal) ao Conselho Tutelar de Santa Maria (região administrativa do Distrito Federal), entendeu que o pedido do *Parquet* tinha caráter “intervencionista” sobre a atual administração do Distrito Federal. Na referida decisão, chega-se a consignar que o pedido liminar pleiteado afigurava-se “como uma tentativa do Ministério Público de intervir, indevidamente, na Administração Pública do Distrito Federal”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> BRASIL, Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, Autos n. 2001.01.3.000664-8, juiz José Carlos Souza e Ávila, 19.12.2001.

Outro não foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Brasil) ao negar provimento ao recurso do Ministério Público Federal, que ajuizou ação civil pública, pleiteando ao Poder Judiciário a condenação do Executivo à obrigação de realizar tarefas, tais como aparelhar e realizar alterações necessárias ao pleno funcionamento de pronto-socorro infantil, com o fim de zelar pela saúde e pelo serviço de relevância pública. Para o Ministério Público, o ato discricionário do administrador deve se pautar em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que limitaria o poder de discricionariedade frente à destinação de verbas orçamentárias, cujos direitos constitucionais do cidadão devem ser priorizados<sup>30</sup>.

Vale salientar que a teoria da discricionariedade administrativa originou-se em concomitância com o nascimento do Estado de Direito. A Revolução Francesa de 1789 provocou profundas alterações na própria concepção de Estado. Nessa época, houve a passagem do Estado de Polícia ou Absolutista (*L'État c'est moi*) para o Estado de Direito (nova concepção de Estado iniciada no século XVIII), que pregou a submissão da Administração à lei e representou uma evolução na medida em que a legalidade cedeu ao arbítrio da monarquia.

O conceito de discricionariedade administrativa foi construído em torno da idéia de *poder*. Vale transcrever as palavras do francês Maurice Hauriou, citado por Ana Maria Moreira Marchesan, ao analisar a evolução do conceito do ato administrativo:

---

<sup>30</sup> EMENTA: “O Juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Agr. Reg. RE n. 252.083-RJ – 2000/0026385-0, 2ª Turma, rel. min. Nancy Andrighi, 27.6.2000). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2007.

A administração não é animada, naquilo que ela faz, por uma vontade interior, mas, sim, por vontade executiva livre submetida à lei como um poder exterior. Segue-se que, de um lado, nas matérias de sua competência, enquanto seu poder não está ligado por disposições legais, ele é inteiramente autônomo e, por outro lado, nas matérias em que seu poder parece ligado pela lei, ele se conforma sempre a uma certa escolha de meios que lhe permite se conformar voluntariamente à lei. Esta faculdade de se conformar voluntariamente à lei é tanto mais reservada à administração das leis quanto ela goza constitucionalmente de uma certa liberdade na escolha dos momentos e das circunstâncias em que assegura esta aplicação. Conforme este ponto de vista, convém mostrar novamente que o poder discricionário da administração consiste na faculdade de apreciar a “oportunidade” que pode ter de tomar ou não tomar uma decisão executória, ou de não tomá-la imediatamente, mesmo que seja prescrita pela lei<sup>31</sup>.

Marchesan arremata, sintetizando a concepção de Hauriou, do início do século, quando surge a compreensão da discricionariedade como “poder do administrador, que, nas matérias de sua competência, não delimitadas pela lei, estaria livre para agir de acordo com critérios de conveniência e oportunidade”<sup>32</sup>.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a idéia de poder deve estar associada a mero instrumento para o cumprimento do dever, isto é, o “poder discricionário tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*”<sup>33</sup>.

André Gonçalves Pereira assim distinguiu o poder do poder arbitrário:

O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regula-

---

<sup>31</sup> MARCHESAN, *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id155.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> MELLO, 1998, p. 15.

mentação: através de um poder, ou seja, do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão, a uma escolha, que decorre da vontade psicológica do agente. Discricionariedade e vinculação são assim formas diversas de regulamentação por lei de certa matéria; mas quando a lei não contemple determinada situação de vida, e não o integre pelo menos genericamente na sua previsão, nenhum poder tem em relação a ela o agente, e sustentar o contrário seria pôr em dúvida o valor do princípio da legalidade<sup>34</sup>.

A discricionariedade administrativa deve ser vista sob nova ótica no Estado Democrático de Direito. Reconhece-se que a lei não consegue abarcar todas as situações da vida, tornando-se impossível ao legislador prever e regular todas as ações administrativas necessárias ao exercício do poder, subsistindo, em algum momento, a discricionariedade. No entanto, é inegável que o conceito de discricionariedade deve ser entendido sob a idéia de dever e não mais de poder.

Os atos administrativos devem ser controlados não somente quanto ao aspecto da legalidade, mas também com relação ao aspecto da juridicidade, que obriga o administrador a praticar os atos administrativos em conformidade não apenas com a lei, mas com o Direito, incluindo-se, pois, além das normas em sentido estrito (leis), os princípios gerais do Direito<sup>35</sup>. No constitucionalismo contemporâneo, espera-se do Administrador uma atuação vinculada à promoção dos direitos fundamentais.

Ao se conceber a atividade administrativa como desempenho de função, consistente no cumprimento do dever jurídico de acertar a providência capaz de atingir a exata finalidade da lei, todo e qualquer ato administrativo deve estar em conformidade com o Direito.

---

<sup>34</sup> PEREIRA, A. G., 1962, p. 222-223, apud MARCHESAN.

<sup>35</sup> Nesse sentido tem-se a lição do mestre Robert Alexy, que classifica a norma como gênero, dos quais são espécies os princípios e as regras (1993, p. 130-133).

No presente estudo, adota-se o conceito de discricionarie-  
dade a partir das concepções do constitucionalismo pós-positivista  
(especialmente o princípio da juridicidade) em que se compreende  
o direito não por regras, mas por princípios, os quais estão cada vez  
mais integrando o campo da normatividade.

Germana de Oliveira Moraes reconhece que já não existem  
atos administrativos completamente discricionários e que não  
mais se sustenta a clássica distinção entre atos vinculados e atos  
discricionários, considerando-se discricionários apenas certos  
elementos do ato administrativo, permitindo o controle judicial  
destes, com exceção do mérito do ato, o qual também se encontra  
reduzido<sup>36</sup>.

Para a autora acima citada, o mérito compreende os proces-  
sos de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato  
administrativo, tendo como parâmetros critérios não positivados.  
O mérito do ato administrativo restringe-se ao núcleo da discri-  
cionariedade e somente sobre ele não há possibilidade de controle  
judicial. Os ditos critérios não positivados resumem-se aos crité-  
rios de conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato  
administrativo. Os critérios de moralidade, proporcionalidade e  
razoabilidade, elevados a princípios constitucionais, no Direito  
brasileiro, antes componentes do mérito do ato administrativo,  
migraram para o domínio da juridicidade, ou legalidade em sen-  
tido amplo<sup>37</sup>.

Conclui Germana de Oliveira Moraes que, na atual fase do  
constitucionalismo pós-positivista e da redefinição do princí-  
pio da legalidade administrativa, que teve suas origens no Estado  
Liberal e atualmente foi substituído pelo princípio da juridicidade

---

<sup>36</sup> MORAES, 1999, p. 42.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 45.

da Administração Pública<sup>38</sup> (mais condizente com o arcabouço teórico do Estado Social), permite-se o controle jurisdicional dos atos administrativos não vinculados, restando intocável pelo Poder Judiciário a análise apenas do mérito do ato administrativo.

Por outro lado, leciona Carmen Lúcia Antunes Rocha que “oportunaidade ou a conveniência, elementos sempre enfatizados para a conceituação e caracterização da discricionariedade, não está fora da juridicidade administrativa. Este é o limite fatal e incontornável à atuação do administrador público”<sup>39</sup>.

Considerando que o controle jurisdicional dos atos administrativos deve abranger não só a conformidade dos aspectos vinculados com a lei (controle de legalidade), mas também a compatibilidade dos aspectos discricionários com os princípios da Administração Pública e os princípios gerais do Direito, conclui-se que, havendo regras e princípios que regulam a matéria abrangida pelo ato administrativo a ser praticado, é possível o controle pelo Poder Judiciário.

Ao discorrer sobre o controle judicial da discricionariedade, Eduardo García de Enterría aduz que

[...] ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración ni supone

---

<sup>38</sup> “A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos da Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita. [...] A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição” (MORAES, 1999, p. 23).

<sup>39</sup> ROCHA, 1994, p. 118-119.

un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a ésta. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho – concepto este último que por sí sólo remite a los principios generales –, así como la de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que sólo como principios generales del Derecho en sentido rigurosamente técnico pueden actuar y ser hechos valer por los Tribunales de Justicia<sup>40</sup>.

## 5.2 Controle jurisdiccional da Administração Pública

No Direito brasileiro, o controle judicial da atividade administrativa omissiva ou comissiva também se sustenta no princípio constitucional do direito à inafastabilidade da tutela jurisdiccional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal<sup>41</sup>. Todos os atos administrativos responsáveis por lesão ou ameaça de lesão a direito são *a priori* passíveis de controle judicial.

Muitas decisões dos juízes e tribunais brasileiros, amparados por acepções doutrinárias já ultrapassadas, sustentam que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se na esfera do Poder Executivo, já que, ao adentrar em uma análise mais minuciosa do ato administrativo, haveria afronta à teoria da separação dos três Poderes, mesmo nos casos em que os agentes públicos não estejam cumprindo com os seus deveres constitucional ou legalmente estabelecidos.

No entanto, em face da nova ótica em que se insere o Poder Judiciário como detentor de poder político, a sua ação deve ser a de um agente de transformação da realidade, principalmente quando ela não se apresentar compatível com a preservação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

---

<sup>40</sup> ENTERRÍA, 2000, p. 151-152.

<sup>41</sup> “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa nova contextualização do Poder Judiciário não implica o superdimensionamento da função jurisdicional nem ingerência nas funções dos outros Poderes. Quando o Poder Judiciário é provocado para analisar a conduta, na verdade está apenas colaborando para a real identificação do interesse público, que é o fim único a ser perseguido por todos os Poderes.

Faz-se necessário abandonar o dogma de que estaria o Poder Judiciário intervindo no Poder Executivo ao lhe determinar o cumprimento de suas obrigações legais de implantar e efetivar políticas públicas. Com isso, dar-se-á ao princípio da separação dos Poderes uma interpretação mais atual e mais afinada com a realidade.

Nesse sentido tem sido o entendimento da moderna doutrina administrativista, que está sendo incorporado em algumas decisões judiciais dos tribunais brasileiros. Rodolfo de Camargo Mancuso entende:

Não se deve perder de vista que essas doutrinas clássicas (Locke, Rousseau), sobretudo a exposta por Montesquieu no *L'esprit des lois*, hoje se têm por confinadas no contexto histórico, político, social e econômico de um tempo pretérito, quando então se delineavam os contornos do Estado moderno, tratando-se, pois, de um quadro que não mais encontra correspondência no mundo globalizado de hoje, centrado numa economia de massa, onde mais cabe falar numa *interdependência* entre as funções ou atividades estatais. [...] Essa evidente *interação e complementaridade* entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre as políticas públicas<sup>42</sup>.

A propósito, vale transcrever as conclusões de Germana de Oliveira Moraes acerca da compatibilidade dos princípios cons-

---

<sup>42</sup> MANCUSO, 2001, p. 731.

titucionais do direito à inafastabilidade do controle judicial e da tripartição dos Poderes:

Como idéia central e conclusiva deste estudo, sustenta-se que, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando, da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja de legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), seja de juridicidade, em sentido estrito, à luz dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente<sup>43</sup>.

O desembargador relator Sérgio Gischkow Pereira enfrentou corretamente a questão, ao transcrever os argumentos da sentença de lavra do juiz de Direito João Batista Costa Saraiva (Comarca de Santo Ângelo), em seu voto proferido no julgamento de recurso de apelação:

O que deve acabar, isso sim, é a caolha perspectiva de que há um confronto entre os poderes cada vez que há uma ação judicial envolvendo atos dos demais poderes. Isso deve ser visto com naturalidade, repito, pois se todas as manifestações do Poder – que em si é uno, não se olvide – necessariamente devem buscar o bem comum, as eventuais demandas judiciais que forem propostas, colocando em dúvida a preservação de tal finalidade, nada mais representam do que uma oportunidade que o sistema oferece para uma última e detida análise da questão, buscando garantir a efetiva consecução do interesse público<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> MORAES, 1999, p. 176.

<sup>44</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação n. 596.017897, 7ª Câmara Cível, j. em 12.12.1997.

Mauro Cappelletti confere ao Judiciário um papel efetivo de transformação social (com o conseqüente aumento de sua função e responsabilidade – criatividade dos juízes torna-se o remédio), sensível às necessidades da população e às aspirações sociais<sup>45</sup>.

Na visão de Andreas J. Krell, no Estado Social de Direito, os assuntos relacionados com a formulação de políticas públicas sociais não são exclusivos do Governo e da Administração Pública, pois estão fundamentados em normas constitucionais sobre direitos sociais e, por isso, o seu controle pode e deve ser feito pelos Tribunais. Aduz ainda que a “essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade”, expressando as escolhas feitas pelos vários entes estatais, tendo por limite as normas constitucionais. Havendo falha ou omissão do Legislativo ou Executivo na “implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos”<sup>46</sup>.

A possibilidade de se cobrar judicialmente do Estado a sua obrigação na implementação de políticas sociais que visam garantir os direitos sociais implica importante passo ao processo de democratização, em especial, nos países da América Latina<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, 1993, p. 33.

<sup>46</sup> KRELL, 2002, p. 100-101.

<sup>47</sup> “A ineficiência do Poder Público no fornecimento de programas sociais que garantam melhores condições de saúde, educação, moradia, profissionalização, dentre outros, tornou gigantesca a dívida deste para com a infância e juventude brasileiras. De sorte que a possibilidade de cobrar judicialmente do Estado, por seu descaso na aplicação de políticas sociais condizentes, significa um passo importante nesse processo de democratização, de resgate efetivo da cidadania. [...] Por fim, na área que envolve os interesses difusos de crianças e adolescentes, sobreleva o ‘novo’ papel do juiz, que terá por objetivo a busca e a concretização da justiça e da equidade no lugar da fria aplicação dos textos legais; isto se dará, sobretudo, na esfera processual, tendo em vista que muitos dos instrumentos existentes, consoante o modelo clás-

## 6 O controle jurisdicional das políticas públicas da infância perante a doutrina da proteção integral

### 6.1 A responsabilidade do Poder Público na implementação de políticas públicas da infância

Partindo-se da premissa de que o Estado nada mais é do que a representação da sociedade organizada, independentemente da teoria que se adote para a explicação sobre a sua origem, certo é que o povo é a síntese e a razão de sua existência, e é para o povo que o Estado se forma, modifica-se e aperfeiçoa-se no decorrer da história do homem<sup>48</sup>.

Nesse sentido, importa ressaltar que foi sob a égide do Estado Moderno – surgido a partir do século XII – que se conheceu uma nova forma de organização política da sociedade, sendo seus principais pressupostos a separação das funções do Estado (sob a influência de Montesquieu), o Estado de Direito ou Constitucional, a concepção do liberalismo e o Estado mínimo de atuação da sociedade<sup>49</sup>. A primeira fase do Estado Moderno, o Estado de Polícia ou Absolutista<sup>50</sup>, destacou-se pela concepção de que o ser humano definitivamente não era o fim único a ser perquirido por todas as instituições que o compunham. Imperava o arbítrio nas relações do Estado para com o povo, destacando-se a ausência de limites normativos para regular a ação estatal, além de o Estado se abster em intervir nas relações sociais.

---

sico, não mais satisfazem a essas novas pretensões, que alcançam cada vez mais uma gama considerável de crianças e adolescentes” (VERONESE, 1997, p. 205-206).

<sup>48</sup> DALLARI, 1980, p. 131.

<sup>49</sup> SILVA; VERONESE, 1998, p. 21.

<sup>50</sup> Para alguns doutrinadores, o “Estado de Polícia” é localizado historicamente na primeira fase do Estado Liberal e nada mais é do que o “liberalismo administrativo” (ROCHA, 1994, p. 77).

Com o surgimento da segunda fase do Estado Moderno, o Estado de Direito, rompeu-se com o despotismo anterior para submeter o Estado à lei, entendida como regra geral e suprema, que se confundia com o próprio Direito. Houve, então, a substituição da vontade individual dos monarcas pela vontade da lei. Foi nesse momento histórico que surgiu o princípio da legalidade, pelo qual a lei era a única fonte normativa para regular a atividade pública. Foi, portanto, uma mudança significativa, já que, na ordem jurídica, importantes mudanças se concretizaram com a passagem do Estado de Polícia ao Estado de Direito, pelo qual se exigiu a submissão do Poder Executivo à lei, ao contrário do que acontecia no regime anterior, em que imperava o arbítrio.

O arcabouço teórico do liberalismo estava no culto à liberdade individual e à separação dos Poderes, o que possibilitava a autolimitação do poder, ao mesmo tempo em que o Estado era tido como inimigo do indivíduo, cultuando a livre-iniciativa. Pregava-se que os homens tivessem autonomia e que a sociedade seguisse seu próprio destino, devendo cada indivíduo decidir sobre os caminhos a seguir na busca da felicidade, tendo como limite apenas a lei. E foi justamente na primeira metade do século XVIII que surgiram os direitos fundamentais ditos de primeira geração, que visavam proteger o indivíduo contra o arbítrio e o abuso do Estado, assim entendidos como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. No entanto, o que se teve foi apenas um Estado de Direito formal, já que as declarações de direitos e garantias individuais não foram suficientes para frear os abusos praticados por governantes para a manutenção do poder em suas mãos.

A decadência do liberalismo ocorreu justamente no momento em que se verificou que todas as promessas do Estado àquela época resumiram-se às conquistas e privilégios das classes economicamente dominantes.

Já no final do século XIX, a insatisfação com o regime liberalista se faz presente e a Revolução Industrial modifica substancialmente a história política do mundo, já que o aparecimento dos burgueses e do proletariado faz surgir os problemas sociais e o povo passa a clamar por um Estado presente em suas vidas. E é nesse contexto que a tão propagada igualdade torna-se uma ficção e, ao reconhecer que os cidadãos são naturalmente desiguais, social e economicamente, surge a necessidade de tratá-los de forma desigual para atingir a igualdade no plano material. A proclamação pelo Estado do direito à liberdade e igualdade do homem já não bastava, havendo necessidade de que esse mesmo Estado proporcionasse ao cidadão os meios e possibilidades de serem livres.

É sob a égide desse novo regime que surge a obrigação do Estado em dar aos indivíduos o acesso à satisfação de suas necessidades mínimas para que pudessem efetivamente usufruir a liberdade e a igualdade no plano material. Dessa forma, considerando que os direitos civis e mesmo os políticos não se realizam sem o acesso sobretudo às políticas sociais básicas, como educação, saúde, trabalho, é de se reconhecer ao cidadão o direito subjetivo às prestações positivas do Estado, com o fim de assegurar a concretude dos direitos sociais reconhecidos nas Constituições. Nesse sentido, assevera Luiza Cristina Fonseca Frischeisen que

A igualdade de todos os cidadãos só é real se existem igualdade de oportunidades (também denominada como igualdade de chances ou igualdade na liberdade), pois que ligada com a própria natureza do que seria o justo, que só se realiza com as prestações positivas do Estado<sup>51</sup>.

Evoluiu-se da concepção de Estado de Direito formal para a de Estado de Direito material, em que o bem-estar do povo é

---

<sup>51</sup> FRISCHEISEN, 2000, p. 71.

o fim único das organizações políticas. Alia-se a esse conceito de Justiça material o conceito de Justiça formal e o de Justiça eficaz e eficiente. O primeiro conceito é entendido como a segurança jurídica do indivíduo, conferida pela norma, e o segundo, como o atendimento da necessidade do ser humano na medida certa<sup>52</sup>.

Contudo, apesar dos avanços observados com a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, o mundo presenciou ainda muitas ditaduras sob a égide desse sistema político<sup>53</sup>.

Surgiu, desse modo, a necessidade de se abandonar a concepção de Estado de Direito (direitos reconhecidos na medida da lei, com carta aberta ao legislador – protagonista principal – para dar conteúdo ao direito e a juízes legalistas, os quais reconheciam o direito na medida da lei) para o Estado Constitucional de Direito, no qual são assegurados ao cidadão não apenas os direitos e garantias fundamentais, mas também a participação democrática na elaboração e aplicação do Direito.

A partir dessa nova concepção de Estado, o princípio da legalidade, antes concebido como a submissão do Poder Executivo à lei, que era a única fonte e o limite para a atividade administrativa, passou a ter uma nova conotação, a da juridicidade, pela qual o cidadão pode controlar a Administração Pública, não apenas quanto ao cumprimento da lei formal, mas também quanto à submissão ao Direito, que não se confunde com a lei, incluindo, além da norma em sentido estrito (lei), os princípios gerais do Direito.

Mudanças nesse sentido começaram a ocorrer já no final do século XX com a inauguração da fase do constitucionalismo pós-

---

<sup>52</sup> ROCHA, 1994, p. 73.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 74.

positivista. A partir de então, passou-se a reconhecer a necessidade de normatização dos princípios gerais do Direito, com a hegemonia dos princípios em relação às regras.

O controle jurisdicional dos atos administrativos deve abranger não só a conformidade dos aspectos vinculados com a lei (controle de legalidade), mas também a compatibilidade dos aspectos discricionários com os princípios da Administração Pública e os princípios gerais do Direito. Havendo regras, princípios e normas, editadas pelo órgão deliberativo e controlador das ações da Presidência da República (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), que regulam a matéria abrangida pelo ato administrativo a ser praticado, é possível o controle pelo Poder Judiciário.

No Direito brasileiro, o controle judicial da atividade administrativa omissiva ou comissiva também se sustenta no princípio constitucional do direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal<sup>54</sup>. Todos os atos administrativos responsáveis por lesão ou ameaça de lesão a direito são *a priori* passíveis de controle judicial. Ora, estando erigido à categoria de direito fundamental (que se encontra positivado), o controle jurisdicional da Administração Pública tem como função a criação e manutenção *dos pressupostos elementares para a garantia da liberdade e da dignidade humana*.

A doutrina da proteção integral abarca os princípios do melhor interesse da criança e o da condição especial de pessoa em desenvolvimento. A Constituição Federal, em seu artigo 227, não somente adotou a doutrina da proteção integral, mas também incorporou a ela o princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente. No mesmo caminho seguiu o legislador

---

<sup>54</sup> “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

ordinário quando procedeu ao detalhamento da referida doutrina no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no cenário internacional, ao adotar a doutrina da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, elevou-os à condição de sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, atribuindo à família, ao Estado e à sociedade a responsabilidade pela efetivação desses direitos. A proteção integral se justifica em razão de serem pessoas incapazes, dada a sua condição temporária, de, por si só, não estarem aptos a fazer valer seus direitos. O artigo 3º da referida convenção estabelece que as decisões públicas relacionadas com a criança devem ser tomadas atendendo ao interesse superior da criança.

Demais disso, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil) dispõe que

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Diariamente, milhares de crianças e adolescentes do mundo inteiro, em especial do Brasil, são privadas do exercício da cidadania e vêem seus direitos fundamentais sendo ameaçados ou violados justamente pela omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à concretização desses direitos. Dados estatísticos apontam que o Brasil é um país repleto de contradições e de uma intensa desigualdade social, já que 1% da população rica detém 13,5% da renda nacional, contra os 50% mais pobres, que detém 14,4% desta (IBGE, 2004). Essa desigualdade

social traz conseqüências sérias nas condições de vida da população infante-juvenil.

O Brasil possui 25 milhões de adolescentes na faixa de 12 a 18 anos, o que representa cerca de 15% da população. Segundo levantamento da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (MURAD, 2004), existem no Brasil cerca de 39.578 adolescentes no sistema socioeducativo, sendo que 27.763 encontram-se em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade). Por sua vez, segundo Rocha (2002), havia 9.555 adolescentes em cumprimento de medida de internação, destes, 90% eram do sexo masculino, 51% não freqüentavam a escola, 90% não concluíram o Ensino Fundamental, 12,7% viviam em famílias que não possuíam renda mensal, 66% em famílias com renda mensal de até dois salários mínimos e 85,6% eram usuários de drogas. Dos 1.260 adolescentes que cumpriam medida de semiliberdade, segundo Fuchs (2004), 96,6% eram do sexo masculino, 58,7% estavam fora da escola formal antes do cometimento do ato infracional, 70% se declaravam usuários de drogas (BRASIL, 2006).

A falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas é uma das formas de violência institucionalizada contra a infância e a juventude, especialmente nos países periféricos, onde se constata uma péssima distribuição de renda, culminando com a marginalização de grande parte da população, impedida de efetivamente usufruir as riquezas produzidas pelo país.

Muitos dispositivos do ECA ainda precisam ser implementados, a começar pela concretização dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Como é de conhecimento público, inúmeras crianças e adolescentes vivem à margem das mais básicas

políticas públicas, como educação, saúde, lazer, cultura, segurança etc. O desrespeito começa justamente na falta de vontade política dos dirigentes do país em priorizar recursos orçamentários para a garantia desses direitos fundamentais. É marcante a desigualdade social e o desrespeito ao princípio da prioridade absoluta.

A mudança dessa dura realidade depende da conscientização de que a implementação das políticas públicas sociais da infância é responsabilidade do Poder Executivo, havendo a necessidade urgente de seu controle pelo Poder Judiciário.

De acordo com a moderna doutrina *jus administrativista*, a atividade administrativa deve estar em conformidade tanto com o princípio da legalidade quanto com o princípio da juridicidade, não podendo contrariar os princípios gerais do Direito (razoabilidade e proporcionalidade) ou, ainda, no Direito brasileiro, os princípios constitucionais da Administração Pública (publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade).

Diante da omissão do Executivo na adequação do interesse público e sua harmonização com os outros interesses públicos (conveniência do ato administrativo), verifica-se o necessário ingresso do Judiciário no resgate e na garantia dos direitos fundamentais positivados e desrespeitados.

Para Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, as normas da ordem social constitucional vinculam o administrador, obrigando-o a implementar políticas públicas para concretização dos direitos sociais. A não-implementação constitui ato omissivo da Administração, passível de controle pelo Poder Judiciário<sup>55</sup>.

No plano da implementação das políticas públicas sociais, assevera Luiza Cristina Fonseca Frischeisen que a Administração

---

<sup>55</sup> FRISCHEISEN, 2000, p. 95.

Pública está vinculada à Constituição e às normas infraconstitucionais, inexistindo discricionariedade para a deliberação sobre a oportunidade e a conveniência na implementação dessas políticas públicas, diante da opção do constituinte e das normas de integração. Assegura que a discricionariedade poderá ser exercida nos espaços não preenchidos pela Constituição e pela lei e que cabe ao Poder Judiciário resolver sobre eventuais dúvidas da extensão dessa discricionariedade, dando sentido concreto à norma e controlando a legitimidade do ato administrativo, especialmente para aferir se a finalidade constitucional foi atingida<sup>56</sup>.

Sobre o tema, assim expõe Rodolfo de Camargo Mancuso:

Destarte, na política da educação nacional, quando a Constituição Federal estabelece que os Municípios “atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”, devendo aplicar certo percentual mínimo “na manutenção e desenvolvimento do ensino” (art. 211, § 2º, art. 212, *caput*), aí não se cuida de conceitos vagos ou indeterminados, nem tampouco de valores sujeitos a manejo discricionário, e, menos ainda, de normas programáticas, a serem implementadas ou não, segundo as contingências do momento. O mesmo se pode dizer de outras políticas públicas, como as concernentes à assistência social (CF, art. 203; Lei 8.742/93); criança e adolescentes (CF, art. 227; Lei 8.069/90) [...]. *É dizer, no plano das políticas públicas*, onde e quando a Constituição Federal estabelece um *fazer*, ou uma *abstenção*, automaticamente fica assegurada a possibilidade de *cobrança* dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente[...]<sup>57</sup>.

Como exposto, não há discricionariedade na omissão do Poder Público na implementação das políticas públicas da ordem social constitucional, principalmente quando o ato administrativo está vinculado às diretrizes traçadas por um órgão da própria

---

<sup>56</sup> FRISCHEISEIN, 2000, p. 95-96.

<sup>57</sup> MANCUSO, 2001, p. 725-726.

Administração, com representatividade tanto da sociedade civil quanto do Poder Público.

No campo do Direito da Criança e do Adolescente, cabe à Administração Pública respeitar a doutrina da proteção integral e, em especial, o princípio garantista do interesse superior da criança e do adolescente nas opções de implementação de políticas públicas. Dessa forma, nos assuntos relacionados com a implementação de políticas públicas destinadas à infância e à juventude, torna-se impossível ao administrador o exercício da discricionariedade, sobretudo quando há omissão na concretude de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cujos rumos foram traçados pela própria Administração por um órgão com representatividade da sociedade civil e do Poder Público.

E é justamente a composição dos membros integrantes do CONANDA que lhe confere legitimidade para a elaboração das normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e fiscalização das ações de execução, garantindo assim construção democrática e participativa da sociedade nas políticas públicas a serem executadas pelos órgãos estatais. Disso decorre a vinculação do Poder Executivo à execução das diretrizes traçadas pelo CONANDA, bem como a possibilidade de controle judicial da ação ou omissão das políticas públicas à criança e ao adolescente devidamente normatizadas pelo referido conselho.

E ainda sobre o tema, decidiu a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil), no recurso de apelação acima citado, em acórdão assim ementado:

A CF, em seu art. 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-Membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores,

podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional.

No Direito brasileiro, o princípio constitucional da prioridade absoluta<sup>58</sup>, materializado no artigo 227 da Constituição Federal e detalhado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o princípio da democracia participativa vinculam o Poder Legislativo e o Poder Executivo a respeitar a preferência estabelecida na formulação e na execução das políticas públicas sociais e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude quando tais diretrizes foram determinadas pelo CONANDA. Assim, a possibilidade de cobrança judicial das políticas públicas para a infância ultrapassa a simples garantia do “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais, cujas políticas públicas foram regularmente traçadas pelo órgão da própria administração (CONANDA), com representatividade paritária da sociedade civil e dos poderes públicos.

---

<sup>58</sup> “Para o eventual embate jurídico, cabe registrar que o princípio constitucional da *prioridade absoluta* (art. 227 da CF), somado ao da *democracia participativa* (arts. 1º, parágrafo único, 204, II, e 227, § 7º, todos da CF e concretizados com a atuação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente na formulação da política – municipal, estadual e nacional – de atendimento aos interesses da população infante-juvenil – art. 88, II, do ECA), são limitadores e condicionantes ao poder discricionário do administrador público. Enfim, a atuação dos Magistrados e agentes do Ministério Público em dar concretude (vida e eficácia) ao princípio constitucional da *prioridade absoluta* para a área da infância e juventude importará efetivo cumprimento de dever institucional *prioritário* e possibilidade de que as promessas de cidadania contidas no ordenamento jurídico compareçam realidade nas suas vidas cotidianas, *universalizando-se* os direitos que *parte* da população infante-juvenil já exercita. A certeza é de que, interagindo articuladamente com os segmentos organizados da sociedade civil e cumprindo prioritariamente a tarefa de promoção dos direitos das crianças e adolescentes, o Poder Judiciário e o Ministério Público estarão colaborando decisivamente para que a Nação brasileira venha a alcançar um dos seus objetivos fundamentais: o de instalar – digo eu, a partir das crianças e adolescentes – uma sociedade livre, justa e solidária” (MAIOR NETO, 2007).

## 6.2 A vinculação da Administração Pública às normas gerais da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente elaboradas pelo CONANDA

A Constituição Federal, em seu artigo 204 e § 7º do artigo 227, prevê a descentralização político-administrativa das ações governamentais e a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis no atendimento dos direitos da criança e do adolescente. A par disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentado pela Lei Federal n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, exigiu em sua estruturação uma composição paritária de representantes do Poder Público e da sociedade civil, que direta ou indiretamente estejam relacionados à área infanto-juvenil.

Segundo Paulo Bonavides, a democracia é um direito de quarta geração. Aponta o autor que a *democracia participativa* e o Estado Social constituem axiomas que permanecerão invioláveis e invulneráveis se os povos da América Latina estiverem decididos a batalhar por um futuro que reside apenas na democracia, na liberdade e no desenvolvimento. Para os países em que não lograram êxito na concretização dos direitos positivados, faz-se necessário tornar explícitos os meios técnicos de realização e sustentação desse direito *principal*. Por sua vez, há quatro princípios cardeais compondo a estrutura constitucional da democracia participativa: princípio da dignidade humana, princípio da soberania popular, princípio da soberania nacional e princípio da unidade da Constituição. Considera-se assim que a Constituição não foi feita para quem governa, mas sim, primacialmente, para o homem, que é o sujeito e destinatário na concretude do sistema. “A teoria constitucional da democracia participativa segue a trilha renovadora que fará o povo senhor de seu futuro e de sua soberania, coisa que

ele nunca foi nem será enquanto governarem em seu nome privando-o de governar-se por si mesmo”<sup>59</sup>.

O controle social dos atos da administração deixou de ser realizado apenas por meio de ação popular, mas também passou a ocorrer de forma sistemática e permanente, por meio dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, cujo funcionamento adequado exige o cumprimento de suas atribuições legais e constitucionais, bem como uma participação popular isenta, efetiva e decisiva em seus debates e deliberações, tomadas de forma impessoal e transparente. O constituinte não se restringiu a conceder ao cidadão melhores condições para o exercício do direito de fiscalizar os atos do administrador público, mas também lhe concedeu o próprio poder de decisão em certas áreas, no pleno exercício da democracia participativa, prevista no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal<sup>60</sup>.

O CONANDA, ao deliberar e controlar as políticas públicas em âmbito federal, escolhe e decide a política de atendimento infante-juvenil.

Adotando como referência a doutrina de Direito Administrativo, tem-se que as deliberações são atos administrativos típicos dos órgãos colegiados, sendo estes, por sua vez, compreendidos como aqueles que projetam uma única vontade, como resultado de várias vontades internadas da Administração Pública; as deliberações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, materializadas nas suas respectivas resoluções, são, portanto, decisões da própria Administração Pública<sup>61</sup>.

Assim, as decisões do CONANDA são verdadeiras manifestações “de mérito” adotadas por um órgão público visando o interesse público.

---

<sup>59</sup> BONAVIDES, 2001, p. 9-11.

<sup>60</sup> DIGIÁCOMO, 2007.

<sup>61</sup> TAVARES, 2007, p. 319.

Há uma transferência do *locus* onde a opção a discricionariedade administrativa deixa de ser um ato exclusivo do Executivo, passando para um órgão colegiado, cujo ato administrativo se torna complexo, submetido às múltiplas vontades, que serão sintetizadas em um único ato (resolução) exteriorizado como vontade da Administração<sup>62</sup>.

Dessa forma, se a deliberação do CONANDA, por meio de seu ato administrativo colegiado, estiver em conformidade com os requisitos e pressupostos dos atos administrativos em geral e de acordo com as regras procedimentais da legislação, o Chefe do Poder Executivo estará vinculado, devendo assim acatar a vontade do colegiado, sendo-lhe coibido criar embaraços a sua execução, sob pena de responder administrativa, civil ou penalmente<sup>63</sup>.

Nesse sentido, a natureza cogente (e não meramente administrativa) das resoluções oriundas dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente já foi afirmada em decisões de Tribunais brasileiros, cujas ementas seguem abaixo transcritas:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 493811/SP; Recurso Especial n. 2002/0169619-5, rel. Eliana Calmon, j. em 11.11.2003, 2ª Turma, DJ de 15 mar. 2004, p. 00236)<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> LIBERATI; CYRINO, 2003, p. 88.

<sup>63</sup> TAVARES, 2007, p. 320.

<sup>64</sup> A ministra Eliana Calmon, ao fundamentar o seu voto, destacou que “[...] não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER. Implantação de programa para atendimento de crianças e adolescentes viciados no uso de entorpecentes e inclusão de previsão orçamentária respectiva, com adoção de providências administrativas cabíveis – Sentença de improcedência, sob argumento de que o município já vem oferecendo este programa – Inadmissibilidade – Necessidade de observância de resolução baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente – Programa oferecido que, em última análise, não atende aos casos crônicos, por não prever tratamento mais acurado, com internação, se necessária – Dever do poder público em dar cumprimento às normas programáticas previstas na Constituição Federal e efetividade dessas normas – Implantação de programa e inclusão de previsão orçamentária determinada, assim como adoção de todas as providências indispensáveis à sua efetivação – Desacolhimento da argumentação de intromissão indevida do Judiciário na esfera de atuação do Executivo – Necessidade, no entanto, de que seja fixado prazo para cumprimento de todos os pedidos – Recurso provido (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 057.700/7-00, rel. des. Nigro Conceição, j. em 11.1.2001)<sup>65</sup>.

### A resolução do CONANDA, deliberada regularmente pelo órgão

---

Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípua, a representa. Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, especificadamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do Ministério Público e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 4/97, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, segmento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA. Conseqüentemente, tenha-se presente que o pleiteado pelo Ministério Público não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adrede estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil” (disponível em: <[www.stj.gov.br/jurisprudencia](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia)>. Acesso em: 12 nov. 2007).

<sup>65</sup> Disponível em: <[www.tjsp.gov.br](http://www.tjsp.gov.br)>. Acesso em: 12 nov. 2007.

colegiado, vincula o administrador público, que não mais poderá discutir seu mérito, sua oportunidade ou conveniência, cabendo-lhe tão-somente adotar as medidas necessárias ao seu cumprimento,

a começar pela adequação do orçamento público às demandas de recursos que em razão daquela decisão porventura surgirem. [...] Se não age ao tempo e modo devidos e não participa das discussões e do processo de elaboração das resoluções do órgão que detém a competência constitucional para definir as políticas que sua administração deverá implementar em prol da criança e do adolescente, não pode pretender, *a posteriori*, modificar ou descumprir uma deliberação legal e *soberana* do órgão legitimado para tanto<sup>66</sup>.

Incumbe ao CONANDA tomar providências administrativas e judiciais em caso de descumprimento pelo administrador público de suas deliberações, visando fazer prevalecer a sua decisão, bem como responsabilizar o Estado, que tem o dever de zelar pelos princípios que regem a Administração Pública (artigo 11 da Lei n. 8.429/1992), e, criminalmente, os integrantes do citado conselho, que são equiparados a funcionários públicos, segundo o artigo 327 do Código Penal. Não há que se falar, assim, em interferência indevida do Poder Judiciário quando haja descumprimento das deliberações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente pelo Poder Executivo, pois é “nos Conselhos dos Direitos onde os Poderes Executivos dos entes da Federação, em parceria com a sociedade, por força de mandamento constitucional, adotam, entre as várias opções políticas legítimas, aquela que julgam a mais conveniente e oportuna”<sup>67</sup>. Caso contrário, estar-se-ia desconhecendo os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente como instrumento de democracia participativa.

A vinculação da Administração Pública aos princípios citados acima se sustenta em razão do princípio da juridicidade, já que a

---

<sup>66</sup> DIGIÁCOMO, 2007.

<sup>67</sup> TAVARES, 2007, p. 322.

atividade administrativa não pode contrariar a lei, os princípios gerais do Direito e as diretrizes traçadas pelo CONANDA, diante do princípio da democracia participativa, uma vez que o CONANDA, órgão da própria Administração, tem representatividade paritária de sociedade civil e do Poder Público. Tem-se, pois, que, no campo do Direito da Criança e do Adolescente, cabe à Administração Pública respeitar as normas gerais delineadas justamente pelo órgão deliberativo e controlador das ações do Poder Executivo Federal (CONANDA), que resguarda o cumprimento da doutrina da proteção integral e, em especial, o princípio garantista do interesse superior da criança e do adolescente nas opções de implementação de políticas públicas. Dessa forma, nos assuntos relacionados com a implementação de políticas públicas destinadas à infância e à juventude, torna-se impossível ao administrador o exercício da discricionariedade para a omissão na concretude de direitos fundamentais delineados pelo CONANDA e constitucionalmente assegurados, já que tais diretrizes desse órgão o vinculam.

Há, portanto, a necessidade do controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados às diretrizes traçadas pelo CONANDA, no que se refere à implantação de políticas públicas para a concretização dos direitos da criança e do adolescente em face da doutrina da proteção integral e do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, os quais devem ser observados com prioridade absoluta, em razão da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Assim, a possibilidade de cobrança judicial das políticas públicas para a infância ultrapassa a simples garantia do “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais.

## **7 Considerações finais**

Diante do desrespeito do Estado aos tratados e convenções internacionais e às normas constitucionais e infraconstitucionais

brasileiras e, até mesmo, às diretrizes traçadas pelo CONANDA, torna-se imperiosa a necessidade do controle pelo Judiciário dos atos administrativos comissivos ou omissivos correlacionados às prestações positivas obrigatórias da Administração delineadas pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, seja para obrigar o Poder Público a realizá-las, seja para corrigir os atos praticados com desvio do real interesse superior da criança e do adolescente.

No Brasil, inúmeras ações judiciais (especialmente coletivas) buscam a tutela jurisdicional diante do desrespeito do Estado à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e, em especial, no Direito brasileiro, ao princípio da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente, estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo teve seu alicerce jurídico e social na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 da Organização das Nações Unidas.

Em que pese a sociedade estar elegendo a via judicial como uma das alternativas para forçar o Estado a cumprir suas obrigações<sup>68</sup>, muitas decisões judiciais, especialmente dos tribunais brasileiros, têm insistido na tese da insindicabilidade dos atos administrativos, sob o amparo de doutrinas clássicas como a da tripartição dos Poderes, sem, no entanto, atentar para a necessidade de redefinir e adequá-las ao Estado Social.

---

<sup>68</sup> O juiz de Direito julgou procedente a ação civil pública interposta pelo Ministério Público, condenando o Distrito Federal a criar programa eficaz destinado a atender crianças e adolescentes portadores de transtornos mentais e/ou alcoolatras e toxicômanos, bem como construir ou definir estabelecimento próprio de saúde, equipando-o de forma adequada e dotando-o de profissionais especializados em número suficiente ao suprimento da demanda, tendo por finalidade específica garantir o implemento do referido programa, bem assim das medidas de proteção previstas no artigo 101, incisos V e VII, do ECA, tudo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, fixando-se multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) em caso de descumprimento (Vara da Infância e Juventude, Autos n. 766/53, juiz Renato Rodovalho Scussel, j. em 24.11.2006).

O presente trabalho demonstrou a responsabilidade da Administração Pública na implementação das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais positivados pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (ONU) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em face do axioma constitucional “democracia participativa” e da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança, devidamente normatizados pelo CONANDA. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, acolhida no ordenamento jurídico nacional, materializada no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no ECA e o axioma constitucional “democracia participativa” obrigam o Poder Público a respeitar a preferência na execução das políticas públicas delineadas pelo CONANDA.

A representação paritária do Poder Público e da sociedade civil organizada na composição do CONANDA, possibilitando assim legitimidade democrática às suas deliberações, confere legitimidade à elaboração das normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e fiscalização das ações de execução, garantindo assim construção democrática e participativa da sociedade nas políticas públicas a serem executadas pelos órgãos estatais. Disso decorre a vinculação do Poder Executivo à execução das diretrizes traçadas pelo CONANDA, bem como a possibilidade de controle judicial da ação ou omissão das políticas públicas à criança e ao adolescente devidamente normatizadas pelo referido conselho.

Assim, é demonstrada a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados (às diretrizes traçadas pelo CONANDA), destinados à implantação das políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em face da elaboração de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente pelo

CONANDA, que viabiliza o acatamento à doutrina da proteção integral e do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, os quais devem ser observados com prioridade absoluta, em razão da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento desses sujeitos, bem como ao axioma constitucional da democracia participativa.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Comp.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá; Buenos Aires: Temis; Depalma, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos*. Brasília-DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <[www.condeca.sp.gov.br/legislacao/sinase\\_integra.pdf](http://www.condeca.sp.gov.br/legislacao/sinase_integra.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2007.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELLOFF, Mary (Comp.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá; Buenos Aires: Temis; Depalma, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente: transparência de seu funcionamento como condição indispensável à legitimidade e legalidade de suas deliberações*. Disponível em: <[www.mp.pr.gov.br/cpca/crianca.html](http://www.mp.pr.gov.br/cpca/crianca.html)>. Acesso em: 12 nov. 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000.

EROLES, Carlos. *Políticas públicas de infancia*. Buenos Aires: Espacio, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. *Poder Judiciário, Ministério Público e a prioridade absoluta para a infância e a juventude*. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/institucional/capoio/caopca/artigos/>>. Acesso em: 1<sup>o</sup> nov. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In:

MILARÉ, E. (Org.) *Ação Civil Pública – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARCHESAN, Ana Maria. *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MÉNDEZ, Emilio García. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Fórum Pacis, 1997.

MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Comp.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Temis; Depalma, 1998.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

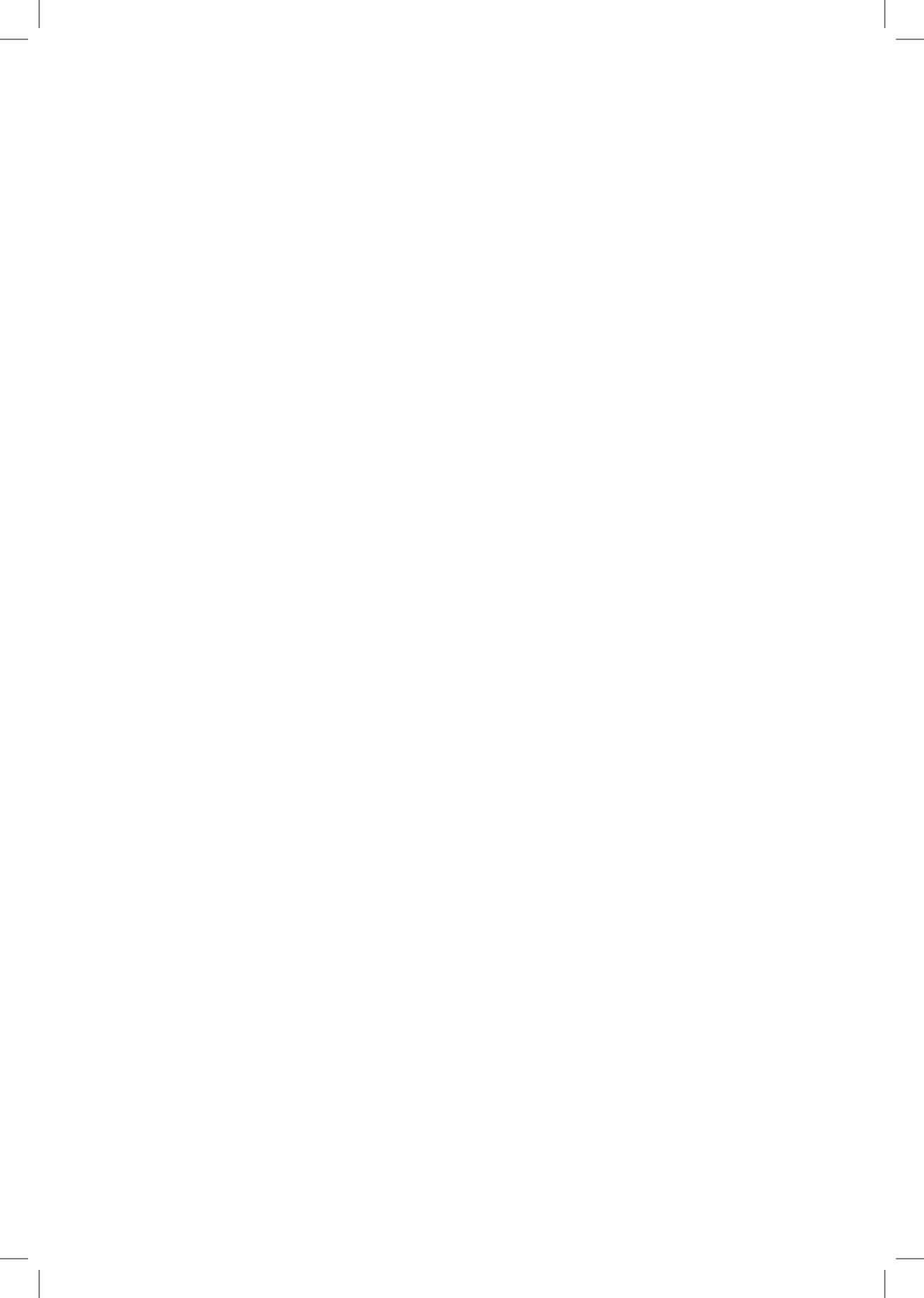
RIVERA, Deodato. In: CURY, Munir (Coord.). *O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TAVARES, Patrícia Silveira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



# Seção II

Interesses Difusos e Coletivos



# Poluição eletromagnética: telefonia celular, risco sanitário- ambiental e precaução

Roberto Carlos Batista\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O campo eletromagnético e a preocupação do público. 3 Estudos desenvolvidos sobre os efeitos da radiação e possíveis danos à saúde. 4 Medidas e políticas governamentais. 5 O princípio da precaução. 6 O tratamento do tema no Brasil. 6.1 Tratamento legislativo. 6.2 ANATEL: uma delegação de competência contestada. 6.3 Políticas públicas. 6.4 O caso das estações rádio-base no Distrito Federal, o trabalho do Ministério Público e o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6.4.1 Relato do fato. 6.4.2 Da competência legislativa. 6.4.3 O princípio da precaução e o risco sanitário-ambiental. 6.4.4 Aspecto urbanístico e cultural. 6.4.5 A defesa pelo Ministério Público dos bens jurídicos envolvidos. 6.4.6 Veredicto final. 7 Jurisprudência brasileira. 8 Jurisprudência argentina. 9 Conclusões.

## 1 Introdução

A tecnologia e sua sofisticação seduzem cada vez mais o consumidor com seus produtos e serviços, sempre associados à inovação, ao conforto, ao bem-estar do homem pós-moderno. No entanto,

---

\* Roberto Carlos Batista é doutorando em Direito pela Université Paris I – Pathéon Sorbonne e integrante de seu Centre de Recherche en Droit des Sciences et Technique, mestre em Direito e Estado e especialista em Direito Ambiental e desenvolvimento sustentável pela Universidade de Brasília (UnB), titular da 1ª Promotoria do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do Distrito Federal.

os riscos que venham a representar quase nunca são revelados de pronto, apesar de ameaçarem, muitas vezes, bens jurídicos ligados diretamente à vida, como a saúde e o meio ambiente. O caso da telefonia celular é um exemplo marcante.

A partir dos anos 1990, assistiu-se no mundo a um incremento substancial na aquisição de telefones móveis. Estima-se que, atualmente, cerca de dois bilhões de pessoas fazem uso desse serviço, ou seja, quase um terço da população mundial<sup>1</sup>. Dessa cifra, segundo divulgado recentemente pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), só no Brasil, no final do mês de maio de 2006, o número de acessos ao serviço totalizou 92.377.336<sup>2</sup>. Promoções e inúmeras propagandas que acentuam as “vantagens” de um ou outro aparelho de pouco peso e dimensão, com determinada estética, com recursos de fotografia e filmagem, oferecidos por uma ou outra operadora, instigaram no público certa compulsão pela aquisição e uso de celulares. É comum atualmente a utilização de tais aparelhos até mesmo por crianças com idade inferior a doze anos.

Apesar da utilidade dos serviços que, por vezes, chega a poupar vidas com a comunicação instantânea, efeitos deletérios devem ser avaliados, no âmbito do ambiente e da saúde pública. Em caso de resultados negativos, medidas de prevenção hão de ser adotadas, e, em caso de suspeita, elas devem ser previstas em uma política pública integrada, visando sempre a qualidade de vida da população.

A preocupação de parte da sociedade civil, da comunidade científica, de alguns Estados soberanos e de organismos internacionais vem sendo recentemente acentuada, diante da possibilidade de

---

<sup>1</sup> Segundo informação divulgada em matéria publicada pela *Folha on line*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u18986.shtml>>. Acesso em: 11 jul. 2006.

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/biblioteca/releases/2006/release\\_19\\_06\\_2006mm.pdf](http://www.anatel.gov.br/biblioteca/releases/2006/release_19_06_2006mm.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2006.

poluição eletromagnética ensejada pelo mecanismo de funcionamento dos celulares, bem como pelas chamadas estações rádio-base (ERBs). Essas consistem em um conjunto de antenas transmissoras e receptoras estruturadas em torres, postes, suportes que recebem e emitem sinais por meio de ondas do tipo eletromagnética, para efetuar a comunicação dos aparelhos celulares. Seu funcionamento se dá por radiofrequência ou microondas, que produzem uma radiação não-ionizante, ou seja, aquela que não chega a provocar lesões ou desintegração física, pois não tem a capacidade de romper com as moléculas de ADN, mas enseja aumento de temperatura, podendo afetar a saúde humana, segundo entendem certos cientistas. Na faixa de tais radiações, os campos eletromagnéticos (CEM) que variam de 0Hz a 300kHz são considerados de baixa frequência (como é o caso das linhas de transmissão de eletricidade), e aqueles que variam de 300kHz a 300GHz são considerados de alta frequência (como é o caso das ERBs).

No que se refere às ERBs, nota-se que a poluição eletromagnética é suscetível de se manifestar tanto no ambiente natural quanto no artificial<sup>3</sup>. Em face da maior oferta dos serviços de telefonia móvel e da sua privatização, o mercado busca oferecer a possibilidade de comunicação de dados em arquivos com maior capacidade de armazenamento de informações para diversificar as ofertas de conteúdos (como fotografias, imagens televisivas, entre outros), a fim de obter um alcance maior na transmissão com uma qualidade superior. Logo, as empresas, a cada dia, multiplicam o número de equipamentos nas cidades, muitas vezes sem controle e de forma desordenada, ficando a população sujeita a impactos e riscos muito graves. Embora ainda não cabalmente comprovada, a correlação

---

<sup>3</sup> Conjunto das edificações (meio ambiente urbano) cujos padrões mínimos e harmonia se exigem para um equilíbrio paisagístico e urbanístico, que irão garantir à população bem-estar, melhores condições e qualidade de vida.

com danos à saúde tem mobilizado autoridades públicas e organismos internacionais a se ocuparem dessa questão tão relevante.

A primeira parte deste trabalho apresentará a problemática da poluição eletromagnética oriunda das ERBs e dos telefones celulares, hoje objeto de tantos estudos e publicações. Num primeiro momento, far-se-á um painel sobre o tratamento do assunto na Europa, com ênfase na França. Já a segunda parte residirá na apreciação do tema no cenário brasileiro, dando-se destaque a um caso concreto submetido à atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que deu origem a uma ação judicial (mandado de segurança coletivo, autos do processo n. 2004002007932-3) interposta pela Associação Nacional das Operadoras de Celulares (ACEL) em face dos Secretários de Estado do Distrito Federal de Coordenação das Administrações Regionais e de Fiscalização das Atividades Urbanas, perante o Tribunal de Justiça daquela Unidade da Federação. Verificar-se-á também a incidência do princípio da precaução no caso examinado, bem como as jurisprudências brasileira e argentina a respeito.

## **2 O campo eletromagnético e a preocupação do público**

As ondas eletromagnéticas existem desde o surgimento do universo. A sua forma mais comum é a luz; contudo, a exposição humana a tais ondas se incrementou substancialmente a partir da industrialização, com a demanda de eletricidade e seu consumo, os avanços tecnológicos e as mudanças dos hábitos humanos. A exposição passou a acentuar-se no próprio lar, com aparelhos eletrodomésticos (como televisores, rádios, fornos de microondas etc.), ou ainda no local de trabalho (com computadores, máquinas etc.), com sofisticados produtos industriais e de telecomunicações (como celulares, telefones sem fio).

As iniciais inquietações do público decorreram das linhas de alta tensão e da interferência dessas nas emissoras de rádio e televisão nas décadas de 1960 e 1970, com a preocupação estética (urbanística), bem como a poluição sonora. Vieram então, já no início da década de 1970, as primeiras reclamações em razão de incômodos e transtornos sofridos por trabalhadores soviéticos em subestações elétricas, tendo sido iniciados estudos sobre o assunto, que foram pouco difundidos<sup>4</sup>.

Em 1974, a Associação Internacional de Proteção a Radiações (IRPA) organizou um grupo de trabalho para se dedicar ao estudo da radiação não-ionizante. Em 1977, em um congresso realizado em Paris por essa associação, o citado grupo transformou-se na Comissão Internacional de Radiações Não-Ionizantes (INIRC)<sup>5</sup>. Essa instituição, que em inglês recebe atualmente o nome de *International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection* (ICNIRP), formalizou-se como uma organização não-governamental e passou a desempenhar papel importante na fixação de padrões de segurança e estudos no setor, recebendo o reconhecimento formal da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Ainda na década de 1970, um estudo relevante desenvolvido pelos pesquisadores americanos Nancy Wertheimer e Ed Leeper, no ano de 1979, sobre a incidência de câncer infantil em Denver (Colorado, EUA) relacionada à exposição a campos eletromagnéticos, desencadeou outras centenas de estudos a respeito do tema e intensificou a preocupação do grande público, em face da divulgação dos resultados na mídia<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> OMS, 1999, p. 4.

<sup>5</sup> DRUMOND; FRANCO NETTO; FERNNER, 2004, p. 229.

<sup>6</sup> Embora contestadas as conclusões dos estudos americanos à época, em junho de 2001, o Centro Internacional de Pesquisa sobre o Câncer as confirmou e considerou os campos eletromagnéticos como “cancerígenos possíveis ao homem” (categoria

Desde então, estudos diversos empreendidos por equipes de profissionais multidisciplinares, ora por solicitação de empresas prestadoras de serviços de telefonia e de eletricidade, ora pelo governo, por organismos internacionais (como a OMS), ou mesmo por puro exercício da investigação científica, têm alcançado resultados no mínimo preocupantes, pois se mostram incapazes de garantir a segurança da proteção à saúde e ao ambiente.

A contradição dos resultados dos estudos e os relatos de pessoas que fizeram uso prolongado e intenso da telefonia celular ou que residem próximo a redes de eletricidade de alta tensão ou a ERBs, bem como as ações judiciais indenizatórias por responsabilidade civil (sobretudo nos EUA) que atribuem o aparecimento de câncer à poluição eletromagnética, despertaram no público uma certa inquietação e, em determinados países, a adoção de algumas medidas em caráter preventivo, de natureza legislativa ou regulamentar.

### **3 Estudos desenvolvidos sobre os efeitos da radiação e possíveis danos à saúde**

A maioria dos estudos realizados sobre o tema concentra-se nos chamados efeitos térmicos, ou seja, aqueles decorrentes do aquecimento direto dos tecidos biológicos que absorveram a energia eletromagnética de alguma fonte em um meio dissipativo ou com perdas<sup>7</sup>. Eles resultam da ação de ondas eletromagnéticas sobre moléculas, como as de água, que se encontram presentes nos tecidos humanos e são friccionadas internamente na frequência da fonte incidente, ensejando o aquecimento do tecido atingido. A intensidade do aquecimento variará conforme a natureza dos

---

2B), sob a base de estudos epidemiológicos com crianças (CICOLELLA; BROWAEYS, 2005, p. 132).

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ; SALLES, 2004, p. 19.

tecidos alvejados pelas ondas e a densidade de água que eles possuem, além, obviamente, da frequência da onda eletromagnética operante<sup>8</sup>. Suspeita-se que conseqüências graves à saúde humana podem aparecer, como cataratas, afetação do sistema nervoso central, do sistema cardiovascular, do sistema de regulação térmica do organismo e do sistema auditivo<sup>9</sup>. Em todas essas hipóteses, há um fato não discutido e cujo mecanismo é comum: o aquecimento e um liame de causalidade com as suspeitas.

Já os chamados efeitos não-térmicos “são, por exemplo, efeitos bioquímicos ou eletrofísicos causados diretamente pelos campos eletromagnéticos induzidos, e não indiretamente por um aumento localizado ou distribuído de temperatura”<sup>10</sup>. Embora tais efeitos ainda não tenham sido comprovados e exista dissonância de resultados, alguns estudos apontam para repercussões no sistema nervoso (problemas com o sono, cefaléias, perda de memória), no sistema endócrino (como tiroidismo) e no sistema imunológico (mudanças linfáticas), bem como no metabolismo e em fatores hereditários, além de patologias graves e alterações nas membranas celulares, no que se refere ao movimento de entrada e saída de moléculas essenciais, como de cálcio, sódio e potássio<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> SANTINI, 1998, p. 127.

<sup>9</sup> GAUGIER et al., 2003, p. 20.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ; SALLES, 2004, p. 22.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ; SALLES, 2004, p. 22. GAUGIER et al., 2003, p. 20. TEJO, 2004, p. 180. LENTIN, 2004, p. 128-129. Mattos e Koifman registram que: “Recentemente, foi publicado um estudo experimental, realizado com culturas de fibroblastos humanos, onde foi demonstrado um efeito genotóxico dos CEM, confirmando achados de outros estudos similares, que vêm sendo realizados desde 1997, por diferentes pesquisadores (IVANCSITS et al., 2003). Nesse experimento, foi observado que a exposição intermitente a CEM (50Hz/1,0000 ¼ T) induzia quebras nas fitas de DNA, sendo essa alteração tempo-dependente e dose-dependente, e não relacionada a efeito térmico. Os resultados desses estudos abrem novas possibilidades e perspectivas na investigação dos efeitos biológicos dos CEM” (MATTOS; KOIFMAN, 2004, p. 95).

Inúmeros são os estudos já desenvolvidos e em realização que examinam a possibilidade da ação dos campos eletromagnéticos resultar em danos biológicos e à saúde humana, máxime com o uso de telefones celulares e a exposição da população a fontes irradiadoras, como as estações rádio-base, que se multiplicam de maneira extraordinária, a cada dia, nas paisagens urbanas. As maiores preocupações dizem respeito ao aparecimento de tumores, sobretudo, cerebrais. A título exemplificativo, podem ser citadas algumas pesquisas empreendidas e publicadas, embora grande parte delas contestadas, sobre os impactos da exposição a campos eletromagnéticos.

No final da década de 1990, quatro grupos de pesquisa investigaram os possíveis efeitos cancerígenos da exposição em referência na incidência de tumores de mama induzidos por substâncias químicas, obtendo-se resultados contraditórios. A reanálise do conjunto de dados apontou para uma viável relação entre a incidência dos tumores e o fluxo de densidade magnética (MEVISSSEN et al., 1998)<sup>12</sup>. Revelam ainda Mattos e Koifman, ao dispor sobre os estudos, que,

em grupos de camundongos submetidos a doses baixas de um agente iniciador [campos de baixa frequência], foi observado um aumento estatisticamente significativo da incidência de tumores mamários, após a exposição a campos magnéticos de 10<sup>1/4</sup>t, durante 27 semanas (THUN-BATTERSBY et al., 1999)<sup>13</sup>.

Nos anos 1990, uma investigação científica realizada pela equipe do doutor Lennart Hardell, do Departamento de Oncologia do Centro Médico de Örebro (Suécia), por solicitação da OMS, chegou, em 1999, à constatação de que não se podia afirmar, categoricamente, que os casos de tumores benignos e malignos diagnosticados, entre 1994 e 1996, em pacientes que faziam uso de celular estavam associados à utilização dos mencionados aparelhos de telefonia. A mesma

---

<sup>12</sup> MATTOS; KOIFMAN, 2004, p. 94.

<sup>13</sup> Ibidem.

equipe, porém, ao dar prosseguimento às pesquisas em complementação aos estudos, publicou em 2000 a seguinte conclusão: “O uso do telefone celular é um fator de risco de câncer de cérebro”<sup>14</sup>.

Em outro estudo, publicado em fevereiro de 2001 pela revista *Epidemiology*, a respeito de um câncer raro que afeta o olho, após o exame de 118 casos e 475 acompanhamentos, acredita-se que ele tenha uma ligeira correlação com o uso de telefone celular<sup>15</sup>.

Constatações recentes dos eventuais efeitos dos celulares foram alcançadas por pesquisadores austríacos e suecos, após a análise de nove estudos epidemiológicos, realizados nos EUA, Suécia, Dinamarca, Finlândia e Alemanha, sobre tumores cerebrais, câncer de glândulas salivares, melanomas intra-oculares etc. Ao criticarem as deficiências metodológicas na totalidade dos estudos verificados e a probabilidade de erros, concluem que

todos os estudos trazem um risco de câncer associado à utilização de celular; os riscos relativos variam entre 1,3 e 4,6; o risco mais elevado seria o do neurinoma do acústico (3,5) e o melanoma da úvea [úvea é uma membrana do olho] (4,2). O risco de câncer aumentou com o aumento da latência e da duração de sua utilização<sup>16</sup>.

A própria Organização Mundial da Saúde, em brochura especializada, ao dizer que os campos eletromagnéticos não podem por si mesmos provocar câncer, admite que “certos estudos em laboratório indicam que eles podem contribuir com o desenvolvimento de tumores de pele induzidos quimicamente em animais. Outros estu-

---

<sup>14</sup> “L’usage du téléphone portable est un facteur de risque pour le cancer du cerveau” (apud LENTIN, 2004, p. 134).

<sup>15</sup> LENTIN, 2004, p. 140.

<sup>16</sup> “[...] toutes les études trouvent un risque de cancer associé à l’utilisation du portable, les risques relatifs variant entre 1,3 et 4,6, le risque le plus élevé étant pour le neurinome acoustique (3,5) et le mélanome uvéal [uvéa est une tunique de l’oeil] (4,2). Le risque de cancer est augmenté avec l’augmentation de la latence et de la durée d’utilisation” (apud CIOLELLA; BROWAEYS, 2005, p. 133).

dos se dedicam a mecanismos possíveis de desenvolvimento”<sup>17</sup>. No mesmo sentido, autores que negam o liame do efeito cancerígeno a radiações não-ionizantes ratificam que elas podem desempenhar um papel de desencadeamento de células cancerígenas já formadas<sup>18</sup>.

Quatro profissionais não-integrantes do grupo de cientistas instituído pela Agência Francesa de Segurança Sanitária Ambiental (AFSSE) para apresentar estudos sobre os possíveis efeitos ora em discussão, mas componentes de um Comitê Científico sobre Campos Eletromagnéticos (CSIF-CEM), têm criticado e contestado os relatórios da Agência (de 2001, 2002 e 2003) que concluem pela inexistência de provas contundentes de impactos maléficos à saúde humana da exposição a campos eletromagnéticos. São eles: Richard Gautier, doutor em farmácia; Daniel Oberhausen, antigo aluno da Escola Normal Superior de Cachan (França) e professor agregado de física; Roger Santini, professor-pesquisador do Instituto Nacional de Ciências Aplicadas (INSA) e membro da União Radiocientífica Internacional e da *Bioelectromagnetics Society* americana e Pierre Le Ruz, doutor em filosofia. Em livro publicado no ano de 2004, entre tantas considerações, citando estudos, fazem referência aos principais problemas suportados por moradores vizinhos de estações rádio-base, a saber: alterações de humor, fadiga, ansiedade, déficits cognitivos a longo termo, depressão, suicídio<sup>19</sup>. Revelam que estudos feitos em diversos países, entre 2000 e 2003, mostraram, a partir de questionários, que os moradores próximos de ERBs se queixam de problemas assemelhados.

Na França, os resultados se encaminharam para: fadiga (dos moradores próximos até 300m de distância das ERBs); dores de cabeça, perturbações com o sono, sentimento de desconforto (até a

---

<sup>17</sup> OMS, 1999, p. 8.

<sup>18</sup> GUÉNEL et al., 2003, p. 451.

<sup>19</sup> GAUGIER et al., 2003, p. 41.

distância de 200m); irritabilidade, problemas cardiovasculares, dificuldade de concentração (até a distância de 100m). As pessoas mais idosas apresentaram maior sensibilidade que as jovens. Na Espanha, constatou-se que no grupo de pessoas pesquisadas, num raio de 150 a 250 metros de distância das antenas, as mais próximas foram as mais queixosas de incômodos, como dores de cabeça, perturbação de sono, perturbações cardíacas, dificuldades de concentração, irritabilidade, sentimento de desconforto, fadiga. Um estudo austríaco efetuado por questionários e testes realizados no computador (memória, velocidade de reações, múltiplas escolhas) se dedicou a examinar a fadiga, a digestão e o aspecto cardiovascular de pessoas expostas a microondas (GSM 900MHz). Os resultados obtidos foram: aumento de problemas cardiovasculares e alteração da velocidade de reação das pessoas submetidas a testes. Um relatório governamental holandês apresentado em 2003, ao estudar pessoas submetidas a radiofrequências do tipo torres de telefonia celular (GSM 900MHz – DCS 1.800MHz – UMTS 2.100MHz), dividiu-as em dois grupos: os chamados “eletrossensíveis” e os “não-eletrossensíveis”. Realizaram-se testes para notar os efeitos sobre funções cognitivas (memória, atenção visual etc.) e aplicaram-se questionários para averiguar os efeitos subjetivos. Constatou-se uma diferença entre as respostas dos dois grupos, uma diminuição global de bem-estar (dos submetidos a UMTS), modificação de sentimento de hostilidade (dos submetidos ao GSM), modificação de memorização (dos submetidos ao DSC e UMTS), modificação de atenção visual (dos submetidos a UMTS) e de vigilância (dos submetidos a GSM)<sup>20</sup>.

Todos esses estudos são, no mínimo, polêmicos no meio científico<sup>21</sup>, o que significa ainda que não há prova aceita pela comunidade

<sup>20</sup> GAUGIER et al., 2003, p. 74.

<sup>21</sup> Consoante assinalam Cicoella e Browaeys (2005, p. 132-133), em 2003, só no repertório *Medline*, com as palavras-chaves *electromagnetic fields health*, encontram-se

acadêmica como incontestável, dos males que aportam os campos eletromagnéticos. Certamente, a controvérsia localiza-se na metodologia adotada para empreender a investigação científica e na inobservância de parâmetros uniformes para os experimentos. Uma coisa, no entanto, é certa: a saúde humana pode estar ameaçada, como já assinalaram inúmeros trabalhos publicados. Tal constatação basta para que medidas de precaução e de estudos sejam aprofundados.

#### **4 Medidas e políticas governamentais**

Tendo em vista a preocupação provocada por algumas conclusões de estudos, reclamações e questionamentos do público, muitos Estados soberanos e organismos internacionais têm procurado se precaver de providências, no sentido de assegurar maior tranqüilidade à população e também, ao menos no plano do discurso político, proteger a saúde humana e o meio ambiente de eventuais impactos negativos.

No Japão, o Ministério do Trabalho e da Saúde encomendou pesquisas sobre os efeitos de campos eletromagnéticos, realizadas pelo Instituto Nacional de Saúde Pública (em relação ao público em geral) e pela Associação de Seguridade e Saúde Industrial, encarregando um Comitê de apresentar os resultados em 2007<sup>22</sup>.

Na Coreia do Sul, em 2000, o Ministério da Informação e Comunicação lançou um programa de pesquisa sobre campos ele-

---

61 publicações, e em 2004 o número é de 43. Também livros polêmicos são frequentemente lançados no mercado, como é o caso da obra de Carlo e Schram (2001) e, recentemente, do volumoso *Combat pour une idée: la pollution électromagnétique*, publicado em 2005 pela France Europe Éditions, de autoria de J.-Pierre Maschi.

<sup>22</sup> A informação das iniciativas dos governos do Japão e dos demais países a seguir narados consta do relatório do grupo de especialistas contratados pela AFSS, datado de abril de 2005. Disponível no sítio da Association Française des Opérateurs Mobiles (AFOM), Liens & Documents: <[http://www.afom.fr/v3/FILE\\_DOWNLOAD.php?doc\\_ID=717&mode=directOpen](http://www.afom.fr/v3/FILE_DOWNLOAD.php?doc_ID=717&mode=directOpen)>. Acesso em: 17 jul. 2006.

tromagnéticos por um período de cinco anos, e a segunda etapa já está sendo planejada.

Na Austrália, diante do número de reclamações do público em 1996 sobre eventuais riscos sanitários provocados por telefones celulares, do ano de 1997 até 2000, a Agência de Saúde Nacional e de Pesquisa Médica incumbiu-se de estudos, direcionados para o risco de tumores cerebrais. Entre 2001 e 2003, recebeu recursos suplementares para estudos de efeitos de exposição a longo prazo em relação à visão e à audição. Findo esse período, o Ministério da Saúde autorizou em 2003 mais recursos financeiros, e um centro especializado sobre o assunto foi aprovado para dedicar-se à pesquisa.

No continente europeu, o Conselho da União Européia editou em 12.7.1999 uma recomendação relativa à limitação de exposição do público a campos eletromagnéticos (de 0Hz a 300GHz), publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Européias* de 30.7.1999, em que, entre outras medidas, estabelece que os países membros da Comunidade deveriam:

- 1) adotar restrições e medidas referentes às fontes e utilização, em caso de exposição do público a campos eletromagnéticos por longa duração, com exceção das fontes usadas para fins médicos, em que riscos e vantagens devem ser pesados, para se deixar de observar, se for o caso, as restrições de base;
- 2) avaliar riscos e vantagens para decidir se há ou não necessidade de agir quando políticas ou medidas de exposição do público a campos eletromagnéticos são adotadas;
- 3) fornecer informações apropriadas ao público, relativas aos impactos dos campos eletromagnéticos na saúde e medidas adotadas a respeito, para reforçar a proteção contra exposição e riscos;

- 4) promover e avaliar pesquisas em programas nacionais, levando em consideração as recomendações em matéria de pesquisa comunitária e internacional, a partir do espectro mais largo de fontes, para melhorar os conhecimentos sobre o assunto.

Vários programas de pesquisas encontram-se em desenvolvimento na Suíça, Grã-Bretanha, Alemanha, Itália, Dinamarca e Finlândia.

Na França, a Lei de 9 de maio de 2001 criou a *Agence Française de Sécurité Sanitaire Environnementale* (AFSSE)<sup>23</sup> com a missão de “contribuir para assegurar a segurança sanitária no domínio ambiental e avaliar os riscos sanitários ligados ao meio ambiente”. A mencionada agência teve sua competência alargada, para abranger também o âmbito da saúde, do meio ambiente, do trabalho, por força da ordenação de 1º de setembro de 2005, passando a se chamar *Agence Française de Sécurité Sanitaire de l’Environnement et du Travail* (AFSSET). Com a participação da AFSSE, quatro relatórios oficiais sobre o assunto em discussão foram apresentados até então.

O primeiro, bastante difundido, ficou conhecido como *Relatório Zmirou* (nome do diretor do grupo de trabalho, doutor Denis Zmirou-Navier) e oficialmente foi denominado *Os telefones celulares, suas estações de base e a saúde* (estado de conhecimento e recomendações). Desenvolveu-se sob a responsabilidade do Ministério do Emprego e da Solidariedade – Direção-Geral da Saúde e foi publicado em janeiro de 2001, chegando-se à conclusão de que no estado atual de conhecimento sobre efeitos térmicos e não-térmicos, não se pode afirmar se há ameaças à saúde. Por outro lado, em resposta à questão referente à exclusão do risco sanitário, dizem os especialistas: “ainda que haja poucos argumentos científicos para sustentá-lo (o risco), a hipótese de efeitos sanitários não-térmicos associados aos campos RF de baixo nível não pode ser excluída, no

---

<sup>23</sup> A citada lei foi aperfeiçoada pelo Decreto de 1º de março de 2002.

estado atual de conhecimento”<sup>24</sup> [grifos no original]. O segundo, produzido em 2002, consistiu em um relatório parlamentar sobre o *incidente eventual da telefonia móvel sobre a saúde*, a cargo dos senadores Jean-Louis Lorrain e Daniel Raoul, do *Office Parlementaire d’Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques* (OPECST), cujas conclusões foram semelhantes às do relatório anterior. O terceiro, datado de março de 2003, ficou a cargo da AFSSE, assim como o quarto, que data de abril de 2005 e se refere aos períodos de 2004 e 2005. Neste último, os expertos afirmam que “ainda não é possível concluir sobre os efeitos de campos eletromagnéticos ligados a ondas radioelétricas de telefonia móvel”<sup>25</sup>. No entanto, mantêm a recomendação de medidas acautelatórias, tendo em vista que os impactos negativos não são categoricamente afastados, embora entendam não comprovados, e reiteram a aplicação do *princípio da precaução* para os telefones móveis e do chamado *princípio da atenção* para as ERBs<sup>26</sup>.

Por solicitação da ministra da Ecologia e Desenvolvimento Sustentável e do ministro da Saúde franceses, a Inspeção Geral do Meio Ambiente e a Inspeção Geral dos Assuntos Sociais (IGE-IGAS) elaboraram em 2005 um relatório sobre *a avaliação dos métodos de trabalhos científicos da AFSSE*. Nesse relatório, publicado em 2006, entre outros, avaliou-se o caso do eletromagnetismo ligado à telefonia celular. Tanto o *Relatório Zmirou* quanto o relatório da OPECST foram apontados como exemplos de deficiência metodológica.

<sup>24</sup> “[...] bien qu’il peu d’arguments scientifiques pour l’étayer, l’*hipothèse d’effets sanitaires* non thermiques associés aux champs RF de faible niveau ne peut être exclue, en l’état actuel des connaissances” (MINISTÈRE DE L’EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ, 2001, p. 288).

<sup>25</sup> “[...] n’est pas encore possible de conclure sur les effets sanitaires des champs électromagnétiques liés aux ondes radioélectriques de la téléphonie mobile” (AFOM. *Téléphone mobile & santé*. Disponível em: <[http://www.afom.fr/v3/FILE\\_DOWNLOAD.php?doc\\_ID=717&mode=directOpen](http://www.afom.fr/v3/FILE_DOWNLOAD.php?doc_ID=717&mode=directOpen)>. Acesso em: 17 jul. 2006.

<sup>26</sup> A diferenciação se deu no Parecer da AFSSE de 2003 e será apreciada no item seguinte.

Em relação ao primeiro deles, constatou-se, entre outras falhas:

- a) que a AFSSE não possuía ainda condições de assumir uma missão de *expertise* tão delicada, uma vez que havia sido criada há pouco;
- b) após a recepção do relatório, a AFSSE procedeu ainda à audiência de outros expertos que não integravam o grupo nomeado. Tal procedimento foi chamado de “sub-*expertise*” pela IGE-IGAS, pois poderia colocar em dúvida a exaustividade do trabalho apresentado pelos expertos nomeados;
- c) o lançamento de número especial de uma revista especializada com artigos dos expertos do grupo nomeado versando sobre o tema antes da entrega do relatório final; além da referência na capa da dita publicação de que estava sendo feita em colaboração com uma das operadoras de telefonia móvel na França, cuja logomarca se encontrava posta no periódico<sup>27</sup>.

Quanto ao relatório da OPECST, a constatação mais grave a que chegou o IGE-IGAS foi a seguinte: as precauções de independência dos expertos foram insuficientes, pois constatou-se que, dentre os dez membros da missão, um tinha ligação direta com uma determinada operadora e três outros, ligações indiretas com outra empresa de telefonia móvel, apesar das normas do Comitê de Expertos Especializados (datado de 4.3.2004 e em vigor na ocasião dos trabalhos) proibirem que especialistas que tenham interesses diretos ou indiretos façam parte de missões versando sobre o assunto pertinente<sup>28</sup>.

No âmbito de regulamentação francesa, apareceram inúmeras normas específicas, visando à proteção do meio ambiente e da saúde humana, a saber:

<sup>27</sup> Inspection générale des affaires sociales n. 2005 191. Inspection générale de l'environnement n. 05-064. Évaluations des méthodes de travail scientifique de L'Afse. Troisième partie, p. 36-39. Disponível em Portail de l'évaluation: <[http://www.evaluation.francophonie.org/article.php?id\\_article=562](http://www.evaluation.francophonie.org/article.php?id_article=562)>. Acesso em: 20 out. 2006.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 41.

- a) o Código dos Correios e Telecomunicações: Ordenação n. 2001-670, de 25 de julho de 2001;
- b) a Circular de 16 de outubro de 2001, relativa à implantação de antenas de reprodução de rádio-telefonia móvel;
- c) o Decreto n. 2002-775, de 3 de maio de 2002, relativo aos valores limites de exposição do público a campos eletromagnéticos;
- d) a Portaria de 8 de maio de 2002 fixando as especificações técnicas (nível do débito de absorção específica – DAS) aplicáveis aos equipamentos terminais elétricos;
- e) o Decreto de 8 de outubro de 2003 sobre a avaliação de conformidade dos equipamentos de telecomunicações e de equipamentos radioelétricos, seu funcionamento e utilização;
- f) a Portaria de 8 de outubro de 2003 sobre a informação dos consumidores concernente aos níveis de DAS e às precauções de uso;
- g) a Lei n. 2004-809 de 9 de agosto de 2004, relativa à saúde pública;
- h) a Lei n. 2004-669 de 9 de julho de 2004, relativa às comunicações eletrônicas e aos serviços de comunicação audiovisual<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> a) Le Code des postes et télécommunications: Ordonnance n. 2001-670 du 25 juillet 2001; b) la Circulaire du 16 octobre 2001 relative à l'implantation des antennes relais de radiotéléphonie mobile; c) le Décret du 3 mai 2002 relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques; d) l'Arrêté du 8 octobre 2003 fixant les spécifications techniques (niveaux de DAS) applicables aux équipements terminaux radioélectriques; e) le Décret n. 2002-775 du 8 octobre 2003 sur l'évaluation de conformité des équipements terminaux de télécommunications et des équipements radioélectriques, leur mise en service et leur utilisation; f) Arrêté du 8 octobre 2003 sur l'information des consommateurs concernant les niveaux de DAS et les précautions d'usage; g) la Loi n. 2004-809 du 9 août 2004 relative à la santé publique; h) la Loi n. 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

Boa parte das medidas e normas tem sido adotada em diversos países com os índices de exposição do público e recomendações da Comissão Internacional para a Proteção contra as Radiações Não-Ionizantes (ICNIRP) e da OMS. Esta última, em 1996, iniciou o Projeto Internacional de Campos Eletromagnéticos (*Electromagnetic Fields – EMF*), com a participação da ICNIRP e de diversos países, como a França, para avaliar os efeitos à saúde humana diante da exposição a tais campos. Dentro das atividades previstas no projeto estava a realização de dois eventos em 2008: a) Sixth International Non-Ionizing Radiation Workshop, ocorrido no Rio de Janeiro nos dias 14 a 17 de outubro; e b) 12th Congress of the International Radiation Protection Association, realizado no período de 19 a 24 de outubro em Buenos Aires. Tal projeto possui como objetivos, dentre outros:

- 1) apresentar respostas internacionais coordenadas sobre os efeitos da mencionada exposição à saúde humana;
- 2) acessar a literatura científica e identificar falhas no conhecimento que necessitem de pesquisas complementares para avaliar o risco à saúde;
- 3) incentivar um dado programa de pesquisa em conjunto com agências financiadoras;
- 4) facilitar o desenvolvimento de padrões internacionais para a exposição dos EMF;
- 5) fornecer informações a autoridades nacionais, a outras instituições, aos trabalhadores e ao público em geral sobre os perigos resultantes dos EMF e das medidas mitigadoras necessárias<sup>30</sup>.

Há países que destoam das normas recomendadas pela OMS/ICNIRP no que se refere ao índice de exposição humana tolerável

---

<sup>30</sup> WHO. Electromagnetic Fields. Disponível em: <[http://www.who.int/peh-emf/project/EMF\\_Project/en/index1.htm](http://www.who.int/peh-emf/project/EMF_Project/en/index1.htm)>. Acesso em: 17 jul. 2006.

aos EMF, adotando índices maiores ou menores que aqueles estabelecidos pelas instituições citadas. Ocorre que os limites de exposição aos EMF de baixa frequência instituídos pela ICNIRP foram baseados em efeitos biológicos prejudiciais à saúde humana, identificados em estudos experimentais e associados à exposição aguda. Os experimentos não reproduzidos em outras pesquisas e as evidências de estudos epidemiológicos atuais não foram considerados. De igual forma, não se levou em conta a exposição a longos prazos, como concluem Mattos e Koifman, que acrescentam:

Os limites do ICNIRP também não consideram as evidências de estudos epidemiológicos que apontaram um maior risco de leucemia em crianças expostas a longo prazo a níveis acima de 0,1 – 0,3 $\mu$ T. Conclui-se, assim, que embora esses limites, sem dúvida, ofereçam proteção contra certos efeitos nocivos diretos da exposição aguda, eles não são adequados a um critério abrangente de proteção ambiental<sup>31</sup>.

## 5 O princípio da precaução

Pode-se questionar se o princípio da precaução<sup>32</sup>, reconhecido pelo Direito europeu desde o Tratado de Maastricht, em 1992, e aplicado pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias desde 1996, é invocado e aplicado no caso dos campos eletromagnéticos. Incidências parciais do princípio em referência podem ser identificadas, por exemplo, na preocupação governamental de realizar pesquisas sobre a questão. Pode-se relacionar a ele também as medidas concernentes à distância de instalação de estações rádio-base. Por outro lado, observam-se atitudes de repúdio de sua aceitação no âmbito dos campos eletromagnéticos, como a da *Agence Française de*

<sup>31</sup> MATTOS; KOIFMAN, 2004, p. 109-110.

<sup>32</sup> Princípio n. 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

*Sécurité Sanitaire Environnementale*, em parecer sobre telefonia móvel, datado de 16 de abril de 2003, que estabelece algumas distinções.

Para a AFSSE, o *princípio da prevenção* e o *princípio da vulnerabilidade* assim se traduzem: no caso de verificação de perigo, medidas deveriam ser adotadas para proteger, com prioridade, as pessoas vulneráveis. Já o *princípio da precaução* é concebido com as seguintes palavras: se a análise dos dados científicos disponíveis chegar a concluir pela existência de uma dúvida séria sobre a possibilidade de efeitos graves e irreversíveis, seria necessário adotar disposições visando reduzir esse risco potencial, mesmo se os fatos científicos não estiverem perfeitamente estabelecidos<sup>33</sup>. Finalmente, de forma inovadora, o *princípio da atenção* é elaborado: quando houver preocupação do público, mesmo sem dados científicos que justifiquem as preocupações sanitárias, se o fenômeno afetar muitas pessoas, “ele se torna verdadeira questão de saúde pública à qual é importante responder por medidas adequadas, notadamente, escutando os casos de sofrimento e temores e lhes oferecendo respostas na medida do possível”<sup>34</sup>. Conclui por adotar o *princípio da precaução* para os telefones celulares, ante a possibilidade de efeitos sanitários pela exposição a campos eletromagnéticos. Já em relação às estações rádio-base (ERBs), optou pelo *princípio da atenção*, para atender

<sup>33</sup> “[...] si l’analyse des données scientifiques disponibles devait conclure à l’existence d’un doute sérieux sur la possibilité d’effets graves et irréversibles, il serait nécessaire de prendre des dispositions visant à réduire ce risque potentiel, même si les faits scientifiques n’étaient pas parfaitement établis” (AFOM. Liens & Documents. Les ressources sur la “santé” en français. Document(s) de référence. Disponível em: <[http://www.afom.fr/v3/FILE\\_DOWNLOAD.php?doc\\_ID=279&mode=directOpen](http://www.afom.fr/v3/FILE_DOWNLOAD.php?doc_ID=279&mode=directOpen)>. Acesso em: 19 jul. 2006).

<sup>34</sup> “[...] cela devient une véritable question de santé publique à laquelle il importe de répondre par des mesures adaptées, notamment en manifestant une écoute des souffrances et des craintes et en y apportant des réponses dans la mesure du possible” (AFOM. Liens & Documents. Les ressources sur la “santé” en français . Document(s) de référence. Disponível em: <[http://www.afom.fr/v3/FILE\\_DOWNLOAD.php?doc\\_ID=279&mode=directOpen](http://www.afom.fr/v3/FILE_DOWNLOAD.php?doc_ID=279&mode=directOpen)>. Acesso em: 19 jul. 2006).

à preocupação do público, por entender não dispor de dados científicos atuais sobre riscos sanitários da exposição a campos eletromagnéticos gerados pelas ERBs<sup>35</sup>.

Cumprir notar que o que se denominou de *princípio da atenção*, na realidade, não existe, pois ele se aproxima, e mesmo equivale, à obrigação de cuidado compreendida no quadro do princípio da precaução, mas não é formulado como um princípio. Ao mesmo tempo, o fundamento usado para sustentá-lo é criticável, pois subentende que, embora inexistentem dados científicos para preocupações, deve-se dar atenção aos temores “irracionais” do público. Ora, a atenção deve ser dispensada, se há dados científicos controversos, incertos e insuficientes para adotar outras medidas além da pesquisa e da vigilância.

A decisão encerrada no relatório citado em relação às ERBs não atende o critério de proteção à saúde, ao ambiente e à vida humana. Inúmeros são os trabalhos em que se assinalam as suspeitas de riscos à saúde decorrentes da exposição a campos eletromagnéticos gerados por antenas de telefonia, como já se transcreveu anteriormente. A própria França experimentou, em 2000, episódio muito grave, como bem registram Cicoella e Browaeys (2005, p. 147): “A emergência de câncer em duas crianças nos arredores oeste de Paris, em Saint-Cyr-l’École (Yvelines), focalizou o risco potencial de antenas de celular”<sup>36</sup>. Não se está, de fato, lidando com uma anomalia imaginária, psicossomática, tendo em vista que coloca em risco a integridade sanitária e a própria vida das pessoas. As diversas manifestações e reclamações de vizinhos de tais antenas com relatos de dores de cabeça, problemas de con-

---

<sup>35</sup> Fonte indicada na nota 37.

<sup>36</sup> No mesmo trabalho, os autores fazem referência à pesquisa desenvolvida pela equipe de Gomes-Peretta na Espanha (Navarro et al., 2003, apud Cicoella; Browaeys, 2005, p. 147, nota 4).

centração, depressão etc. não devem ser classificadas de “polimorfias” e “banais”<sup>37</sup>.

Ora, a Carta do Meio Ambiente na França, em seu art. 1º, assegura como direito fundamental “viver em um meio ambiente equilibrado e favorável à saúde”<sup>38</sup>, ao mesmo tempo que expressamente acolhe o princípio da precaução, definindo-o, em seu art. 5º, nesses padrões:

Quando a realização de um prejuízo, ainda que incerto no estado de conhecimento científico, puder afetar de maneira grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades competentes, por aplicação do princípio da precaução, hão de adotar medidas provisórias e proporcionais a fim de evitar a realização do prejuízo, assim como aplicar procedimento de avaliação dos riscos ocorrentes<sup>39</sup>.

Seu conteúdo já se fazia consagrar no Código do Meio Ambiente desde o ano de 1995 (art. L. 110-1, II 1º). No dispositivo daquele estatuto legal (art. L. 110-1, II), a saúde é contemplada dentro da concepção de desenvolvimento sustentável.

O Conselho de Estado, em 2002, com esteio no citado *Relatório Zmirou*, firmou o entendimento de que a implantação de ERBs próximo a residências não autorizava a aplicação do princípio da precaução, por ausência de comprovados riscos à saúde<sup>40</sup>. Dessa maneira,

<sup>37</sup> Adjetivos utilizados em obra coletiva pelo doutor Zmirou-Navier, responsável pelo primeiro relatório oficial francês sobre o assunto de exposição a campos eletromagnéticos (ZMIROU-NAVIER, 2004, p. 110).

<sup>38</sup> “Art. 1º. Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé”.

<sup>39</sup> “Lorsque la réalisation d’un dommage, bien qu’incertaine en l’état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l’environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l’adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d’éviter la réalisation du dommage ainsi qu’à la mise en œuvre de procédures d’évaluation des risques encourus”.

<sup>40</sup> KOSTREZEWSKI-PUGNAT resume a posição daquela Corte em relação ao princípio estudado: “Le Conseil d’État, dans six arrêts de principe prononcés le 22 août

anulou os decretos municipais que impediam tal instalação, como se deu no caso do ato expedido em 18 de dezembro de 2001<sup>41</sup> pelo prefeito de Vallauris, que, fundado no princípio da precaução, proibira a implantação de equipamentos de rádio-telefonia da sociedade SFR a 300 metros de uma habitação. O Tribunal Administrativo de Nice, em 28 de março de 2002<sup>42</sup>, havia rejeitado o pedido de suspensão do ato do prefeito, contudo, ao final, o Conselho de Estado acolheu o pedido, justificando o interesse da empresa de telefonia e reafirmando a ausência de provas de riscos sanitários<sup>43</sup>.

Todas essas disposições, associadas aos graves riscos sanitário-ambientais demonstrados em pesquisas científicas (embora não consideradas), a partir de constantes e semelhantes inquietações da população com relatos de repercussões sobre a saúde, estão a fundamentar a aplicação do princípio da precaução também para as ERBs.

Embora sem se referir ao princípio em exame, o Conselho de Estado belga, no Arresto de n. 85.835, datado de 6 de março de 2000, ao apreciar um caso de instalação de estação rádio-base

---

contre six ordonnances de juge des référés du tribunal administratif de Nice, rappelé les limites du périmètre d'intervention du maire en matière de santé publique. Les motivations du Conseil d'État confirment, in fine, les règles de mise en oeuvre du principe de précaution: la stricte proportionnalité et nécessité dictée par un doute sérieux d'atteinte à la santé publique. En occurrence, la Haute juridiction considère que ces conditions ne sont pas réunies et fait prévaloir les intérêts de l'opérateur de réseau 'en l'absence de risques sérieux prouvés pour la santé publique'" (KOSTRE-ZEWSKI-PUGNAT, 2003, p. 736).

<sup>41</sup> Embora no processo correspondente conste o ano como 2001, por erro, como explica Delhoste, em nota ao artigo que publicou a respeito (DELHOSTE, 2003, p. 97, nota 1).

<sup>42</sup> DELHOSTE, 2003, p. 97.

<sup>43</sup> Diz a decisão: "[...] qu'eu égard, d'une part, à l'intérêt qui s'attache à la couverture du territoire par le réseau de téléphonie mobile et, d'autre part, aux intérêts de la société SFR, résultant notamment des autorisations qui lui ont été délivrées et en l'absence de risques sérieux prouvés pour la santé publique, l'urgence justifie la suspension de la décision attaquée" (ARRÊT SOCIÉTÉ FRANÇAISE DU RADIOTÉLÉPHONE, 2002, p. 106).

próximo de residências, aplicou o conteúdo do preceito da precaução, com fundamento nos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente sadio, assim consagrados na Constituição da Bélgica. A decisão assinala que, apesar da controvérsia científica,

[...] existem elementos razoáveis para suspeitar de um risco para a saúde [...]; se tal risco não pode ser afirmado com certeza, ele tampouco pode ser excluído; para que o Conselho de Estado possa suspender um ato atacado, o prejuízo não precisa ser certo, basta que o prejuízo seja plausível [...]

e ainda, “como se refere a direitos fundamentais, o prejuízo cujo risco deve ser considerado estabelecido é grave e, por natureza, de difícil reparação”.

## **6 O tratamento do tema no Brasil**

Diversamente do que ocorreu em muitos países europeus, no Brasil, o assunto só passou a ganhar evidência recentemente, com a privatização das companhias de telefonia e a explosão da oferta, no mercado competitivo, de telefones celulares, a partir do final dos anos 1990. A previsão da matéria no âmbito da legislação sequer foi aperfeiçoada. O assunto pode e deve ser tratado pela União, estados e municípios, segundo as normas constitucionais.

### **6.1 Tratamento legislativo**

O tema objeto de estudo envolve bens jurídicos distintos, sujeitos ao tratamento legislativo por diferentes unidades da federação brasileira. Além de meio ambiente (inclusive o aspecto paisagístico) e saúde, o assunto diz respeito a telecomunicações.

De acordo com a Constituição Federal brasileira, a competência legislativa no que se refere à proteção da saúde e do meio

ambiente pertence à União, estados e Distrito Federal (CF, art. 24, VI, VII e XII) de forma concorrente, ou seja, a União estabelece normas gerais, e os estados e o Distrito Federal, normas específicas, podendo estes suprir a ausência de norma federal. Já no que concerne à telecomunicação e radiodifusão, a União Federal detém competência privativa para legislar (CF, art. 22, IV).

A competência material, no que tange à saúde e ao ambiente, a seu turno, integrará a pauta comum da União, estados e municípios (CF, art. 23, II, III e VI). Aos municípios ainda é autorizado legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I), suplementar a legislação federal e estadual (CF, art. 30, II) e, no plano material, promover o ordenamento territorial e ocupação do solo (CF, art. 30, VIII).

Finalmente, no tocante às telecomunicações e radiodifusão, a União Federal é privativamente competente no âmbito legislativo.

Apesar de todas essas vias de ordenamento da matéria, lamentavelmente, ela tem sido pouco exercitada no domínio da poluição eletromagnética.

## **6.2 ANATEL: uma delegação de competência contestada**

No plano federal, somente em 2 de julho de 2002 foi editada norma versando sobre os limites de exposição a campos eletromagnéticos. Trata-se da Resolução n. 303 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que incorporou os limites estabelecidos na ICNIRP. Tal Resolução aprova e regulamenta limitação da exposição a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos na faixa de radiofrequências entre 9kHz e 300GHz.

Criada pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), a ANATEL recebeu, por intermédio do Decreto Federal

n. 2.338, de 7 de outubro de 1997, “competência normativa pertinente a telecomunicações” (art. 16, V, anexo I). A constitucionalidade de tal competência é contestada por alguns autores, ao argumento de que atentaria contra os princípios da separação dos Poderes e da legalidade.

Além disso, as matérias que podem ser objeto de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Não podem invadir matéria de competência do legislador<sup>44</sup>.

Na realidade, a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, em seu art. 27, inciso V, alíneas *a* e *b*, atribui competência geral ao Ministério das Comunicações para formular a política nacional de telecomunicações e radiodifusão. Logo, a norma deveria ser originada no Parlamento Federal. Na prática, embora haja projetos de lei federal<sup>45</sup> sobre o tema tratado na resolução em exame, ainda não receberam a chancela parlamentar, restando, apenas, no cenário nacional, a mencionada resolução.

No setor da saúde pública, de forma específica, tratou de radiações não-ionizantes a Portaria n. 3.214/1978, de 8 de julho de 1978, do Ministério do Trabalho, versando sobre a Segurança e Medicina do Trabalho, no anexo 7 da NR-15, sobre Atividades e Operações Insalubres. No entanto, deixou de estabelecer limites de tolerância à exposição ocupacional.

Também o Decreto Federal n. 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências, contempla, no anexo II [Neoplasias (tumores)] do Grupo

---

<sup>44</sup> DI PIETRO, 2003, p. 407-408.

<sup>45</sup> Trata-se dos Projetos de Lei n. 2.576/2000, 4.399/2001, 4.505/2001, 4.587/2001, 5.241/2001, 5.843/2001 e 6.835/2002, em trâmite no Congresso Nacional.

II, CID-10, como agentes etiológicos e fatores de risco na atividade laboral, os campos eletromagnéticos.

No setor ambiental, no âmbito federal, só há normas gerais, perfeitamente aplicáveis à espécie, mas sem a referência explícita a campos eletromagnéticos, por se tratar exatamente de uma preocupação recente. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que exerce função normativa, entretanto, criou um grupo de trabalho a fim de definir critérios de regulação das ERBs, mas ainda não editou nenhuma resolução a respeito. De toda sorte, a Resolução CONAMA n. 1, de 23 de maio de 1986, há de ser empregada, uma vez que a poluição eletromagnética se amolda à hipótese de incidência do estatuto em referência, quando versa sobre impactos ambientais e afetação da saúde pública e do bem-estar da população<sup>46</sup>.

Nas esferas estadual e municipal, muitas normas se produziram tanto envolvendo posturas e ocupação do solo, aspectos sanitários e ambientais, como índices de exposição a ondas eletromagnéticas, licenciamento e padrões para instalação de estações rádio-base<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Diz a Resolução n. 1/1986: “Artigo 1º Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população”.

<sup>47</sup> Podem-se citar, a título de exemplo, a Lei n. 10.995, de 2001, do Estado de São Paulo; a Lei Distrital n. 3.446, de 23 de setembro de 2004; o Decreto Distrital n. 22.395, de 14 de dezembro de 2001; o Decreto Municipal de Campinas-SP, de 26 de outubro de 1998 (o primeiro a dispor sobre a matéria); o Decreto Municipal de Porto Alegre-RS n. 12.153, de 13 de novembro de 1998; a Lei n. 8.706, de 15 de janeiro de 2001 (sobre a divulgação pelos fabricantes de telefonia celular, da Taxa de Absorção Específica – TAE), e a Lei Municipal n. 8.896, de 26 de abril de 2002, ambas de Porto Alegre; a Lei Municipal de Ubatuba-SP n. 1.766, de 19 de novembro de 1998; o Decreto Municipal do Rio de Janeiro n. 19.260, de 8 de dezembro de 2000, entre outros textos legais.

### 6.3 Políticas públicas

A intrincada correlação entre ambiente e saúde tem levado os poderes públicos a admitir as interpenetrações e a necessidade de um tratamento conjunto por meio de uma política pública integrada. Tal realidade está marcada notadamente na Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Esse instrumento normativo, em diversas passagens, faz a ligação da saúde com o ambiente, como se percebe, por exemplo:

- a) no seu art. 3º, parágrafo único, quando indica como condicionante sanitário o meio ambiente;
- b) no seu art. 6º, *caput*, quando prevê a atuação da vigilância sanitária no campo ambiental;
- c) no seu art. 6º, § 1º, quando, ao definir a vigilância sanitária, autoriza a atuação desse setor em caso de implicações sanitárias emanadas do meio ambiente;
- d) no seu art. 16, II, IV, V, ao atribuir competência à direção nacional do Sistema Único de Saúde (logo, o Ministério da Saúde) para participar da formulação de políticas sanitárias com envolvimento ambiental (aí compreendido o meio ambiente do trabalho).

No exercício desses objetivos, em face das implicações sanitárias e ambientais da exposição humana aos campos eletromagnéticos, a Fundação Nacional da Saúde (FUNASA), que integra a estrutura do Ministério da Saúde (MS), editou a Portaria n. 220, de 20 de junho de 2002, à época em que lhe competia gerir o Sistema Nacional de Vigilância Ambiental em Saúde (SINVAS)<sup>48</sup>, criando grupos de trabalhos intersetoriais compostos por representantes dos

<sup>48</sup> Competência que lhe foi conferida pelo Decreto n. 3.450, de 9 de maio de 2000.

setores governamentais, privados, universitários e sociedade civil, com o objetivo de subsidiar o posicionamento do MS, referente à exposição humana a campos eletromagnéticos provenientes de linhas de transmissão de alta tensão para campos eletromagnéticos na faixa de 0 a 300GHz. Posteriormente, dando prosseguimento aos trabalhos, com a nova estrutura regimental do Ministério da Saúde<sup>49</sup>, este, pela Portaria MS n. 677, de 4 de julho de 2003, constituiu um Grupo de Trabalho (GT) em campos eletromagnéticos, para avaliar e recomendar aspectos normativos ligados à exposição humana àqueles campos no espectro de 0 a 300GHz. Ao final, o GT concluiu, entre outras coisas, ser recomendável a aplicação do princípio da precaução, bem como propôs a criação de uma Comissão Nacional de Bioeletromagnetismo.

Finalmente, pelo Decreto de 24 de agosto de 2005, o Presidente da República instituiu a Comissão Nacional de Bioeletromagnetismo,

com a finalidade de prestar apoio técnico e assessoramento na formulação de políticas públicas relacionadas à localização, à construção, à instalação, à ampliação, à modificação e à operação de equipamentos e aparelhos que geram campos eletromagnéticos não-ionizantes na faixa de frequências entre 0 e 300GHz, especialmente quanto aos aspectos referentes à exposição humana e ambiental (Decreto de 24 de agosto de 2005, art. 1<sup>o</sup>).

Tal comissão interministerial será presidida pela Casa Civil da Presidência da República, mas conta com a participação, entre outros, do MS e do Ministério do Meio Ambiente.

Ao que se nota, as políticas públicas no setor ainda são bastante incipientes em relação aos países europeus, mas começam a ser implementadas.

---

<sup>49</sup> Tal reestruturação se deu por meio do Decreto n. 4.726, de 9 de junho de 2003.

## 6.4 O caso das estações rádio-base no Distrito Federal, o trabalho do Ministério Público e o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

### 6.4.1 *Relato do fato*

Devido à instalação desmedida das ERBs no Distrito Federal, sobretudo em Brasília, a população e parlamentares distritais começaram a apresentar representações ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), à Promotoria de Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural (PRODEMA) e à Promotoria de Defesa da Ordem Urbanística (PROURB). O conteúdo das representações dizia respeito a incômodos pessoais, paisagísticos e urbanísticos, somados à preocupação sanitária.

Por meio de uma atuação conjunta das duas unidades mencionadas, bem como com a participação da Promotoria de Defesa do Consumidor (PRODECON) e da Promotoria de Defesa da Educação (PROEDUC), o Ministério Público constatou que:

- a) a Administração Pública do Distrito Federal, a quem incumbiria licenciar a instalação (nos termos do Decreto Distrital n. 22.395, de 14.12.2001), após o necessário licenciamento na ANEEL, não possuía o inventário dos equipamentos já em operação;
- b) muitas unidades haviam sido edificadas em locais muito próximos de residências, em pátios de escolas, nas cercanias de hospitais e de espaços ambientalmente protegidos (Unidades de Conservação), bem como na área compreendida em sítio tombado como patrimônio cultural da humanidade pela UNESCO;
- c) as instalações não eram precedidas de licenciamento ambiental.

Com os propósitos de estabelecer uma discussão democrática sobre o assunto e de ouvir a sociedade e os profissionais ligados à área, o MPDFT, em conjunto com a Associação dos Servidores da Vigilância Sanitária do DF, organizou, em Brasília, nos dias 25 e 26 de maio de 2004, o *VII Seminário de Direito Sanitário*, nele incluindo um painel sobre poluição eletromagnética e um grupo de trabalho aberto a todos os participantes, que elaboraram conclusões comuns.

Após audiências conjuntas com representantes das operadoras do setor em exercício no Distrito Federal e dos entes públicos federais e distritais afetos ao assunto, promoveu o levantamento do número de ERBs instaladas, por informação das próprias empresas de telefonia celular. Constatou-se que das 268 estações identificadas, 168 encontravam-se em área tombada e mais de 30 em escolas (o que correspondia a 20% do total).

Em seguida, no propósito de proteger o meio ambiente (nesse aspecto incluindo a paisagem) e a saúde pública (principalmente de pessoas mais vulneráveis, como crianças e enfermos), em julho de 2004, expediram-se recomendações aos secretários de Fiscalização das Atividades Urbanas e de Desenvolvimento Urbano e de Habitação do Distrito Federal, bem como aos seis administradores regionais correspondentes às áreas em que se encontravam as ERBs identificadas.

A recomendação – instrumento de atuação extrajudicial do *Parquet*, conferido pelo art. 6º, XX, da Lei Complementar n. 5/1993<sup>50</sup> para a defesa de interesses e direitos da coletividade –, no caso analisado, sugeriu ao Poder Público, sob pena de responsabilização de seus agentes (Lei n. 8.429/1992, art. 11, II), em noventa dias, a adoção das seguintes medidas:

---

<sup>50</sup> Diz o dispositivo: “Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: [...] XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis”.

- 1) a retirada das ERBs situadas em escolas, hospitais, creches, asilos, unidades de conservação de proteção integral (art. 8º da Lei Federal n. 9.985/2000) ou de área de relevante interesse ecológico, Jardim Zoológico e em propriedades de natureza privada no Distrito Federal;
- 2) não-autorização de novas ERBs no DF até que houvesse a regularização das já existentes.

Após a notificação das empresas de telefonia móvel pelos secretários de Estado supracitados, para atender os termos das recomendações do Ministério Público, bem como as disposições da Lei Distrital n. 3.446, publicada em 7 de outubro de 2004, a Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL) impetrou mandado de segurança coletivo, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)<sup>51</sup>, com o propósito de anular as determinações da Administração Pública, a fim de garantir às operadoras de celular no Distrito Federal a manutenção e funcionamento das ERBs implantadas. Fundamentou seu pedido alegando, entre outros argumentos, que o Distrito Federal não possui competência para legislar sobre telecomunicações e que houve violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade, antes da adoção da medida impugnada. A desembargadora relatora proferiu decisão provisória (liminar) deferindo, até julgamento final, o pedido dos autores para suspender a determinação da Administração Pública. Em sua decisão, a desembargadora dispôs: “[...] além de acarretar um pesado ônus econômico, implicará a imediata interrupção dos serviços de telefonia celular em boa parte do Distrito Federal, bem como comprometimento de sua qualidade nas demais”<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> MSG n. 2004002007932-3.

<sup>52</sup> Às folhas 203-206 dos autos do processo.

O julgamento da questão no Tribunal foi bastante polêmico, tendo em vista as divergências acerca de pontos relevantes e, sobretudo, o substancial voto do desembargador Nívio Gonçalves, que, no julgamento, foi o primeiro a apreciar o mérito e a trazer à discussão aspectos como o princípio da precaução, a função constitucional do Ministério Público, os bens jurídicos afetados (ambiente, saúde, patrimônio histórico e paisagístico). O debate gerado, principalmente a partir do voto citado, transitou em torno dos seguintes núcleos: competência legislativa do Distrito Federal, aplicação do princípio da precaução e a proteção do direito à saúde e ao ambiente.

#### *6.4.2 Da competência legislativa*

A grande controvérsia inaugural, durante toda a sessão de julgamento, girou em torno da competência do Distrito Federal para emitir normas que dispõem sobre a instalação de torres de telefonia, pois muitos dos julgadores entendiam tratar-se de usurpação da competência federal. Ora, na realidade, a legislação – objeto de discussão – não versa sobre telecomunicações, que, como se viu (CF, art. 22, IV), é competência exclusiva da União Federal. O que fez o legislador distrital foi estabelecer parâmetros de ocupação do solo e de proteção ao ambiente e à saúde, que, obviamente, inserem-se na competência legislativa do Distrito Federal, consoante já se verificou no item anterior, por tratarem-se de “direito legítimo no interesse da sociedade que representa”, nos termos do desembargador Eduardo Oliveira, em seu voto (p. 70 do acórdão)<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> O desembargador Nívio Gonçalves, de forma precisa, bem colocou no julgamento: “[...] ao Distrito Federal, que, aliás, abarca as competências legislativas municipais e estaduais (art. 14 da Lei Orgânica do DF), é dado estabelecer normas destinadas, dentre outros, a garantir o fiel cumprimento do plano de ordenamento e ocupação territorial; proteger o patrimônio urbanístico, histórico, cultural, artístico, turístico, paisagístico, em grande parte, aliás, tombado; preservar e defender o meio ambiente, os recursos naturais; controlar a poluição, nas suas mais variadas formas

Além disso, o desembargador Nívio Gonçalves trouxe à colação o caso de uma ação direta de inconstitucionalidade em curso no Supremo Tribunal Federal, questionando o mesmo ponto, em face da lei do Estado de São Paulo (ADI n. 2.902/SP)<sup>54</sup>. Segundo o parecer do Procurador-Geral da República, as restrições daquela lei atacada se referiam à proteção à saúde da população de São Paulo contra os efeitos nocivos da radiação não-ionizante. Tal constatação também foi sentida pelo Advogado-Geral da União, no mesmo caso, quando disse que o propósito da lei em evidência não era concorrer com a União Federal na escala legislativa, mas sim proteger a saúde<sup>55</sup>.

Ainda que não houvesse a recomendação do Ministério Público, a Administração Pública tinha o dever de agir, com base na legislação vigente, pois estaria no uso de seu legítimo exercício de poder de polícia, atendendo ao princípio da legalidade e do bem comum.

#### *6.4.3 O princípio da precaução e o risco sanitário-ambiental*

No que se refere ao princípio da precaução, por um lado, é bastante positivo que tal preceito comece a comparecer em decisões de tribunais brasileiros, nos quais se tem mostrado ainda bastante tímido, diversamente do que ocorre nos países europeus, como se viu anteriormente<sup>56</sup>. Por outro lado, é lamentável que seja repu-

---

de expressão; e, por conseguinte, garantir a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida da comunidade” (fls. 31 e 32 do acórdão).

<sup>54</sup> A ação referida questiona a constitucionalidade dos artigos 3º, 4º e 5º da Lei Estadual n. 10.995 daquela unidade da federação, de 21 de dezembro de 2001, e foi proposta pela Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (TELCOMP).

<sup>55</sup> Citações constantes do voto do desembargador Nívio Gonçalves às fls. 35-44 do acórdão do TJDFR ora em exame.

<sup>56</sup> Hermitte, ao dispor sobre a cultura do risco e suas transformações, explica como os valores foram alterados, para se chegar no princípio da precaução, com o emblemático caso da “vaca louca”: “À medida que os objetivos, inicialmente econômicos, de proteção à saúde e ao meio ambiente foram incorporados ao direito europeu, a

diado como fundamento, sob o argumento da incerteza de que a exposição a campos eletromagnéticos, como os gerados pelas ERBs, enseja danos à saúde humana. Ora, a essência do princípio em epígrafe é a de considerar a incerteza científica<sup>57</sup>. Se os males fossem conhecidos, sem controvérsias científicas, não se configuraria o caso de aplicação do princípio da precaução, e sim do princípio da prevenção. É a falta de constatação inequívoca no campo da ciência que deve mobilizar as autoridades a acautelar os danos, para não agir após as repercussões negativas e não raramente catastróficas<sup>58</sup>.

Com propriedade, em seu voto, o desembargador Nívio Gonçalves lembrou que o princípio da precaução “já estava consagrado no Direito pátrio desde 1981, com o advento da Lei n. 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, por seu art. 4º, incisos I e VI, e içado a princípio constitucional em 1988, pelo inciso V do art. 225”. No mesmo sentido, asseverou o desembargador Otávio Augusto: “No que concerne à questão envolvendo a possibilidade de malefícios à saúde humana em face da exposição a ondas transmitidas pelos equipamentos específicos de tele-

---

Corte de Justiça das Comunidades européias revisou a hierarquia de seus valores. Assim, no caso da vaca louca, decidiu que ‘o prejuízo econômico e social decorrente do embargo não poderia sobrepor-se aos graves danos em termos de saúde pública das populações. Nenhuma hesitação é permitida em razão do caráter mortífero da doença’” (HERMITTE, 2005, p. 19).

<sup>57</sup> Como lembra a doutrina: “La précaution, quant à elle, s’applique vis-à-vis de situations qualitativement et quantitativement incertaines, vis-à-vis de risques hypothétiques, virtuels, inconsistents, non probabilisable, éventuellement plausibles mais non démontrés et dont la mécanique demeure non identifié: il suffit qu’existent des éléments fondant une doute, si léger soit-il” (BESANCENOT, 2005, p. 52).

<sup>58</sup> Nesse aspecto, adverte Noiville: “Desse modo, o princípio busca um avanço em relação àquela atitude clássica – cujos efeitos ocorreram no caso da vaca louca ou do amianto –, que permite, pela simples razão do risco não haver sido confirmado por meio de uma prova científica, que se ignore a necessidade de certas advertências prévias e imediatas. O princípio implica uma contraposição a essa atitude clássica e convida a agir antes mesmo de se obter a prova do risco real” (NOIVILLE, 2005, p. 57).

comunicações, essa dúvida se resolve pelo princípio mais coerente na espécie”. Juntando-se à corrente minoritária no julgamento, o desembargador Eduardo de Moraes Oliveira assim se pronunciou: “Como disse o desembargador Nívio Gonçalves, secundado pelo desembargador Otávio Augusto, na dúvida, há de se decidir pela vida, resguardando, da melhor maneira possível, a sociedade, ou permitir a busca da certeza”<sup>59</sup>.

Muito bem colocaram os três julgadores. Ora, o princípio em pauta tem seu alicerce na lei máxima do País. No setor da saúde, a própria Constituição o alberga, quando trata das ações e serviços públicos de saúde e elege como uma de suas diretrizes *o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas* (art. 198, II), e quando discrimina algumas atribuições do Sistema Único de Saúde (art. 200). De igual forma, o faz em relação ao ambiente, quando prevê, entre outras medidas, o licenciamento ambiental e a exigência do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (art. 225, § 1º, IV). Logo, bem colocou o desembargador Nívio Gonçalves ao dizer: “[...] a observância desse princípio (o da precaução) pelo Poder Público é, inquestionavelmente, cogente, vinculando não apenas a atuação da Administração Pública, mas também o legislador e, principalmente, do Poder Judiciário”<sup>60</sup>.

Ademais, o que estão em risco são a saúde pública, a vida das pessoas e o meio ambiente, que se categorizam como direitos humanos e fundamentais. No regime democrático de direito, bens assim qualificados constituem o cerne do sistema de proteção legal e se colocam em uma hierarquia superior aos demais valores e normas. No sistema constitucional brasileiro, eles vêm enunciados no primeiro Título, quando se considera como um dos fundamen-

---

<sup>59</sup> Às páginas 47, 66 e 71, respectivamente, do acórdão em análise.

<sup>60</sup> À página 47 do acórdão em apreciação.

tos da República Federativa do Brasil a dignidade à pessoa humana (CF, art. 1º, III) e quando se elege a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador das relações internacionais (CF, art. 4º, II). Em seguida, no Título II, que se denomina *Dos deveres e garantias fundamentais*, assegura-se a imediata aplicação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º) e afirma-se que “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”(CF, art. 5º, § 2º). Mais adiante, diz ser vedada qualquer emenda constitucional que vise a abolição de direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV).

Dessa maneira, não há dúvida de que, em se tratando de bens jurídicos com a qualificação dos ora estudados, deve-se adotar o máximo de medida protetiva, dentro do razoável e segundo suspeitas científicas de violação<sup>61</sup>, aplicando-se o princípio da precaução. Por isso, o desembargador Otávio Augusto, em atenção aos valores humanos e fundamentais, pronunciou:

Ao me referir ao princípio, digo que ele está pautado em um brocardo muito conhecido de todos, qual seja, o *in dubio pro societate*, e

---

<sup>61</sup> Cumpre lembrar que, para a aplicação do princípio em debate, é necessário haver ao menos alguma suspeita científica, com dados mínimos, como acontece na espécie estudada. Nesse sentido, é o magistério de Hermitte e Dormont: “[...] dans les contextes d’incertitude, il est tout de même rare que l’on ne dispose d’aucune connaissance scientifique. On n’est pas dans le cadre d’une preuve achevée, de nature expérimentale et reproductible, certes. Mais on n’est pas non plus dans le vide, l’intuition ou la divination. Les scientifiques disposent de connaissances fragmentaires qui leur permettent de construire des faisceaux d’indices convergents. Cette notion familière au juriste qui est le plus souvent obligé de s’en contenter, est plus étrange pour le scientifique pour lequel elle traduit un inachèvement. Le domaine du principe de précaution est celui de la décision prise à partir de données scientifiques objectives quoiqu’elles ne constituent pas un savoir achevé et qu’elles ne soient pas susceptible de constituer des preuves selon les règles de la méthode expérimentale” (HERMITTE; DORMONT, 2000, p. 349).

jamais pró-indivíduo, pró-empresa, que, rigorosamente, na espécie, vê e tem seus olhos voltados à atividade econômico-financeira de um negócio que se revelou muito rentável no Brasil.

Faz-se necessário ressaltar também que em toda atividade econômica não é possível se eximir de observar como princípio inserto no Título VII, Capítulo I, da Constituição brasileira, que trata *Da Ordem Econômica e Financeira* e mais especificamente dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (CF, art. 170, VI).

#### 6.4.4 *Aspecto urbanístico e cultural*

No que concerne à proteção do patrimônio cultural e da paisagem urbana, em que se coloca bem evidente o aspecto ambiental (ambiente cultural)<sup>62</sup>, no caso específico, diagnosticou-se uma quantidade enorme de ERBs em área tombada (168), a vulnerar a ordem urbanística e a ameaçar o patrimônio citado.

Brasília, por suas características arquitetônicas e urbanísticas modernas, teve, desde o início, uma legislação que visou (e ainda tenta) preservar o seu patrimônio cultural. Assim, o art. 38 da Lei n. 3.751, de 13 de abril de 1960 (conhecida como *Lei Santiago Dantas*), já previa que qualquer alteração na sua área mais importante (o Plano Piloto) depende de lei federal. O Decreto n. 10.829, de 4

---

<sup>62</sup> Como bem se refere Marchesan: “Em nosso país, a paisagem se insere na noção unitária, sistêmica de meio ambiente. A Constituição Federal, a partir da exegese combinada nos arts. 182, *caput*, 216 e 225, reconhece a necessidade de proteção desse bem jurídico” (MARCHESAN, 2004, p. 147). A Lei n. 10.257 de 2001, a seu turno, em seu art. 2º, inciso XII, quando se refere a diretrizes de recuperação e preservação do meio ambiente, inclui o patrimônio histórico e cultural, como categorias de bem ambiental.

de outubro de 1987, veio regulamentar aquele dispositivo e definir as características fundamentais da cidade, a serem resguardadas em quatro escalas: monumental, residencial, gregária e bucólica. Em 7 de março de 1987, por seus valores arquitetônicos, foi o primeiro núcleo urbano contemporâneo a ser incluído na lista de bens de valor universal pelo Comitê do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO. Em 14 de março de 1990, o então Instituto Brasileiro de Patrimônio Cultural (hoje Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN) providenciou o tombamento no âmbito federal, inscrevendo-o sob o n. 532, no Livro do Tombo Histórico, e, posteriormente, disciplinando tal regime por meio da Portaria/IPHAN n. 314, de 14 de outubro de 1992. A própria Lei Orgânica do Distrito Federal consagrou, em seguida, a proteção e preservação desse patrimônio e ressaltou a importância da observação do tombamento em diversas de suas normas, considerando-o espaço especialmente protegido, como se extrai dos dispositivos seguintes: art. 247, § 2º; art. 295; art. 312, VI; art. 314, parágrafo único, IV.

Não obstante a relevância do ponto, apenas os desembargadores Nívio Gonçalves, Dácio Vieira e Edson Smaniotto<sup>63</sup> fizeram referência em seus votos a esse aspecto, deixando de merecer apreciação por parte dos outros julgadores, apesar de dizer respeito a bem fundamental e direito humano, se relacionado diretamente com a qualidade de vida.

#### *6.4.5 A defesa pelo Ministério Público dos bens jurídicos envolvidos*

O Ministério Público brasileiro, desde a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981), possui legitimidade para a defesa do Meio Ambiente não

---

<sup>63</sup> Às páginas 31-32, 56, 82, 88, 93-94, respectivamente, do acórdão em exame.

só na esfera criminal, mas também na cível (art. 14, § 1º). Com a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinou a defesa de outros bens jurídicos de natureza transindividual, como os direitos do consumidor (art. 1º), entre outros, pela ação de cunho coletivo denominada ação civil pública (assemelhada às *class actions* americanas, mas com traços próprios), o *Parquet* passou a dispor de instrumentos eficazes para cumprir o seu mister. Entre eles, encontram-se o inquérito civil (art. 8º, § 1º), para efetuar a investigação, e o ajustamento de conduta, com força de título executivo extrajudicial, pelo qual os responsáveis se obrigam a reparar os danos causados (art. 5º, § 6º).

Finalmente, com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 sacramentou-se, definitivamente, como atribuição institucional do Ministério Público a defesa dos chamados direitos ou interesses metaindividuais. O art. 129, inciso III, da Carta prescreveu-lhe tal função constitucional e exemplificou o objeto de tutela com o próprio meio ambiente, admitindo a proteção de outros bens em cláusula aberta, a saber: “outros bens difusos e coletivos”. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, trouxe os parâmetros conceituais de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em seu art. 81<sup>64</sup>. Tais direitos e interesses são inegavelmente qualificados como direitos humanos e fundamentais<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Diz o citado dispositivo: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

<sup>65</sup> A esse respeito, ver BATISTA, 2005, p. 41-94.

No caso do MPDFT, a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre o Ministério Público da União, do qual faz parte o MPDFT, veio reiterar tais atribuições e conceder-lhe a possibilidade de expedir recomendações (art. 6º, XX) para o exercício dessa função. Logo, não se há de discutir a respeito da sua legitimidade para agir no caso em epígrafe. Os bens tutelados (saúde e ambiente) se amoldam perfeitamente na definição de interesses difusos dada pelo art. 81 do CDC, de modo que não mereceu repulsa do TJDFT o exercício dessa função constitucional do Ministério Público no caso em consideração.

#### 6.4.6 *Veredicto final*

Após debates que renderam cento e quatro páginas de acórdão proferido pelo Conselho Especial, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decidiu pela competência do Distrito Federal para disciplinar aspectos referentes à proteção do meio ambiente e saúde pública na implantação e funcionamento das estações rádio-base, pela impossibilidade de remoção das ERBs instaladas com licenciamento, de acordo com a lei vigente à época e pela remoção daquelas que se constituíram sem autorização.

Da decisão, a Global Village Telecom Ltda. (GVT), bem como a Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL) interpu- seram recurso ordinário perante o Superior Tribunal de Justiça. Em decisão proferida em dezembro de 2007, a mencionada Corte julgou improcedentes os recursos<sup>66</sup>.

<sup>66</sup> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE – ERB’S. PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. FORMAÇÃO APÓS A LIMINAR. IMPOSSIBILIDADE. I – O Tribunal *a quo* concedeu segurança parcial para que as estações rádio-base instaladas de acordo com as regras locais que vigiam à época de sua instalação, e que portanto foram licenciadas, tanto pela ANATEL quanto

pelo governo do Distrito Federal, permanecessem intactas, enquanto as não-autorizadas fossem retiradas. II – A retirada das estações rádio-base em desacordo com as posturas locais não invade a competência legislativa da União. O Decreto n. 22.395/2001, do Governo do Distrito Federal, ao disciplinar o artigo 8º da Lei Complementar Distrital n. 388/2001, a qual dispunha sobre ocupação de área pública mediante Concessão de Direito Real de Uso ou Concessão de Uso, dispôs expressamente sobre a implantação e funcionamento de infra-estrutura de telecomunicações no Distrito Federal, estabelecendo critérios de localização e procedimentos para a mencionada implantação, sendo que tais critérios não cuidam de regras atinentes aos serviços de telecomunicações, estes sim de competência exclusiva da União, como expresso no artigo 21, XI, e 22, IV, da *Lex Mater*. III – A Lei Federal n. 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, defendeu as atribuições dos Estados, Distrito Federal e Municípios, ao disciplinar no artigo 74, *verbis*: “A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos”. IV – Do acima disposto deflui a legalidade das normas locais, as quais impõem obrigações decorrentes da execução das concessões, permissões ou autorizações dos serviços de telecomunicações, vinculadas tais obrigações às garantias e valores difusos inerentes ao bem-estar da população. V – Compete ao Distrito Federal legislar concorrentemente com a União sobre a defesa da saúde, desde que a norma não conflite com legislação federal. VI – Em relação à necessidade de devido processo legal para a retirada das antenas, observa-se que o Tribunal *a quo* concedeu a ordem para que as estações rádio-base instaladas de acordo com as regras locais que vigiam à época de sua instalação, e que portanto foram licenciadas, tanto pela ANATEL quanto pelo governo do Distrito Federal, permaneçam intactas, enquanto as não-autorizadas sejam retiradas. Neste contexto, a retirada das ERB’s “clandestinas” ou não-autorizadas não representa atuação estatal arbitrária, estando em verdade em consonância com o poder de polícia inerente à atividade da administração pública. O princípio do devido processo legal restou observado no acórdão recorrido, o qual, ao decotar as determinações contidas no ofício que determina a retirada indiscriminada das antenas, acabou por realizar uma adequação em direção ao princípio referido, haja vista que restaram incólumes as licenças concedidas de acordo com as normas vigentes na instalação das antenas. VII – A alegação da recorrente de que inexistiria prejuízo ao patrimônio paisagístico ou urbanístico do Distrito Federal não prescinde de dilação probatória, inexistentes nos autos dados suficientes para tal exame. VIII – Quanto ao recurso da Global Village Telecom Ltda. (GVT), observa-se possível a assistência litisconsorcial ativa no mandado de segurança, entretanto, verificado que existe pelo assistente uma pretensão ao direito material do processo,

## 7 Jurisprudência brasileira

Embora a matéria de poluição eletromagnética provocada pela telefonia celular seja nova, alguns tribunais brasileiros já se manifestaram sobre o assunto. O posicionamento majoritário, no entanto, é no sentido de negar as pretensões, em sede de diferentes medidas jurisdicionais, que se insurgem contra a instalação e funcionamento de ERBs que possam oferecer riscos à saúde e ao meio ambiente. Uma análise da jurisprudência pesquisada mostra que o fundamento mais manuseado pelos tribunais consiste na ausência de prova científica do potencial lesivo das ondas eletromagnéticas, principalmente em relação à saúde<sup>67</sup>.

---

a formação do litisconsórcio ativo, no mandado de segurança, somente poderá surgir até o deferimento da liminar, mesmo que ainda não tenham sido prestadas as informações. Tal vedação busca a salvaguarda do princípio do juiz natural, tendo em vista que o litisconsorte facultativo poderá, em tese, se beneficiar com o conhecimento da posição tomada pelo julgador, mesmo no âmbito transitório da liminar. Assim, verificado que a recorrente somente pleiteou a sua entrada no feito após a concessão da liminar, tem-se incabível o pleito. Precedente: REsp n. 111.885/PR, rel. min. Laurita Vaz, *DJ* de 18 fev. 2002, p. 281. IX – Recursos ordinários improvidos (*RSTJ*, 1ª T., Rec. MS n. 22.885-DF, rel. min. Francisco Falcão, j. 18.12.2007, v.u.).

<sup>67</sup> Nesse sentido: TJPR: Ag. Instr. 0165570-7, 1ª Câmara Cív., rel. Fernando César Zeni, j. 5.4.2005, *DJ/PR* de 29 abr. 2005; Ap. Cív. n. 0137952-8, 6ª Câmara Cív., rel. Rosene Arão de Cristo Pereira, j. 11.8.2004, *DJ/PR* de 13 set. 2004; Ap. Cív. n. 0159589-9, 2ª Câmara Cív., rel. Hirosê Zeni, j. 15.9.2004, *DJ/PR* de 18 out. 2004; Ag. Instr. 0119561-9, 1ª Câmara Cív., rel. Ulysses Lopes, j. 6.8.2002, *DJ/PR* de 19 ago. 2002. TJRJ: Ag. Instr. 2003.002.20236, 9ª Câmara Cív., rel. des. Ruy Alcântara, j. 17.6.2003, *DO/RJ* de 9 jan. 2006, p. 81-89; Ag. Instr. 2002.002.19863, 3ª Câmara Cív., rel. des. Helena Belc Klausner, j. 17.6.2003, *DO/RJ* de 9 jan. 2006, p. 81-89; Ag. Instr. 2003.002.19882, 9ª Câmara Cív., rel. des. Laerson Mauro, j. 1ª.6.2004, *DO/RJ* de 13 ago. 2004, p. 65-70; Ag. Instr. 2003.002.20242, 9ª Câmara Cív., rel. des. Laerson Mauro, j. 1ª.6.2004, *DO/RJ* de 13 ago. 2004, p. 65-70. TJRN: Ag. Instr. 2003.002129-4, 1ª Câmara Cív., rel. des. Armando da Costa Ferreira, j. 22.12.2003, *DJ/RN* de 5 fev. 2004; Ag. Instr. 2002.000388-9, 1ª Câmara Cív., rel. des. Manoel dos Santos, j. 28.6.2002, *DJ/RN* de 10 ago. 2002. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplica o mesmo raciocínio para o caso de rede de transmissão de energia elétrica e possíveis danos à saúde humana por ondas

Por outro lado, algumas decisões localizadas encontram-se voltadas para maior proteção ao ambiente e à saúde, assegurando:

- 1) a inversão do ônus da prova de dano ao ambiente: “Ônus da empresa de comprovar que a atividade praticada não gera danos ao meio ambiente”(TJRS, Ap. Cív. n. 70012795845, 3ª Câm. Cív., rel. des. Matilde Chabar Maia, j. em 8.6.2006, *DJ/RS* de 14 ago. 2006);
- 2) a aplicação expressa do princípio da precaução à matéria (TJRS, Agr. Inst. n. 70012938981, 3ª Câm. Cív., rel. des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. em 16.3.2006, *DJ/RS* de 10 abr. 2006);
- 3) a suspensão da atividade, apesar da incerteza dos efeitos nocivos das ERBs ao ambiente e à população (TJRJ, Ag. Instr. n. 2004.002.23136, 17ª Câm. Cív., rel. des. Raul Celso Lins e Silva, j. em 2.3.2005, *DO/RJ* de 10 mar. 2005, p. 88-91; no mesmo sentido: TJRN, Ag. Reg. n. 2003.002129-4/0001.00, 1ª Câm. Cív., rel. des. Aécio Marinho, j. em 10.9.2003, *DJ/RN* de 7 out. 2003). Muito há ainda a evoluir a jurisprudência brasileira, no sentido de adotar uma posição mais protetiva da saúde e do ambiente no caso em estudo.

## **8 Jurisprudência argentina**

Por fim, cumpre fazer uma ligeira referência ao posicionamento da jurisprudência argentina sobre o assunto. Nesse terreno, apenas três decisões foram identificadas: uma versando sobre rede de transmissão de energia elétrica e duas outras sobre a instalação de estações rádio-base.

---

eletromagnéticas: Ap. Cív. n. 70010554442, 3ª Câm. Cív., rel. des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 28.4.2005, *DJ/RS* de 10 jun. 2005.

A primeira delas data de julho de 2003 e dispõe sobre a pretensão da *Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes* da localidade de Ezpeleta, Partido de Quilmes, de cessar as obras de cabeamento e mudança de uma subestação de energia elétrica, tendo em vista a poluição sonora e os efeitos nocivos à saúde da população, gerados pelas ondas eletromagnéticas. Nesse caso, aplicou-se o princípio da precaução e deferiu-se o pedido da associação mencionada, enunciando:

La exposición a campos electromagnéticos aún a niveles inferiores a los permitidos legalmente, no es óbice para eximir de responsabilidad a la empresa prestataria de servicio eléctrico por los daños en la salud que puedan sufrir, en ese caso, los habitantes de Ezpeleta [...] <sup>68</sup>.

As demais tratavam de instalação de estações rádio-base e de salas para o funcionamento dos equipamentos. A decisão da Cámara Civil y Comercial de Santa Fé (maio de 2001) deixou de aplicar o princípio da precaução sob o fundamento do *principio da realidade*, que aponta como um dos retores do direito ambiental, tendo em vista que os expertos do grupo nomeado para a perícia constataram com a medição do campo eletromagnético que os valores praticados se achavam inferiores ao padrão de segurança à exposição de radio-freqüências fixado por resolução do Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación <sup>69</sup>. Já a terceira decisão, emanada do Tribunal Superior de Córdoba (março de 2003), entendeu que na espécie descabia a ação de amparo de que se valeram os autores <sup>70</sup>. Tal ação

<sup>68</sup> Cámara Federal de Apelaciones de La Plata – Sala II – 8.7.2003. “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE – EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”. Trata-se de uma apelação contra a decisão do juiz de primeiro grau de jurisdição, que havia julgado improcedente a via processual eleita.

<sup>69</sup> Cámara Civil y Comercial de Santa Fé – Sala 2ª – 4.5.2001. “Farina, Pablo M. c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ Acción de amparo”; ZEUS, Tomo 89, p. 360-363.

<sup>70</sup> Tribunal Superior de Córdoba, 11.3.2003. “Castellani, Carlos y E. y otros c/ Municipalidad de Oncativo”. *Seguros y responsabilidad*, año 5, n. 6, Buenos Aires, 2003, p. 65-93.

foi concebida no sistema argentino desde a reforma constitucional de 1994 para as hipóteses de tutela de garantias constitucionais cuja proteção não se admite delongas, quando se tem um direito líquido e certo. Por isso, dispôs que “[...] no se ha logrado demostrar la potencialidad del electromagnetismo para producir los daños a la salud o al medio ambiente aducido por los accionantes, tornando el planteo de amparo en meramente conjetural y por ende carente de base fáctica”<sup>71</sup>. A decisão, no entanto, foi por maioria, sendo que em voto dissidente constante da ementa ponderou-se que:

La falta de certidumbre científica en torno a los efectos que producen las radiaciones electromagnéticas irradiadas por una antena de telefonía celular, hacen procedente la acción de amparo tendiente a su erradicación, pues ante la mera posibilidad de riesgo grave e irreversible deben adoptarse las medidas necesarias para evitar que el riesgo finalmente se concrete en el agravio temido (del voto en disidencia del doctor Cafferata)<sup>72</sup>.

## 9 Conclusões

Após essa abordagem ligeira sobre assunto tão atual e desafiador, pela complexidade e gravidade, que são os riscos sanitário-ambientais da exposição humana a campos eletromagnéticos, pode-se chegar às seguintes conclusões:

- 1) os arrojos da tecnologia congregam facilidades, inovações fascinantes e de grande utilidade, como é o caso da telefonia celular, mas, ao mesmo tempo, impõem uma insegurança muito grande em relação à proteção de bens e valores fundamentais, como a saúde, o meio ambiente e a qualidade de vida;
- 2) estudos científicos desenvolvidos em diversos países demonstram que, embora não haja dados inequívocos

---

<sup>71</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 65-66.

de que a exposição humana a campos eletromagnéticos seja prejudicial à saúde, há fortes indícios em pesquisas já desenvolvidas em diversos países, que apontam uma correlação muito evidente entre a mencionada exposição (a que são submetidos os usuários de telefonia celular e os vizinhos de estações rádio-base) e os efeitos prejudiciais e graves em relação à saúde;

- 3) inúmeros países europeus já estabeleceram medidas de proteção, no âmbito de políticas públicas e na esfera legislativa, para acautelar males à saúde e ao ambiente decorrentes da exposição a campos eletromagnéticos, em especial, no caso da telefonia móvel, adotando o princípio da precaução;
- 4) a França admitiu, oficialmente, para o caso do uso de telefonia celular, o princípio da precaução, mas, de forma inovadora, concebeu o princípio da atenção para a circunstância de funcionamento das ERBs;
- 5) o Brasil, por meio de política pública recém-elaborada, consagrou o princípio da precaução para o caso da telefonia celular (aí compreendidas as ERBs), embora o princípio já estivesse previsto no ordenamento constitucional vigente;
- 6) o Poder Judiciário brasileiro ainda não admite como fundamento o mencionado princípio, haja vista o caso estudado na capital federal;
- 7) no caso de ERBs, a poluição eletromagnética ameaça direitos difusos de natureza fundamental e humana, a saber: a saúde pública e o ambiente. Logo, inarredável se mostra a aplicação do princípio da precaução<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Em seminário ocorrido em São Paulo, em 2004, organizado pela Escola Superior do Ministério Público daquele estado, vários dos expositores de formações diversas,

## Referências

ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS MOBILES (AFOM). Liens & Documents. *Les ressources sur “la santé” en français. Document(s) de référence*. Disponível em: <[http://www.afom.fr/v3/TEMPLATES/liens\\_documents\\_11.php?rubrique\\_ID=8](http://www.afom.fr/v3/TEMPLATES/liens_documents_11.php?rubrique_ID=8)>. Acesso em: 19 jul. 2006.

BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 296 p.

BECK, Ulrich. *La société du risqué: sur la voie d’une autre modernité*. Tradução Laure Bernardi. Paris: Flammarion, 2003. 521 p.

BESANCENOT, Jean-Pierre. Le principe de précaution devant les risques sanitaires. In: LARCENEUX, André; BOUTELET, Marguerite (Dir.). *Le principe de précaution: débats et enjeux*. Dijon: Éditions Universitaires de Dijon, 2005. p. 47-67. (Collection Sociétés).

BÜLLER, Gisele Borghi; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. O direito ambiental face à telefonia móvel: aplicação concreta do princípio da precaução. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 259-269, abr./jun. 2004.

CARLO, George; SCHRAM, Martin. *Téléphones portables: oui, ils sont dangereux: révélations d’un scientifique*. Paris: Carnot, 2001. 185 p.

CICOLELLA, André; BROWAEYS, Dorothé Benoit. *Alertes santé*. Paris: Fayard, 2005.

CONSEIL D’ÉTAT. *Arrêt Société Française du Radiotéléphone (SFR)*, France, 22 out. 2002.

---

igualmente, se pronunciaram no sentido da necessidade de se aplicar o princípio da precaução no caso em estudo: SALLES; FERNÁNDEZ (2004). DODE; LEÃO (2004). MARCHESAN (2004). TEJO (2004). DRUMOND; FRANCO NETTO; FENNER (2004). BÜLLER; FIGUEIREDO (2004). No mesmo sentido, Delhoste, quando diz: “L’exposition humaine aux radiofréquences apparait ainsi comme le cas exemplaire et incontournable d’application du principe de précaution” (DELHOSTE, 2003, p. 101).

DELHOSTE, Marie-France. Radiotéléphonie mobile et principe de précaution: la surprenante position du Conseil d'État. *Expertise des Système d'Information*, Paris, n. 268, p. 96-101, mars. 2003.

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

DODE, Adilza Condessa; LEÃO, Mônica Maria Diniz. Poluição ambiental e exposição humana a campos eletromagnéticos: ênfase nas estações radiobase de telefonia celular. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 121-139, abr./jun. 2004.

DRUMOND, Ivens; FRANCO NETTO, Guilherme; FENNER, André. CEM – Campos eletromagnéticos – Aspectos legais e impactos sobre a saúde: perspectivas e sugestões. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 229-244, abr./jun. 2004.

FERNÁNDEZ, C. R.; SALLES, A. A. de. O impacto das radiações não ionizantes da telefonia móvel e o princípio da precaução. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 17-46, abr./jun. 2004.

GAUGIER, R. et al. *Votre GSM, votre santé: on vous ment!* Paris: Marco Pietter, 2003. 141 p. (Collection Résurgence).

GODARD, Olivier et al. *Traité des nouveaux risques*. Paris: Gallimard, 2002. 620 p.

GOSSEMENT, Arnaud. *Le principe de précaution: essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques*. Paris: L'Harmattan, 2003. 527 p. (Collections Logiques Juridiques).

GROSSIEUX, Patrick. *Principe de précaution et sécurité sanitaire*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003. 565 p.

GUÉNEL, Pascal et al. Rayonnement non ionisants. In: GUERIN, Michel et al. *Environnement et santé publique: fondements et pratiques*. Canada: TEC & DOC; Edisem, 2003. p. 441-462.

HERMITTE, Marie Angèle. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco: uma análise de U. Beck. In: VARELLA, Marcelo (Org.).

*Governo dos riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Européia sobre Governo dos Riscos, 2005. p. 11-40.

———. DORMONT, Dominique. Proposition sur le principe de la précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle. In: KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris: La Documentation Française, 2000. 405 p.

KOSTREZEWSKI-PUGNAT, Valérie. Téléphonie mobile, environnement et santé: bilan d'une coexistence sous le contrôle du juge. *JCP-La Semaine Juridique Administration et Collectivités Territoriales*, n. 23, p. 729-738, juin. 2003.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Rapport au premier ministre: le principe de précaution*. Paris: Odile Jacob; La Documentation Française, 2000. 405 p.

LAGADEC, Patrick. *La civilisation du risque: catastrophes technologiques et responsabilité sociale*. Paris: Seuil, 1981. (Collection Science Ouverture).

LENTIN, Jean-Pierre. *Ces sondes qui tuent, ces ondes qui soignent: téléphones portables, ordinateurs, micro-ondes, électricité, magnétisme: quels dangers pour notre santé?* Paris: Albin Michel, 2004. 340 p.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. As estações rádio-base de telefonia celular no contexto de uma sociedade de risco. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 141-155, abr./jun. 2004.

MASCHI, J.-Pierre. *Combat pour une idée: la pollution électromagnétique*. Paris: France Europe, 2005. 549 p.

MATTOS, Inês; KOIFMAN, Sérgio. Campos eletromagnéticos e câncer: contribuição das ciências biológicas. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 75-98, abr./jun. 2004.

MINISTÈRE DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ. *Les téléphones mobiles, leurs stations de base et la santé: état des connaissances et recommandations*. Paris: La Documentation Française, 2001. 440 p.

NOIVILLE, Christine. Ciência, decisão, ação: três observações em torno do princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo (Org.). *Governo dos riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Européia sobre Governo dos Riscos, 2005. p. 56-80.

OMS. Bureau Régional pour l'Europe. *Les champs électromagnétiques*. Copenhagen: OMS/Europe, 1999. 24 p. (Collection de brochures Collectivités Locales, Environnement et Santé, n. 32).

SALLES, A. A. de; FERNÁNDEZ, C. R. O impacto das radiações não ionizantes da telefonia móvel e o princípio da precaução. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 17-46, abr./ jun. 2004.

SANTINI, Roger. *Téléphone mobiles cellulaires et stations relais: le risque pour la santé: arguments scientifiques et conseils pratiques*. Paris: Marco Pietter, 1998. 206 p. (Collection Résurgence).

TEJO, Francisco de Assis Ferreira. Impacto dos campos eletromagnéticos ambientais sobre a saúde e a necessidade de adotar-se o princípio da precaução. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 159-202, abr./jun. 2004.

WHO.ELECTROMAGNETIC FIELDS (EMF). Disponível em: <[http://www.who.int/peh-emf/project/EMF\\_Project/en/index1.htm](http://www.who.int/peh-emf/project/EMF_Project/en/index1.htm)>. Acesso em: 17 jul. 2006.

ZMIROU-NAVIER, Denis. Risques émergents associés aux nouvelles technologies. Un cas d'école: les champs électromagnétiques associés à la téléphonie mobile. In: BORDILLON, François; BRÜCKER, Gilles; TABUTEAU, Didier. *Traté de santé publique*. Paris: Flammarion, 2004. p. 107-111. (Collection Médecine-Sciences).



# Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais



# O direito penal como gestor último da exclusão social

Juarez Mercante\*

**Sumário:** 1 O ser humano na teoria sistêmica. 2 O direito penal e os excluídos do sistema de mercado. 3 A nova gestão carcerária atuarial. 4 A modernização do direito penal.

## 1 O ser humano na teoria sistêmica

Para Luhmann, a sociedade é um sistema auto-referente e autopoietico composto de comunicações. Explica-se: ao largo da evolução temporal e da história, a sociedade constitui-se, progressivamente, em diferentes subsistemas sociais, tais como o direito, a economia, a política, a religião, a educação etc., cada qual fechado e auto-referente, possuindo um âmbito determinado de comunicações e de operação, que limitam o seu entorno e reduzem a complexidade de um modo especializado. Um dos traços importantes dessa concepção reside no fato de que a sociedade não está composta de seres humanos, mas tão-somente de comunicações. Os seres humanos – sistema auto-referente que tem na consciência e na linguagem seu próprio modo de operação autopoietica – não integrariam a sociedade, sendo apenas o seu entorno. Evidentemente, a sociedade supõe os homens, porém não de modo que estejam nela incluídos, senão como seu entorno. Isso obriga Luhmann a manter uma particular relação entre homem e sociedade, uma relação de

---

\* Juarez Mercante é Procurador da República, mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR e professor de Direito Penal da UPF.

interpenetração e de observação, que alcança níveis de extrema complexidade. O sistema, em seu processo de diferenciação por subsistemas, adaptar-se-á ao entorno por seleção, diminuindo a complexidade deste e aumentando sua própria complexidade ao mesmo tempo por um processo de organização autopoietica – auto-referencialidade –, irreversível no tempo, no qual se deve reagir com velocidade, porque a impossibilidade da reprodução produz rapidamente a dissolução – entropia, caos – do sistema<sup>1</sup>.

Para a maioria dos seus estudiosos, Luhmann não menospreza o ser humano ao supô-lo como entorno da sociedade. Em certa medida, sua teoria concede ao ser humano uma decisiva importância, porém afastada das concepções clássicas que vêem no homem um simples componente da sociedade, nela totalmente integrado. Na verdade, a ausência de referência antropológica do sujeito não equivale a um desinteressar-se de quanto componente humano existe na sociedade. Essa ausência, na sua teoria, funcionaria como uma espécie de ante-sala para delinear, de um modo radicalmente novo, sobre bases mais firmes, uma reivindicação do valor do sujeito humano. Reivindicação esta que, para Luhmann, o pensamento clássico realiza em uma sociedade menos evoluída que a nossa e que não pode manter-se na atual situação de sociedade, sob pena de cair em sentimentalismos vazios, carentes de qualquer fundamento.

Tais esclarecimentos, no entanto, não foram suficientes para aplacar a contundente oposição que a mencionada teoria de Luhmann sofreu do pensamento pós-moderno, capitaneada principalmente por aqueles que fazem a crítica da filosofia do sujeito, da subjetividade moderna, tendo sido acusada de assumir as funções legitimadoras – conservadoras – do poder, até então exercidas pela consciência positivista reinante. De acordo com os pós-modernos,

---

<sup>1</sup> LUHMANN, 1998.

o sistema – na definição que lhe deu Luhmann – nem sempre tem capacidade de responder ao aumento da complexidade do entorno (o que, como visto acima, dá-se mediante o aumento da sua própria complexidade, por adaptação orgânica). Essa não capacidade do sistema explicaria o crescente aparecimento do número de vítimas, de excluídos, de sujeitos negados, peça referencial da chamada práxis da libertação. Segundo Dussel, o sujeito aparece em toda a sua clareza nas crises dos sistemas, quando o entorno adquire uma tal complexidade que não pode mais ser controlado, simplificado. Surge, assim, em e ante os sistemas, nos diagramas do poder, nos lugares estandardizados de enunciação, imediatamente, pelas referidas situações críticas, o rosto do oprimido ou excluído, a vítima não-intencional, como efeito da lógica performativa do todo formal racionalizado, mostrando toda a sua irracionalidade a partir da vida negada<sup>2</sup>. Bem se vê, pois, que essa censura dos pós-moder-nos está calcada em aspectos da realidade objetiva. Luhmann não teria contemplado na sua teoria as exigências da vida concreta, da vida real, do crescente número de vítimas que irrompe na história, cuja complexidade é superior à capacidade de resposta do sistema social. Para seus críticos, em resumo, Luhmann não soube como reintegrar esses sujeitos.

Essas considerações acerca da posição do ser humano na teoria sistêmica assumem especial relevância no contexto do chamado capitalismo informacional global, o qual, apesar de criar grandes benefícios para alguns, não tem sido capaz de aplacar o aumento das desigualdades sociais, da pobreza, da miséria e da exclusão social em todo o mundo. Segundo esse modelo, existem indivíduos sem qualquer função produtiva para o mercado, já que perderam seu valor como trabalhadores e consumidores e, como tal, não possuem qualquer importância: são os estigmatizados (negros, índios, imi-

---

<sup>2</sup> DUSSEL, 2002, p. 529.

grantes), os brutalizados (prostitutas, drogados, ex-presidiários), os ineficientes (enfermos, portadores de necessidades especiais, analfabetos), os problemáticos (sem-teto, sem-terra, vendedores informais) e os encarceráveis (menores infratores, assaltantes de rua). Tais pessoas são simplesmente ignoradas pelos fluxos de riqueza e de informação e, em última análise, privadas da infra-estrutura tecnológica básica que nos permite comunicar, inovar, produzir, consumir e, até mesmo, viver no mundo de hoje<sup>3</sup>. Essa situação perversa cresce à medida que o Estado social desaparece, incapaz de conceber e de implementar políticas reais de proteção e inclusão social. Em seu lugar, em vez da assunção do Estado democrático, organização que deveria reunir o singular aos outros homens, a eles semelhantes, para que, dessa união, a sociedade fosse recomposta não mais como um todo orgânico, mas como uma associação de indivíduos livres<sup>4</sup>, como foi a promessa, surge o Estado caritativo, organização que não se pauta pela solidariedade, mas pela compaixão, que não fortalece os laços sociais (nem reduz as desigualdades), só alivia a miséria mais gritante, que aplica a doutrina do *laissez-faire, laissez-passer* a montante, em relação às desigualdades sociais, mas mostra-se brutalmente paternalista a jusante, no momento em que se trata de administrar suas conseqüências<sup>5</sup>, tudo com um único objetivo: inercial, neutralizar os despossuídos contra uma eventual reação ao sistema de mercado.

## **2 O direito penal e os excluídos do sistema de mercado**

O direito penal aparece, utilizando uma expressão que lhe é bastante cara, como *ultima ratio* desse quadro trágico, regulando as

---

<sup>3</sup> CASTELLS, 2000, p. 99.

<sup>4</sup> BOBBIO, 2000, p. 47.

<sup>5</sup> WACQUANT, 2001, p. 20-21.

conseqüências perversas advindas da pobreza e da miséria. Converte-se em gestor último de um processo de exclusão prévio, realizado por outras instâncias de controle – sociais e estatais –, como a família, os serviços sociais, o direito administrativo, o direito civil etc. Não é por outra razão que, paradoxalmente, enquanto em todos os demais ramos do direito positivo presencia-se um afastamento do Estado, mediante processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, eliminando os entraves que impedem as condições de competitividade sistêmica, no direito penal observa-se exatamente o contrário, ou seja, uma ampliação da sua presença. As palavras de ordem ditadas pelo sistema econômico atual são absentéismo, nas áreas de livre mercado, e rígida intervenção quando a tranqüilidade do mercado assim exigir. Segundo essa tendência, o modelo de controle que se impõe é o de exclusão daquela parte da população que não tem nenhuma função no modelo produtivo, daquela parte da população (multidão) que nunca mais reingressará na produção e, por conseqüência, no mercado consumidor. Esses rebotalhos do mercado devem ser simplesmente armazenados, confinados, encarcerados, uma vez que se transmudam em fonte geradora de risco à preservação do seu sistema.

Essa utilização do direito penal para mortificação da miséria contribui para embaralhar a distinção entre o verdadeiro crime e os comportamentos que são apenas incômodos e chocantes<sup>6</sup>. Contrastando com a fácil criminalização de fatos disfuncionais ao sistema de produção e distribuição de riquezas e poder, há uma grande dificuldade de serem criminalizados certos fatos delitivos que são a ele funcionais<sup>7</sup>. As próprias categorias denominadas “direito subjetivo” e sua sucessora “bem jurídico”, base teórica sobre a qual repousa a justificação para a intervenção penal, desen-

---

<sup>6</sup> IRWIN, 1984, p. 111-118, apud WACQUANT, 2001, p. 37.

<sup>7</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, 1979, p. 19, apud TOLEDO Y UBIETO, 1990, p. 21.

volveram-se no interior de uma visão eminentemente burguesa de sociedade, sendo utilizadas para a tutela dos valores que eram funcionais aos seus interesses privados, jamais para a tutela de direitos ou interesses antagônicos. Esse fenômeno ocorre porque o sistema penal, como um todo, notabiliza-se por ocultar as complexidades e contradições do mundo real vividas pelas pessoas, escamoteando o significado das relações estruturais estabelecidas entre elas<sup>8</sup>. Qualquer poder, já disse Foucault, só é tolerável com a condição de disfarçar uma parte importante de si mesmo. Seu êxito está na proporção direta de como consegue esconder parte de seus mecanismos. Para o poder, o oculto não pertence à ordem do abuso, é indispensável para seu funcionamento<sup>9</sup>.

Diversas concepções teóricas surgiram nos últimos anos como resultado dessa endemicidade do direito penal ao modelo social excludente. A mais conhecida denomina-se “tolerância zero”, modelo de controle social surgido nos Estados Unidos, com referência especial à cidade de Nova York, cuja principal característica é justamente uma agressiva persecução à criminalidade decorrente das disfunções sociais, como a mendicância, o consumo de drogas e álcool, a prostituição etc. Segundo os aportes dessa teoria, a pequena criminalidade fomentaria a delinqüência violenta grave ao transmitir a sensação de que a sociedade estaria descontrolada. Assim, a melhor forma de luta contra as grandes patologias criminais con-

---

<sup>8</sup> Enfocando a delinqüência econômica, García-Pablos de Molina (1984, p. 185) aborda essa questão da seguinte forma: “Es interesante observar como precisamente en él ámbito económico y de las finanzas se encuentran argumentos y lemas para propiciar una actitud pública de comprensión hacia el delincuente, degradando la trascendencia de su infracción, justificándola, desviando el interés colectivo hacia otros delitos ‘prioritarios’ y explotando su ‘buena imagen’. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se argumenta que el ‘supuesto crimen’ es tan solo una infracción ‘administrativa’ o ‘fiscal’, pero no penal; una mera ‘irregularidad’ formal; una conducta castigada por razones ‘circunstanciales’, cambiantes, pero no intrínsecamente mala”.

<sup>9</sup> FOUCAULT, 2005b, p. 83.

siste na perseguição severa das pequenas desordens cotidianas. O delito passa a ser considerado como um problema de indisciplina, um assunto de “indivíduos malvados”, de “personalidades anti-sociais” que devem ser dissuadidas e merecem ser castigadas<sup>10</sup>.

Outra dessas concepções teóricas, reintroduzida por Günther Jakobs após os atentados de 11 de setembro de 2001, denomina-se “direito penal do inimigo”. Trata-se de um discurso doutrinal e político-criminal que nega a condição de pessoas a determinados indivíduos, àqueles

[...] que en su actitud [...], en su vida económica [...] o mediante su incorporación a una organización [...] se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona<sup>11</sup>,

a saber: terroristas, traficantes, imigrantes, mafiosos, reincidentes, delinquentes sexuais violentos. Considerando-se, porém, o uso que se tem feito do direito penal nas atuais sociedades ocidentais, bem como o inevitável e gradual contágio da “legislação normal” por aquela tida como de exceção<sup>12</sup>, parece certo afirmar que a esse catálogo de “inimigos” candidatar-se-ão todos aqueles que não possuem voz, os “etiquetados”, os “estigmatizados”, exatamente por não terem a condição – concreta – de pessoas. Isso fica mais evidente ao recordarmos que o tratamento penal diferenciado aos

---

<sup>10</sup> GARLAND, 2001, p. 177-178.

<sup>11</sup> JAKOBS, 2003, p. 40.

<sup>12</sup> O próprio Jakobs (2003, p. 21-22) já tratou de esclarecer que o “direito penal do inimigo” e o “direito penal do cidadão” não podem ser contrapostos como esferas isoladas do direito penal, como tipos ideais, mas, sim, como dois pólos de um mesmo mundo, como duas tendências opostas em um mesmo contexto jurídico penal, já que “[...] es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”.

chamados “inimigos” é uma constante histórica, bastando lembrar os “dissidentes” dos regimes políticos totalitários, de recente presença – e triste lembrança – nos países latino-americanos.

Embora tenha afirmado que as conseqüências que possam advir da diferenciação entre os sistemas psíquicos e sociais e o sistema jurídico encontram-se a uma enorme distância com respeito ao direito penal<sup>13</sup>, é patente que a construção de semelhante concepção teórica e de conceitos como “inimigo”, “não-cidadão”, só são possíveis em Jakobs em razão da adoção do modelo sistêmico elaborado por Luhmann, o qual acabou por romper definitivamente com as premissas da tradição humanista ao considerar que o ser humano não é parte da sociedade. E tal como em Luhmann, o momento crítico, a consciência crítica reclamada pelos pós-modernos (reintrodução dos excluídos, em vez da sua inocuidade) também é impossível em Jakobs, isso porque ambos compreendem o sistema social sob a ótica do paradigma da consciência (tardia que seja) e a partir de uma racionalidade instrumental. Por exigências metódicas de análise (de funcionalidade), abstrai-se – no sentido de não importar – o “sujeito concreto” do sistema social. Sob o ponto de vista da inteligibilidade, essa abstração pode até ser tida como correta e necessária. É que, dada à racionalidade formal dos sistemas autopoieticamente concebidos, toda intervenção do sujeito seria considerada uma ameaça à sua própria saúde, pois a auto-reflexão – atividade do sujeito – poderia redundar em uma interferência noética, acarretando a própria negação/eliminação desses sistemas. Os sistemas formais, portanto, não podem levar em conta a vida concreta dos sujeitos reais. Esses sistemas têm a vida (dimensão biológica, naturalista) como condição, mas não como critério material e princípio ético.

---

<sup>13</sup> JAKOBS, 2000, p. 16.

### 3 A nova gestão carcerária atuarial

Dentre as explicações para o aparecimento e a perseverança dessas concepções teóricas, tem-se dito que se tratam de manifestações de um fenômeno maior, porém ainda pouco perceptível, cujo curso iniciou-se há poucos anos: a substituição gradual do modelo de controle social penal que se convencionou chamar de “ressocializador” por um outro modelo dotado de feições mais repressivas, próximo da retribuição e da prevenção especial negativa. Em vez do recuperar, do reintegrar, do ressocializar, está-se a direcionar o instrumental penal, com certa primazia, para o intimidar, o neutralizar, o inocuizar. Trata-se de uma reedição do processo verificado na Europa entre os séculos XVII e XVIII que foi tão bem definido por Foucault como o “grande internamento” daqueles que perturbavam, daqueles que incomodavam, fossem eles loucos, pobres ou criminosos<sup>14</sup>. Configura-se, mais do que qualquer outra coisa, segundo De Giorgi, “como uma tentativa de definir um espaço de contenção, de traçar um perímetro material ou imaterial em torno das populações que são ‘excedentes’, seja a nível global, seja a nível metropolitano, em relação ao sistema de produção vigente”<sup>15</sup>. Esse fenômeno, como já parece permitido afirmar, deve-se a uma mudança profunda das crenças e formas de vida da sociedade moderna<sup>16</sup>. A mais cruel e perversa, se levado em conta o tema aqui proposto, é aquela ditada pela mesma racionalidade que atualmente domina o mercado: o privilegiamento do individualismo, das políticas anti-sociais e, atrelado a isto, a fixação da idéia de que os delinquentes já não merecem ajuda para serem definitivamente reintegrados, a idéia de que a sociedade não está mais disposta a bancar os “custos” dos programas de ressocialização, cujos frutos

<sup>14</sup> FOUCAULT, 2005a, p. 45-78.

<sup>15</sup> DE GIORGI, 2006, p. 28.

<sup>16</sup> GARLAND, 2001, p. 6-20.

seriam escassos, a assumir como suas as causas da delinquência, desenvolvendo iniciativas dirigidas a eliminar a exclusão social de certos cidadãos<sup>17</sup>. Se outrora o Estado do bem-estar subscrevia os custos sociais e humanos, os “pecados” da economia capitalista e da competição de mercado, agora deve transferir o pagamento para as próprias vítimas, presentes e futuras<sup>18</sup>.

A lógica dessas mudanças é simples: essas pessoas sem função, esses “inimigos”, esses “estranhos”, constituem-se nos próprios “demônios interiores” da sociedade atual, daí a tentativa de exorcizá-los não mais por meio das dispendiosas instituições de bem-estar, dos dispositivos de previdência coletiva, mas sim por prisões e fornecimento de donativos individuais. Bauman esclarece que cada sociedade, segundo suas próprias medidas (tipo de ordem que se esforça em ser), gera fantasias dos perigos que ameaçam a sua identidade. Assim, insegura da sobrevivência da sua ordem, a sociedade desenvolve a mentalidade de uma fortaleza sitiada. Mas os inimigos que lhe bloquearam os muros são os seus próprios “demônios interiores”, ou seja, os medos reprimidos e circundantes que lhe permeiam a vida diária e a normalidade, os quais devem ser dominados, extraídos do cotidiano e moldados em um corpo estranho, um inimigo tangível com que se possa lutar, e lutar novamente, e lutar até sob a esperança de vencer, a fim de permitir que a realidade seja algo suportável<sup>19</sup>. Outrora, os “inimigos” eram todos aqueles que tentavam substituir a ordem existente, administrada pelo Estado; o “demônio interior” era a tendência autodestrutiva do próprio esforço legislativo do Estado. Hoje, os medos relacionados com a precariedade da ordem deixaram de se concentrar no Estado, já que não preside mais a reprodução da ordem sistêmica, tendo deixado

---

<sup>17</sup> Díez Ripollés, 2004, p. 17.

<sup>18</sup> Bauman, 1998, p. 52.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 52-53.

tal tarefa para as forças de mercado desregulamentadas<sup>20</sup>. Na modernidade recente, a “frustração da demanda expressiva” juntamente com a “privação relativa no mundo material” tornaram-se as principais fontes de tensão do sistema e, por consequência, fontes poderosas de desvio<sup>21</sup>. Os atuais demônios interiores são, portanto, os chamados consumidores falhos, os deserdados da sociedade de mercado, aqueles que foram levados – seduzidos – a desejar, sem ter ou reunir as mínimas condições para satisfazer seus desejos. Primeiro, incentivou-se racionalmente o aparecimento desses consumidores e, agora, não se sabe o que fazer com aqueles que se frustraram, senão colocá-los para fora do jogo. Paradoxalmente, também nada é feito para interromper a produção de novos consumidores falhos, uma vez que são necessários para mostrar àqueles que seguem no jogo os tormentos da outra única alternativa (estigmatização, isolamento, incriminação, severidade dos castigos), incentivando-os, com isso, a suportar as agruras e tensões geradas pela “vida vivida” como jogo<sup>22</sup>. Em resumo: exorcizam-se os demônios interiores com técnicas de *manage* atuarial, sem a pretensão de eliminá-los por completo, mas apenas a de minimizar seus danos ao menor custo possível, mantendo-os a uma distância sacramentada, fixando-os numa exaltação inversa, para falar como Foucault.

Na tentativa de correção das inseguranças ontológicas e subjetivas da sua ordem, além de declarar (no sentido de estereotipar) e depois excluir grupos sem importância, a sociedade tende ainda a ressuscitar valores do passado, a adotar discursos consubstanciados na volta ao básico, no retorno ao essencial, relegando por completo sua atual complexidade. Por isso, é possível afirmar que as concepções teóricas acima aduzidas (tolerância zero, direito penal do inimigo)

---

<sup>20</sup> BAUMAN, 1998, p. 53.

<sup>21</sup> YOUNG, 2002, p. 29.

<sup>22</sup> BAUMAN, 1998, p. 57.

são também expressões próprias de um refluxo à criminalidade clássica, causada, dentre outros motivos, por uma atitude contemporizadora da doutrina ante os obstáculos surgidos na persecução da delinqüência moderna<sup>23</sup>. Aliás, grande parte dos operadores jurídicos hoje sequer é capaz de associar delinqüência com outro tipo de pessoa que não seja os marginais da sociedade, com aqueles “eternos hóspedes” dos sistemas carcerários, não obstante “a ingenuidade ocasional de um ou outro magistrado que, tomando ao pé da letra a forma do direito, tentou enviar para a prisão, nesse meio tempo, hóspedes por assim dizer ‘inesperados’ [...]”<sup>24</sup>. Em vez de procurar racionalizar, com os instrumentos dogmáticos disponíveis, as possíveis respostas às formas modernas de criminalidade, mormente aquela relacionada ao crime organizado e ao colarinho branco, acomoda-se a doutrina em um pseudo-rigorismo científico sem qualquer base ou nexos com a atual realidade histórica, calcado na tese de que ao direito penal deve ser reservado um “núcleo duro”, coincidentemente aquele formado pelos comportamentos ditados, na sua essência, pela pobreza e pelas condições sociopáticas a ela relacionadas, a saber: assaltos de rua, seqüestros-relâmpago, furtos nos supermercados e residências, invasões de propriedade privada, delinqüência juvenil, pequenas degradações ambientais, rebeliões nos estabelecimentos prisionais etc. Simultaneamente, apregoa-se um utópico retorno ao direito penal liberal, esquecendo-se que se tratava sobretudo de um direito que servia a uma determinada classe social, que não se voltava nunca contra os grandes, nem no plano econômico, nem no plano político, dominado como era da idéia segundo a qual os pequenos se enforcam e os grandes se deixam passar (*i piccoli siano impiccati, i grandi siano lasciati andare*)<sup>25</sup>. Tudo isso acompanhado de diferentes enunciados

---

<sup>23</sup> BAUMAN, 1998, p. 7.

<sup>24</sup> Conforme Dario Melossi (prefácio do livro *A miséria governada através do sistema penal*, de Alessandro De Giorgi).

<sup>25</sup> LÜDERSSEN, 2005, p. 104.

discursivos para barrar as políticas favoráveis à expansão do direito penal na direção dos novos e modernos espaços, dentre os quais se destacam: I) as entidades aí protegidas não estariam compreendidas no conceito de “bem jurídico-penal”, próprio de um pequeno círculo de interesses primários, palpáveis, concretos e delimitáveis, estreitamente relacionados ao desenvolvimento da personalidade humana e à idéia da existência de “vítimas de carne e osso”<sup>26</sup>; II) para a ofensa aos bens denominados de “transindividuais” (institucionais, coletivos, difusos), seria mais apropriado a utilização de outros meios de controle social não-jurídicos (o “mercado” e o “próprio cuidado da vítima”, por exemplo), bem como novas formas de controle estatal, como o direito administrativo, o direito de intervenção etc.<sup>27</sup>; III) se o direito penal for utilizado para a proteção desses bens, as tradicionais garantias liberais do Estado de Direito serão liquidadas, ao menos relativizadas, dentre as quais o próprio princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, dado que não se trata de concretos “bens jurídico-penais”, mas sim de vagas e indeterminadas “funções” (proteção de instituições, de modelos de organização social, de unidades funcionais de valor etc.).

#### 4 A modernização do direito penal

Esses enunciados, gestados principalmente a partir da Escola Penal de Frankfurt e amplamente dominantes no meio acadêmico, inclusive nos países ocidentais ditos periféricos, começaram a ser

---

<sup>26</sup> Esse enunciado está, particularmente, presente nas obras de Wilfried Hassemer (1993; 1998, p. 37-41; 1994, p. 41-51; 1998, p. 25-30).

<sup>27</sup> Segundo as palavras do próprio Hassemer (1992, p. 236-249): “De mayor importancia es que el Derecho Penal se despoje de problemas que ha entrado en época reciente. El Derecho de las contravenciones, el derecho civil, el derecho administrativo, pero también el *mercado y el propio cuidado de la víctima* son ámbitos a los cuales se podrían desplazar muchos de los problemas que han sido asumidos por el Derecho Penal y que harían mejor quedándose fuera”.

refutados, em especial por serem incapazes de se adaptar às recentes mudanças político-criminais, como também por ignorarem as diferenças existentes entre os vários movimentos que proclamam a expansão qualitativa e a modernização do direito penal. Para Bernd Schünemann, quiçá o maior crítico dos penalistas de Frankfurt, a postura de se criar trincheiras contra a modernização do direito penal revela-se inadequada, pois “a indiscutível modernização da sociedade também abarca naturalmente a conduta desviada, o que levaria a uma modernização da criminalidade e, com isto, a uma irrecusável e correspondente modernização do direito penal”<sup>28</sup>. Uma das alternativas propostas para o direito penal do presente adquirir a condição de “moderno”, distinguindo-se do “direito penal liberal”, por muitos chamado de “clássico”, passa pelo reconhecimento da existência e da importância dos bens jurídico-penais transindividuais (macroconceito que alberga todos aqueles bens jurídicos que se caracterizaram por não serem individuais). Embora conhecidos há muito tempo<sup>29</sup>, são bens cuja existência encontra-se estreitamente vinculada a fenômenos relativamente recentes, dentre os quais se destacam: o “Estado social e democrático de direito”, a “globalização” e a “sociedade de risco”, denominações estas representativas da atual evolução das estruturas socioestatais e dos sistemas econômicos e tecnológicos. Trata-se de bens dotados de feições mais solidaristas, que escapam à tradição eminentemente liberal, inserindo o indivíduo numa dimensão comunitária, garantindo-lhe condições para poder ostentar papel participativo nas ações sociais. Sua proteção pelo direito penal revela-se tanto digna quanto necessária, visto que encontra res-

<sup>28</sup> Conforme Bernd Schünemann (apresentação do livro *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, de Luis Gracia Martín).

<sup>29</sup> Os “bens jurídicos” de Birnbaum eram situações fáticas permeadas de valor que pertenciam tanto a uma pessoa determinada quanto a toda a coletividade.

sonância legitimadora na atual realidade sociocultural ou, como preferem os constitucionalistas, na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos<sup>30</sup> – particularmente visíveis na Constituição brasileira –; bem como porque, desde uma visão global e integradora dos diferentes instrumentos jurídico-positivos que coadjuvam a conformar uma coerente e sólida política criminal, pode-se afirmar que aqueles mecanismos chamados a intervir antes do direito penal ainda se revelam insuficientes e ineficazes para tanto.

Nesse particular, não se encontra no direito administrativo ou na sua fórmula aperfeiçoada, chamada por Hassemer de “direito de intervenção”, uma saída totalmente adequada para a proteção dos bens transindividuais. As dificuldades de persecução e de determinação do objeto de proteção seriam as mesmas, com o inconveniente de se estar enfrentando condutas altamente danosas às pessoas e à sociedade com um “direito” que ainda não tem seu instrumental e suas estruturas suficientemente conhecidas e testadas e que, ademais, será menos garantístico que o próprio direito penal. “Subtrair à tutela penal precisamente as condutas mais gravosas à sociedade e pensar que o sancionamento das ofensas *hoc sensu* inadmissíveis possa ser atribuído a sanções administrativas” seria, conforme Figueiredo Dias, uma “burla de etiquetas”, um “pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade ou de *ultima ratio* de pernas para o ar”<sup>31</sup>. Para bem ilustrar essa situação, imagine-se alguns atos que hoje são tidos – tipificados – como graves crimes econômicos (colarinho branco, lavagem de dinheiro sujo, evasão fiscal) ou como graves crimes ambientais (reiterados derramamentos de óleo nos rios e oceanos) sendo totalmente relegados à análise do direito administrativo. Além de banalizar fatos altamente danosos e evitar

---

<sup>30</sup> DIAS, 2001, p. 58.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 49-50.

aos agentes infratores qualquer impacto traumático com a justiça penal – uma menor ingerência na esfera pessoal dos autores desses ilícitos, aliás, parece ser a única vantagem do “direito de intervenção” proposto por Hassemer –, essa transferência significaria dupla lesão à sociedade. Num primeiro momento, os cidadãos seriam chamados a suportar diretamente as conseqüências dos mencionados atos criminosos, para, depois, serem chamados a satisfazer indiretamente as sanções aplicadas aos infratores. Isso ocorrerá porque, se, diante dos mencionados eventos danosos, optar o operador do direito administrativo pela aplicação de uma “multa” – que pode até ser expressiva, se a administração pública não for corrupta<sup>32</sup> –, não será essa satisfeita pela pessoa física do dirigente, mas sim pela empresa em nome da qual e em cujo interesse ele agiu. Assim, não é preciso nenhum esforço para imaginar que esse “custo do negócio” será posteriormente transferido à sociedade – aos consumidores – por meio de um aumento de preços nos produtos ou serviços ofertados pela empresa infratora. Se a sanção administrativa for ainda mais rigorosa, com a “interdição do negócio”, por exemplo, maiores ainda serão os efeitos a serem suportados pela sociedade, a qual será chamada a responder pelo passivo da empresa infratora, já por certo bem maior do que seus ativos<sup>33</sup>.

Além da constituição de novos objetos de proteção, a moder-

---

<sup>32</sup> Segundo Silva Sánchez (2002, p. 61), “[...] no que se refere ao Direito Administrativo, o recurso ao princípio de oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos). Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies”.

<sup>33</sup> Já a sanção criminal, conforme Filippo Sgubbi (1975, p. 460), “data la sua non assimilabilità ai costi di produzione, non può essere assorbita e trattata allà luce di quelle regole economiche que governano questi: non potrà essere coperta da interventi assicurativi, non potrà essere trasferita sui consumatori, e così via”.

nização do direito penal dar-se-á quando forem incorporadas ao seu discurso todas as formas de criminalidade, inclusive aquela oriunda da chamada “classe poderosa”, cujos integrantes têm sido capazes de iludir a persecução penal (em todos os seus níveis) mediante assessoramento técnico somente acessível a pessoas com seu nível econômico e respaldo político, que explora de maneira abusiva algumas garantias e princípios liberais do direito e do processo penal, até mesmo por apresentarem definições altamente fluídicas, como é o caso, por exemplo, do princípio da intervenção mínima. Segundo afirma Díez Ripollés, é preciso abandonar a argumentação do mero terreno dos princípios e descer a discursos nos quais as alternativas defendidas estão mais bem apoiadas em dados empírico-sociais, retomando com decisão os esforços a favor de uma modernização do direito penal, isto é, de uma ampliação da intervenção penal a âmbitos socioeconômicos e de interesse comunitário até há pouco considerados alheios à política criminal. O caráter essencial dos interesses protegidos e a exigência constitucional de igualdade no trato de todos os cidadãos, completa Díez Ripollés, obrigam a incorporar a criminalidade dos poderosos ao acervo das condutas, objeto de consideração do direito penal. Há de liberá-lo do estigma de ser o direito dos pobres e há de assegurar que cumpra realmente sua função, a de ser um direito orientado a salvaguarda dos pressupostos essenciais para a convivência das pessoas<sup>34 e 35</sup>. Não se trata, portanto, como já

---

<sup>34</sup> Díez RIPOLLÉS, 2004, p. 32.

<sup>35</sup> Bauman (Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, 1972; ou em *Strafrecht im Umbruch*, Luchterhand, Neuwied y Darmstadt, 1977, p. 55), como um dos idealizadores dessa proposta, afirma que “non sarà un compito facile penalizzare finalmente nell’ambito del diritto penale condotte socialmente dannose, che sconvolgono la comunità più intensamente del furterello de un borseggiatore. Ma questo compito va assolto. *Il codice penale non può più essere un codice per i poveri e per gli stupidi*, ai quali non viene in mente nulla di meglio che infilare goffamente lê mani nelle tasche del prossimo” (apud MOCCIA, 1995, p. 348) [o destaque não está no original].

se anteciparam a afirmar alguns autores de Frankfurt<sup>36</sup> com ressonância no Brasil, de uma simples “troca de inimigo” (do “excluído” para o “poderoso”), mas sim de alocá-los com igualdade perante o direito penal. Isso implica, dentre outras medidas, o fim das chamadas “seletividade” e “especialização” (de agentes, de condutas ou de foros), as quais são concebidas sob o discurso do aperfeiçoamento da persecução criminal, mas na prática acabam quase sempre se revelando privilégios não reconduzíveis a todas as pessoas.

Poder-se-ia objetar que esse direito penal moderno, calcado substancialmente na constituição de novos objetos de proteção e numa mudança de perspectiva para determinada classe social, infringiria o conceito de Estado de Direito, bem como iria de encontro a certos princípios fundamentais do direito penal liberal. Ocorre que, entre as garantias liberais e o conceito de Estado de Direito, não se deve estabelecer nenhuma relação de causalidade e de reciprocidade absoluta. Como lembra Gracia Martín, com amparo em Nietzsche, tanto o Estado de Direito como as garantias políticas e penais são entidades que não possuem origem (enquanto continuidade metafísica), não são produtos de nenhuma evolução natural, mas, sim, conceitos inventados (enquanto ruptura histórica)<sup>37</sup>. Assim, entre Estado de Direito e garantias penais liberais somente é possível formar uma síntese *a posteriori*, cuja validade dependerá absolutamente da permanência das condições históricas de sua possibilidade. Na atualidade, segundo ainda Gracia Martín, já não se dão em absoluto essas condições, senão outras que unicamente podem dar lugar a uma compreensão social e democrática das garantias políticas e penais do Estado de Direito<sup>38</sup>. Desse modo, todos os bens, todos os enunciados, proposições e instrumentos

---

<sup>36</sup> Nesse sentido, PRITWITZ, 2004, p. 44.

<sup>37</sup> GRACIA MARTÍN, 2003, p. 207.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 208.

dogmáticos e político-criminais do direito penal devem estar de acordo com as garantias políticas do Estado social e democrático de direito e não com as garantias políticas e penais do Estado liberal (cujo discurso funcionava para as classes subalternas apenas de modo formal, já que, materialmente, atuavam como instrumentos de classificação, disciplina e repressão). Como no Estado social e democrático de direito as garantias penais devem ser interpretadas plenas de conteúdos materiais de igualdade e de justiça social, não há como desqualificar a expansão qualitativa e, por consequência, a modernização do direito penal. Sob as diferentes e sucessivas ordens sociais e constitucionais, enfim, não se podem ter as garantias individualistas presentes no sistema e no ordenamento penal como algo plenamente realizado, mas sim como algo em construção, como um ideal a ser perseguido, o que não se coaduna com as propostas de uma volta ao velho direito penal liberal.

Nesse sentido, se tomado o princípio da exclusiva tutela de bens jurídico-penais, hoje é possível também entendê-lo como critério para exigir a intervenção do direito penal, e não somente como instância limitadora dessa intervenção, como aconteceu na sua gênese. Cumpre, pois, não somente uma função conservadora, mas também uma função propulsora, convertendo-se em uma entidade dinâmica que não se esgota na cristalização de situações e relações existentes. Para a norma penal, o bem jurídico não é somente um ponto de partida, pode representar também uma meta, um ponto de chegada<sup>39</sup>. Se essas duas funções axiológicas forem

---

<sup>39</sup> O próprio Hassemer (2007, p. 194-195), embora sem defendê-la, aponta essa característica do “direito penal moderno”: “A proteção do bem jurídico torna-se, no direito penal moderno, de um conceito negativo para um conceito positivo da incriminação. O que foi formulado classicamente como crítica ao legislador, o qual não poderia se reportar à proteção de um bem jurídico, torna-se, a partir de agora, em um apelo a ele, legislador, para que este imponha uma pena a determinados tipos de comportamento. Com isso, o princípio da proteção do bem jurídico se

observadas, aberta estará a possibilidade de uma revisão crítica da norma sancionadora, como de todo o ordenamento penal, em um duplo processo de discriminação de certas condutas cujo tratamento penal perdeu vigência social e, por outra parte, de incriminação de outras condutas que, dentro da dinâmica do processo social, necessitam de tratamento penal. De qualquer sorte, ao haver a formulação de novos bens jurídico-penais, especialmente quando dotados de feições não individuais, entende-se ser absolutamente necessário um contínuo esforço de concreção, delimitando mais precisamente possível os seus contornos. É consenso impor-se uma compatibilidade adequada entre a descrição empírica das realidades sociais merecedoras de proteção jurídica penal com uma delimitação conceitual aceitável, nos estritos termos da dogmática penal. A elaboração de um conceito de lesão material ou danosidade dos bens transindividuais, cumprindo as exigências dogmáticas, permitiria substituir, em um bom número de casos, as muitas questionáveis estruturas típicas de perigo (hoje tão generalizadas em relação com esses objetos de tutela) por outras mais garantísticas de resultado material.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. 267 p.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000. 100 p.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

---

modifica totalmente [...] se transforma de uma proibição condicionada de punição para um mandamento de punição, de um critério negativo para um critério positivo de uma incriminação mais correta”.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 128 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 06-03, 2004. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> Acesso em: 23 out. 2006.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002. 671 p.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005a. 543 p.

———. *História da sexualidade*. 16. ed. São Paulo: Graal, 2005b. t. 1. 152 p.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Problemas actuales de la criminología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social em la sociedad contemporanea*. Barcelona: Gedisa, 2001. 461 p.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. 219 p.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha: Praxis, ano 1, n. 1, p. 37-41, 1998.

\_\_\_\_\_. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Ministerio de Justicia, t. 45, fasc. 1, p. 236-249, ene./abr. 1992.

\_\_\_\_\_. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

\_\_\_\_\_. Limites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, p. 25-30, jul./set. 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 244 p.

IRWIN, John. The jail: managing the underclass. Apud WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 2000. 85 p.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. 102 p.

LÜDERSSEN, Klaus. *Il declino del diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2005. 164 p.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1998. 445 p.

MOCCIA, Sergio. Dalla tutela di beni allà tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, v. 38, n. 2, p. 343-374, apr./giug. 1995.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 154 p.

SGUBBI, Filippo. Tutela penale di “interessi difusi”. *La questione criminale*. [S.l.]: [s.n.], 1975. p. 439-481.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*, Madrid, t. 43, fasc. 1, p. 5-27, ene./abr. 1990.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. 160 p.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 314 p.



## O parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 7.492/1986: considerações

Claudio Fonteles\*

**1.** Motiva-me ao presente escrito recente julgado da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, adotado no HC n. 88.087, cuja ementa, redigida pelo relator, ministro Sepúlveda Pertence, é do seguinte teor, *verbis*:

EMENTA: I. *Habeas corpus*: prescrição inócurrenre, no caso, repelida, ademais, pela jurisprudência do Tribunal, a denominada prescrição antecipada pela pena em perspectiva. Precedentes.

II. *Habeas corpus*: inviabilidade para o exame da alegação de ausência de base empírica para a denúncia, que a instrução do pedido não permite e que, de qualquer modo, demandaria a ponderação dos elementos de informação, à qual não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*.

III. *Denúncia: inépcia: atipicidade da conduta descrita (C. Pr. Penal, art. 43, I): suposta prática de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país – delito previsto no art. 22 da L. 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco) – em decorrência de cessão ou transferência de “passe” de atleta profissional para entidade desportiva estrangeira.*

1. Não se irroga ao paciente – simples procurador do atleta a ser cedido – a participação em nenhuma “operação de câmbio”, nem o valor negocial do “passe” de um jogador de futebol pode ser reduzido ao conceito de mercadoria e caracterizar ativo financeiro objeto de operação de câmbio.

---

\* Claudio Fonteles é professor e Subprocurador-Geral da República.

2. No tocante à figura delineada na parte final do parágrafo único do artigo 22 da L. 7.492/86, é manifesto que não cabe subsumir à previsão típica de promover a “saída de moeda ou divisa para o exterior” a conduta de quem, pelo contrário, nada fez sair do País, mas, nele, tivesse deixado de internar moeda estrangeira ou o tivesse feito de modo irregular.

3. De outro lado, no *caput* do art. 22, a incriminação só alcança quem “efetuar operação de câmbio não autorizada”: nela não se compreende a ação de quem, pelo contrário, haja eventualmente, introduzido no País moeda estrangeira recebida no exterior, sem efetuar a operação de câmbio devida para convertê-la em moeda nacional.

4. Da hipótese restante – a de que a parcela dos honorários do procurador do atleta não declarada à Receita Federal se houvesse mantido em depósito no exterior – objeto de incriminação na parte final do parágrafo único do art. 22 da L. 7.492/86 –, só se poderia cogitar se a denúncia se fundasse em elementos concretos de sua existência, à falta dos quais adstringiu-se a aventar suspeita difusa, da qual não oferece, nem pretende oferecer, dados mínimos de concretude.

IV. *Habeas corpus* deferido, para trancar o processo em curso contra o paciente (*fls.* 203/204 do HC n. 88.087, grifos do original).

**2.** A bem compreender o tema, mister apresentar os termos da denúncia, até porque, e como visto, foi a mesma desfeita por pretensão acolhida sobre sua atipicidade. Disse a denúncia, na apresentação dos fatos, *verbis*:

#### DOS FATOS

No ano de 1992, o atleta de futebol BEBETO, terceiro denunciado, que à época tinha seu passe vinculado ao Clube de Regatas Vasco da Gama, foi negociado para o Real Club Desportivo de La Coruña, sediado na Espanha.

O valor da transação, conforme atestam o contrato de cessão do atestado liberatório do atleta e seu termo aditivo (fls. 72/73 do Procedimento Administrativo do Banco Central, inserto no Apenso 1), foi de *US\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil dólares)*, que seriam pagos *pelo clube espanhol ao Vasco da Gama*, da seguinte forma:

- cem mil dólares a título de sinal e primeiro pagamento;
- quinhentos mil dólares, *a serem repassados pelo Vasco da Gama* ao então procurador do atleta, o denunciado JOSÉ MORAIS;
- setecentos e cinquenta mil dólares, *a serem repassados pelo Vasco da Gama* ao atleta BEBETO;
- um milhão, cento e cinquenta mil dólares, como complemento do pagamento.

Instado a comprovar a regular internação dos valores supra, o Clube de Regatas Vasco da Gama somente comprovou o ingresso de *US\$ 1.150.000,00 (um milhão, cento e cinquenta mil dólares)* – fls. 66/70 do Procedimento Administrativo do Banco Central, inserto no Apenso 1, alegando quanto aos demais valores:

- que os cem mil dólares de adiantamento foram pagos em moeda nacional;
- que os valores devidos ao procurador e atleta foram pagos diretamente pelo clube espanhol no exterior.

A prova produzida no curso do Inquérito Policial parece indicar que os valores devidos aos denunciados JOSÉ MORAIS e BEBETO teriam a eles sido pagos no exterior, o que, todavia, não restou comprovado por documentação hábil, e, ainda que o fosse, não descaracterizaria o ilícito contra o sistema financeiro nacional praticado.

O art. 1º do Decreto 23.258/33 estabelece que “*são consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no País, com quaisquer entidades do exterior, quando tais operações não transitem pelos bancos habilitados a operar em câmbio*”.

Expressava a determinação legal Ofício encaminhado pelo Banco Central do Brasil à Confederação Brasileira de Futebol, datado de 20 de agosto de 1987 (fls. 52/54), no qual consta, em seu item 3, I, a seguinte orientação:

“quando da negociação de passes de atletas profissionais com clubes do exterior, que deverá ser sempre em moeda estrangeira, *a sua conversão em moeda nacional ocorrerá tempestivamente através de banco autorizado a operar em câmbio no País*. Na oportunidade ou, no máximo, até 15 (quinze) dias da negociação com o banco autorizado, *a entidade vencedora do passe do atleta deverá apresentar, a este Banco Central, o contrato de câmbio pertinente*”.

Assim, por expressa definição legal, a operação havida entre os clubes espanhol e brasileiro, e, mesmo por hipótese, entre o clube espanhol e os denunciados JOSÉ MORAIS e BEBETO, haveria de obedecer o regramento estabelecido na norma citada, em se tratando, o Vasco da Gama e os denunciados acima referidos, de *pessoas domiciliadas no Brasil*. Se assim não se procedeu, à toda evidência, caracterizaram-se operações de câmbio não autorizadas, com o flagrante propósito de promover a evasão de divisas do país, uma vez que parte do ativo financeiro até então existente no país, qual seja, o “passe” do jogador BEBETO, foi transferido ao exterior, à margem da fiscalização cambial e tributária.

Saliente-se, por oportuno, que a alegação do clube brasileiro de que percebera o equivalente a cem mil dólares em moeda nacional não o eximiria da obrigação de apresentar o contrato de câmbio pertinente à operação, mesmo porque a entidade pagadora, como

referido, é domiciliada no exterior, sendo possível, e até provável, que tal importância não tenha sequer ingressado no país, permanecendo no exterior protegida dos órgãos de fiscalização nacionais.

Cabe destacar, por oportuno, que os reais valores envolvendo a negociação do denunciado BEBETO afluíram a partir de desentendimentos havidos entre ele e um antigo procurador, LEVI LAFETÁ, e também entre ele e o denunciado JOSÉ MORAIS, que geraram a demanda judicial de n. 18990, que teve curso na 11ª Vara Cível da comarca da capital.

Se não tivessem ocorrido tais desentendimentos, muito provavelmente o recebimento dos valores devidos ao atleta e seu procurador seriam omitidos da fiscalização. Diz-se isso porque, ainda no ano de 1991, teria sido lavrado entre os clubes já citados, o atleta e seu procurador o documento cuja cópia se encontra à fl. 47, em que é avençado como preço da transação a importância de US\$ 1.250.000,00 (*um milhão, duzentos e cinquenta mil dólares*), ou seja, justamente a parte que coube, efetivamente, ao Vasco da Gama, *omitindo-se os valores que seriam percebidos pelos acusados JOSÉ MORAIS e BEBETO*, havendo notícias, que hão de ser confirmadas, que aquele documento fora o apresentado à Confederação Brasileira de Futebol para a regularização da transferência do atleta.

Com a não comprovação, por parte do Vasco da Gama, da regular internação dos valores remanescentes da transação de dois milhões e quinhentos mil dólares (tendo em vista que só se comprovou a internação de um milhão, cento e cinquenta mil dólares), ou seja, *um milhão, trezentos e cinquenta mil dólares*, havendo, repise-se expressa disposição contratual que caberia ao Vasco da Gama repassar os valores devidos aos denunciados BEBETO e JOSÉ MORAIS, sendo certo que, em se tratando de negociações entre nacionais, domiciliados no Brasil, forçoso seria o curso da moeda nacional, o que somente poderia ocorrer após realizada a devida operação cam-

bial, houve por bem o Banco Central do Brasil de entender caracterizada infração ao dispositivo legal acima referido, impondo multa de 100% do valor em dólares, equivalente em moeda nacional, cuja internação não foi comprovada, decisão esta mantida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (*fls. 130/133* do HC n. 88.087, grifos do original).

**3.** O que impressiona o ministro Sepúlveda Pertence, fazendo-o sustentar a inépcia da peça acusatória (voto à *fl. 190*), é a *circunstância* de que o chamado “passe” do jogador de futebol “não pode ser reduzido ao conceito de mercadoria e caracterizar ativo financeiro objeto de operação de câmbio” (*item III, n. 1*, da ementa à *fl. 203 – HC n. 88.087*).

**4.** Assim fundamentou dita asserção, *verbis*:

17. Na imputação de fatos veiculados pela denúncia – que demarcaria o objeto material do processo condenatório instaurado –, não se irroga ao paciente – que figura no *imbróglío* como simples procurador do atleta a ser cedido – a participação em nenhuma “*operação de câmbio*”, que é escambo de moeda brasileira ou papel nela aqui conversível por moeda estrangeira ou papel nela conversível no exterior.

18. Dispensa demonstração que “*a cessão ou transferência do atleta profissional para a entidade de prática desportiva estrangeira*” [Lei n. 6.815/1998 (Lei Pelé), art. 40] – que está sujeita apenas às “*instruções expedidas pela entidade nacional do título*” – não constitui “*operação de câmbio*”, o que basta para afastar, na espécie, a incidência do *caput* do art. 22 da lei dos crimes contra o sistema financeiro sobre a cooperação do paciente na “*venda do passe*” de Bebeto para o exterior.

19. Certo, o parágrafo único do mesmo art. 22 comina sanção penal idêntica à do *caput* a outra conduta que não reclame a efetivação de operação de câmbio:

*Art. 22 [...]*

*Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior [...]*

20. “As elementares a qualquer título” – observam *Schmidt e Feldens* [A. Z. Schmidt, L. Feldens, ob. cit., p. 175] conforme a opinião consensual dos autores [M. P. Pimentel, ob. cit., p. 158; R. Tigre Maia, ob. cit., p. 136; Guilherme Nucci, *Leis penais e processuais penais comentadas*, ed. RT, 2006, p. 724] – “fazem expor que desimporta a forma pela qual a saída ilegal de moeda ou divisas tenha sido praticada, seja mediante prévia operação de câmbio ou não [...]”.

21. Cuida-se, é verdade, de um tipo penal cuja realização, atualmente, está posta em xeque, dada a inexistência, no ordenamento brasileiro em vigor, da exigência de prévia autorização administrativa à saída do País de importâncias que superassem certo valor [José Carlos Tórtima, Fernanda Lara Tórtima, *Evasão de divisas*, Lumen Juris, 2006, p. 28].

22. Uma vez mais, não importa: “*passé*” de atleta profissional, no mercado – nacional ou internacional – afora considerações sobre o princípio da “*dignidade da pessoa humana*” – jamais se poderia reduzir ao conceito de mercadoria, na medida em que se subordina a sua cessão ou transferência – a teor do art. 38 da Lei Pelé – à “*formal e expressa anuência*” do atleta cujo vínculo desportivo é cedido ou transferido.

23. De qualquer sorte, mercadoria ou vínculo contratual sujeito à venda ou cessão internacionais não se convertem, por isso, em *moeda* ou *divisa*, de modo a configurar o objeto material do delito cogitado.

24. Existe – já se notou – passagem da denúncia, segundo a qual o “*passé*” do jogador BEBETO constituiria “*ativo financeiro até então existente no país*”, que “*foi transferido ao exterior, à margem da fiscalização cambial ou tributária*”.

25. A refutação dessa assertiva da denúncia tem a dificuldade de todo ensaio de demonstração do óbvio, “*tarefa penosa e sem termo*”, como acentuou Francisco Campos.

26. Afora a própria moeda, nacional ou estrangeira, e os títulos nela conversíveis, nenhuma relação obrigacional ou mercadoria pode constituir objeto material de uma operação de câmbio, salvo o ouro, “*quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial*” (CF, art. 153, § 5º) [Emílio Garofalho Filho, ob. cit., p. 161]:

jamais, portanto, o valor negocial do “*passé*” de um jogador de futebol ainda quando se cuidasse – o que não é o caso de BEBETO – do que ficou conhecido como “*o Canhotinha de Ouro*” [...]

27. Na espécie, portanto, moeda só aparece no estrangeiro, do que foi ou se alega ter sido o pagamento do preço da transferência pelo clube espanhol, parte ao cedente – o *Vasco da Gama* –, parte ao atleta cedido e a terceira parcela ao seu procurador, o paciente, esta, no montante de quinhentos mil dólares.

28. Sem nada conhecer do mercado da transferência internacional de jogadores de futebol, não silencie o meu espanto pelo montante reservado na transação – que totalizou dois milhões e quinhentos mil dólares – à remuneração de US\$ 500.000,00 ao procurador do atleta [...]

29. O que, no ponto, a denúncia põe em dúvida é que toda essa quantia tenha sido internada no País pelo paciente, que só declara ao Imposto de Renda guardar consigo, em espécie, US\$ 150.000,00.

30. Mas, de duas uma: a) ou o paciente não teria recebido os 500 mil dólares, mas apenas os 150 mil declarados; b) ou, tendo recebido os 500 mil, deles só teria internado 150 mil, mantendo o restante no exterior: em qualquer das hipóteses, contudo, só haveria cogitar de crimes contra a *ordem tributária*, os quais, entretanto – até por falta de elementos concretos de informação –, a denúncia assevera explicitamente não imputar ao paciente.

31. Ora, se não se atribui ao paciente a prática ou a cooperação na prática de infração penal *tributária*, o certo é que também não cabe cogitar do enquadramento da imputação contra ele dirigida – seja na interinação clandestina, seja no eventual depósito não declarado no exterior de parte dos honorários recebidos – nos tipos legais de crimes contra o sistema *financeiro*.

32. No tocante à figura delineada na parte final do parágrafo único do art. 22 da L. 7.492/86, é manifesto que não cabe subsumir à previsão típica de promover a “saída de moeda ou divisa para o exterior”, a conduta de quem, pelo contrário, nada fez sair do País, mas, nele, deixou de internar moeda estrangeira ou o fez, mas de modo irregular (*fls. 196/200 – HC n. 88.087*).

**5.** Todavia, comentando a *primeira parte do parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 7.492/1986*, diz José Carlos Tórtima, *verbis*:

A leitura da primeira parte do parágrafo único do dispositivo em exame não apresenta qualquer ambigüidade, deixando claro que o crime ali contemplado só terá garantida sua configuração típica quando o agente promover a *saída* de moeda ou divisa para o estrangeiro e desde que inobservada, quando for o caso, a exigência de prévia autorização legal para a remessa do recurso ao exterior. Assim, sempre que o agente, *a qualquer título, ou por qualquer meio, venha a remeter, clandestinamente, divisas para o exterior, violando os normativos* que eventualmente estabeleçam a necessidade de *prévia autorização do Banco Central para a realização de tais operações* [Já sustentamos alhures que a aplicabilidade das normas penais sob comentário encontra-se hoje grandemente esvaziada, mercê da notável liberalização do regime cambial brasileiro que abandonou a rigidez, outrora imperante, com relação à remessa ou transporte de dinheiro para o exterior (cf. TÓRTIMA, José Carlos, *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, ed. Lumen Juris, 2000, p. 143)], configurado estaria, em princípio, o injusto sancionado na primeira parte do *parágrafo único do art. 22 da Lei do Colarinho Branco*.

Inúmeras são as hipóteses que poderiam redundar em tal incidência típica. Modalidade freqüente de evasão de divisas é o *superfaturamento* nas importações, ardil consistente em fazer constar, na documentação própria, preço superior ao efetivamente pago ao exportador e a conseqüente remessa ao exterior de numerário em moeda estrangeira, além do necessário para adquirir a mercadoria importada pelo negociante brasileiro (saída de divisas, portanto) *ficando a diferença à disposição desse último, fora do País*.

Enfim, o crime de evasão de divisas, e é dele que trata a primeira parte do *parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/86*, aperfeiçoa-se quando o agente promove, *não importa por qualquer motivo (a qualquer título)*, a *saída* de moeda ou divisa para o exterior, sem a prévia autorização legal (se e quando estabelecida esta autorização pelos normativos que disciplinam a matéria) (TÓRTIMA, 2002).

**6.** E a denúncia bem realçou *normativo* do Banco Central, encaminhado por ofício à Confederação Brasileira de Futebol, a dizer

que em toda e qualquer negociação de passe de atleta com o exterior *imperativa, verbis*:

quando da negociação de passes de atletas profissionais com clubes do exterior, que deverá ser sempre em moeda estrangeira, *a sua conversão em moeda nacional ocorrerá tempestivamente através de banco autorizado a operar em câmbio no País*. Na oportunidade ou, no máximo, até 15 (quinze) dias da negociação com o banco autorizado, a *entidade vendedora do passe do atleta deverá apresentar, a este Banco Central, o contrato de câmbio pertinente* (transcrição à fl. 400 dos autos do HC n. 88.087, grifos do original).

**7.** Porque “a negociação de passes” *deve sempre acontecer* em moeda estrangeira, para que seja *sempre internalizada* a quantia em nosso país, o valor da venda do passe *necessariamente* há de ocasionar a *conversão do recebido*, pelo clube domiciliado em nosso país, no caso o Vasco da Gama, *para nossa moeda, impondo-se* ainda, à agremiação futebolística, a apresentação ao Banco Central “do contrato de câmbio pertinente”.

**8.** E por que assim?

**9.** *Justo a que se impeça a evasão de divisas.*

**10.** Com efeito, acontecendo a negociação do passe *de atleta futebolístico de clube brasileiro* com clube sediado no exterior, o valor pago por este, e recebido pelo clube brasileiro aqui sediado, porque *obrigatoriamente expresso em moeda estrangeira, submete-se a contrato de câmbio à internalização do valor recebido, no nosso sistema financeiro*, daí a *impostergável* comunicação ao Banco Central do negociado, sob pena de, *ocultando-se o acontecido* (“a qualquer título”), *promover-se a saída de moeda que, em nosso país, deveria estar internalizada.*

**11.** Há, portanto, equívoco, *data venia*, do ministro Sepúlveda Pertence ao dizer, *verbis*:

26. Afora a própria moeda, nacional ou estrangeira, e os títulos nela conversíveis, nenhuma relação obrigacional ou mercadoria pode constituir objeto material de uma operação de câmbio, salvo o ouro, “quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cam-

*bial*” (CF, art. 153, § 5º) [Emílio Garofalho Filho, ob. cit., p. 161]: jamais, portanto, o valor negocial do “*passé*” de um jogador de futebol ainda quando se cuidasse – o que não é o caso de BEBETO – do que ficou conhecido como “*o Canhotinha de Ouro*” [...] (*item 26, do voto a fls. 198/199*).

**12.** E que o ministro, até pelo jocoso registro que fez ao atleta do São Paulo Futebol Clube, *Canhotoiro*, “*o Canhotinha de Ouro*”, *identifica o passe com o próprio atleta*, assim a entender-se igual observação sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, como respaldada no *item 22* do seu voto à *fl. 198*, quando, repito, *tais considerações passam ao largo, por completo, da controvérsia em exame, data venia*, que se centra na compreensão de que *a negociação de passe de atleta futebolístico por seu clube*, em nosso país sediado, com clube sediado no exterior formaliza-se *sempre* em moeda estrangeira, *que deve ser internalizada no sistema financeiro nacional, tudo sob fiscalização do Banco Central*, daí por que *qualquer ocultação do negócio em si, ou de etapas do negócio*, a fazer com que *da internalização e do controle escape este, ou aquele, dos beneficiários da negociação redunde em clara evasão, fuga, portanto, do que deveria ser, insisto, internalizado*.

**13.** “*Promove-se a saída de moeda para o exterior, a qualquer título*”, tanto na modalidade freqüente de superfaturamento nas importações quanto *na não-internalização do que se negocia em nosso país, necessariamente em moeda estrangeira*, do que é exemplo a negociação do passe de atleta futebolístico profissional com o exterior, visto que *a saída de moeda, se é comum, concretiza-se no desfaltar, remetendo-se para fora*, o que deve permanecer internalizado, *também se constata, perfeitamente, no manter fora, o que deve ser internalizado*, porque para o tipo penal examinado o que é definitivo *é que a conduta, levada a cabo por todos os que dela se beneficiem*, na condição que ostentem de dirigente de clube futebolístico, atleta, ou procurador de atleta, traduza *fraude ao sistema financeiro nacional consistente na fuga de moeda ou divisa que nele deva estar internalizado*.

**14.** Eis por que, inclusive, “*o manter depósitos, no exterior, não declarados à repartição federal competente*” – segunda parte do parágrafo único do artigo 22 – também insere-se como conduta

típica, justo a que se possa saber se tais depósitos devam ser internalizados em nosso sistema financeiro nacional ou não.

### **Referência**

TÓRTIMA, José Carlos. Subfaturamento nas exportações e a conduta típica do art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86. *Boletim IBCRIM*, ano 10, n. 118, p. 8-9, set. 2002.

# Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas



# Reflexos da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel à luz do Pacto de São José da Costa Rica: uma visão doutrinária e jurisprudencial

Leandro Ambros Gallon\*  
Caroline Ribeiro Bianchini\*\*  
Reynaldo Camargo Mello\*\*\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Da prisão civil do alienante fiduciário. 3 Do insculpido na Convenção Americana de Direitos Humanos. 4 A nova hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Magna Carta. 5 A posição clássica do Supremo Tribunal Federal acerca do patamar dos tratados internacionais humanitários: *status* de lei ordinária. 6 Da equiparação dos tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais. 7 Das normas internacionais de direitos humanos com caráter de supralegalidade. 8 Da incorporação com *status* constitucional dos tratados humanitários. 9 Das distinções entre um tratado ser formalmente constitucional e materialmente constitucional. 10 Dos tratados humanos internacionais e das cláusulas pétreas. 11 Do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (princípio do *pro omnes*) e da teoria do *dialogue des sources*. 12 Conclusão.

---

\* Leandro Ambros Gallon é acadêmico do curso de Direito das Faculdades Integradas FACVEST.

\*\* Caroline Ribeiro Bianchini é advogada, mestre em Direito, professora de Direito Processual Civil IV nas Faculdades Integradas FACVEST.

\*\*\* Reynaldo Camargo Mello é professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica nas Faculdades Integradas FACVEST, bacharel em Direito, especialista em Docência no Ensino Superior e mestre em Educação.

## 1 Introdução

O aprofundamento em apreço visa avaliar as implicações trazidas ao ordenamento jurídico pátrio no tocante à prisão civil por dívida do depositário infiel no caso de alienação fiduciária em garantia. É essencial separar os regimes em referência – depósito e alienação fiduciária –, porquanto a discussão aprofundada gera ilações distintas. De um lado observa-se alguma admissibilidade em relação à impossibilidade da prisão (no segundo), ao passo que várias são as divergências no que concerne ao depositário “propriamente dito” (aquele por meio do qual se originou a ação depositária).

Entretanto, não apenas disso versa aludido trabalho. Em decorrência da nova hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, as repercussões englobaram, também, a prisão do depositário infiel (aquele cujo contrato anterior não era o de alienação fiduciária e sim o de depósito).

Nesse passo, além de explicitar as correntes doutrinárias hodiernas acerca do tema, uma exposição jurisprudencial também é realizada, a fim de analisar criticamente a visão dos doutos julgadores.

Outrossim, mercê de sua relevância, examina-se recente entendimento emanado de alguns ministros do excelso Supremo Tribunal Federal, cuja última notável manifestação sobreveio com voto do ministro Gilmar Mendes, no RE n. 466.343/SP, do qual se constata criação de nova posição acerca do assunto e se colaciona breve análise acerca da temática:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadim-

plente (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento).

Não obstante, pela sua complexidade e significativa repercussão entre os estudiosos, a diversificação dada ao enfoque acarreta inestimáveis conseqüências seja na prática, porquanto ataca diretamente a restrição à liberdade de locomoção do depositário infiel, seja no mundo científico, uma vez que as reflexões e inferências são imprescindíveis para a evolução da sociedade.

Por conseguinte, a pesquisa em comento demonstra explícita aplicação interdisciplinar, haja vista penetrar no direito constitucional e, sobretudo, na questão das cláusulas péticas, passando pelo ingresso no sistema jurídico brasileiro dos *pactos internacionais humanitários*, até atingir as modalidades contratuais civis.

## 2 Da prisão civil do alienante fiduciário

Para se compreender com *exatidão* o real significado da polêmica, é imprescindível partir de algumas premissas básicas acerca da modalidade contratual da *alienação fiduciária*.

A fidúcia ou *trust* é, na lição de Pereira<sup>1</sup>,

o contrato pelo qual uma das partes, recebendo da outra bens móveis ou imóveis, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, tendo a sua livre administração, embora sem prejuízo do beneficiário.

Na mesma linha, conceitua-se o *negócio fiduciário* como sendo:

o ato pelo qual se realizaria a transmissão de uma coisa ou de um direito ao fiduciário para garantir ou resguardar certos direitos, estabelecendo-se a obrigação de o adquirente efetuar sua devolução ao alienante, uma vez atendido aquele fim<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, 1978.

<sup>2</sup> DINIZ, 2005, p. 637.

A Lei n. 4.728/1965, com alteração advinda pelo Decreto-Lei n. 911/1969, introduziu a figura da *alienação fiduciária em garantia*, cujo escopo consiste na transferência, feita pelo devedor ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem, mesmo enfiteútico com garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.

Com efeito, impende alvitrar que a discussão central insere-se na redação do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/1969<sup>3</sup>, a qual dispõe haver possibilidade, por óbvio ao credor, de converter o pedido de busca e apreensão em ação de depósito, no caso de o bem alienado fiduciariamente não ser encontrado ou não se achar na posse do devedor.

Desse modo, portanto, *haveria possibilidade de se aplicar a prisão civil* deste mercê do disposto no art. 5º, LXVII, *in fine*, da Constituição da República de 1988<sup>4</sup>, *uma vez que se estaria diante de legítimo depositário infiel*. Tal aplicação prisional foi por muito tempo admitida pelo egrégio STF, *verbi gratia*, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 72.131/RJ, cuja decisão fora proferida em 23 de novembro de 1995.

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR COMO DEPOSITÁRIO INFIEL. – Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva

<sup>3</sup> “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil” [g.n.].

<sup>4</sup> “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: [...]”

LXVII – *não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*” [g.n.].

contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. – Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida (STF, HC n. 72.131/RJ, rel. min. Marco Aurélio Mello, Pleno, DJ de 23 nov. 1995).

No entanto, frisa-se que a ementa transcrita foi resultado da votação do Pleno, *totalmente distinta* da conclusão a que chegara o relator ministro Marco Aurélio, acompanhado dos ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Por consectário, em que pese o excelso pretório tenha se manifestado favorável à prisão civil mesmo em consequência da conversão anteriormente aludida, a alteração de seus membros, acompanhada de nova perspectiva sobre o tema, fez com que a tese ventilada por tais magistrados ganhasse força e novos adeptos.

Explicitado o prisma até então dominante no STF, convém examinar referida questão sob outro viés.

A nova ótica do tema encontra no julgamento cujo relator foi o ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro uma das primeiras manifestações, pronunciada em 1991, ao julgar o Recurso Especial n. 2.320/RS.

Prisão civil. Sua *impossibilidade* nos casos de depósitos *atípicos*, instituídos por “equiparação” para reforço das garantias em favor de credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito maior a liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel.

[...]

Declaro meu entendimento de que a excepcional prisão civil por dívida é limitada aos casos em que *está em perigo o valor constitucionalmente conceituado como superior ao próprio valor liberdade*, ou seja, o direito à vida, nos casos de obrigação alimentícia, e o respeito

à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia, nos casos de depositário infiel.

[...]

Entendo, todavia, neste segundo caso, que se cuide de depósito regular propriamente dito, àquele previsto no Código Civil (artigo 1.287) sob pena de, em ampliando a compreensão do contrato de depósito e ao mesmo tempo equiparando *depósitos atípicos*, estarmos a placitar, pura e simplesmente, a prisão por dívidas em surpreendente retrocesso aos tempos mais primevos do Direito Romano, ao *nexum*, a *manus injetio* (STJ, REsp. n. 2.320/RS, rel. min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, DJ de 9 set. 1991) [g.n.].

Destarte, não somente alguns doutrinadores já se manifestavam como também os Tribunais Superiores admitiam tal perspectiva.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto no aresto abaixo mencionado, faz inigualável exposição jurídica, conquanto não bastante para abarcar a quantidade necessária a culminar a admissão argumentativa de sua posição. Aduz, pois:

O preceito inserto no inciso LXVII do rol das garantias constitucionais outro sentido não tem senão o de situar, como passível de vir a ser preso, o depositário infiel, ou seja, aquele que, à mercê da celebração de um contrato, *o de depósito*, haja recebido um objeto móvel, para guardar, até que a parte contrária, o depositante, reclamasse-o. *Exsurge como objeto único nesse ajuste a entrega do bem móvel em depósito e a obrigação de devolvê-lo tão logo o depositante manifeste a vontade de tê-lo de volta*. As peculiaridades do negócio jurídico é que respaldam o elemento de coerção drástico que é a possibilidade de o detentor do bem vir a ser *preso*. Alguém, na titularidade do domínio de um bem, entrega-o, sem aliená-lo, a outrem, que assume, por sua vez, a obrigação não só de preservá-lo, como também a principal de proceder à devolução no momento em que instado a assim fazê-lo.

Pois bem, cumpre saber a natureza da norma constitucional autorizadora da prisão do depositário infiel. Revela-a o comando maior contido no inciso em comento. Iniludivelmente, consubstancia vedação: “não haverá prisão civil por dívida...”. A regra é que,

por dívida civil, ninguém será privado da liberdade. As exceções estão contempladas no preceito exaustivo que se segue à primeira oração – “não haverá prisão por dívida civil”. Correm à conta de duas situações que se mostram, sob o ângulo de uma Carta liberal, socialmente aceitáveis. *De um lado, homenageou-se o cumprimento de obrigação alimentícia e, de outro, o direito de propriedade, inibindo-se a prática de atos danosos justamente por aquele que tenha assumido a obrigação de preservar o bem devolvendo-o assim que o queira o proprietário.*

*O que se afigura inconcebível é que se confira à norma constitucional interpretação que acabe elastecendo as hipóteses de prisão por dívida civil.* O contrato de depósito, a motivar o surgimento das figuras do depositante e do depositário, possui natureza real. A obrigação assumida é de devolução do bem e não do pagamento de prestações sucessivas, como ocorre na alienação fiduciária (STF, HC n. 72.183-4/SP, rel. min. Marco Aurélio Mello, Segunda Turma, DJ de 22 nov. 1996) [g.n.].

Vale ponderar que a explanação em epígrafe detém em seu cerne o escopo de aquilatar interpretação constitucional focalizando o inciso LXVII do art. 5º. O insigne julgador, com índole eminentemente humanista e razoável, expôs seu posicionamento ao rejeitar a prisão civil do depositário infiel, notadamente quando este foi, no início da relação jurídica, típico alienante fiduciário. Trata-se da máxima restrição às hipóteses de segregação física de caráter civil introduzidas na Carta Magna de 1988. E arremata, implantando admirável crítica no concernente à “criatividade legislativa” no momento da *conversão* do alienante fiduciário em ação de depósito, com o explícito fim de compeli-lo à restituição (em caso de não encontrado o bem ou fora de sua posse), uma vez que, inversamente, “perfeita” estaria sua prisão:

Senhor Presidente, admito a criatividade, quer no campo normativo, quer no da interpretação de regras que compõem a ordem jurídica. Todavia, tudo há de ocorrer mediante estrita observância ao Texto Maior, que, no caso, excepciona a proibição de vir-se a ter prisão por dívida civil, fazendo-o de forma limitada. Descabe admitir que a parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição

Federal encerra caminho aberto a que o legislador cole a contrato de compra e venda – alfim verdadeiro contrato de compra e venda de bem móvel – esse meio coercitivo para o recebimento do preço pactuado, que é a prisão. *Não, a exceção contemplada constitucionalmente é imune a enfoques que acabem por nela agasalhar contratos voltados a garantia de dívida, como é o caso da alienação fiduciária, e que distante, muito distante ficam do contrato de depósito, a qualificar, no campo da exclusividade, as figuras do depositante e do depositário. A não ser assim, desprezando-se o fundo, o real, a verdadeira intenção das partes, em benefício do formal, da rotulação, da simples fachada, aberto estará o caminho ao elastecimento das hipóteses em que viável a prisão por dívida civil. Suficiente será que norma estritamente legal mascare a realidade e, com desprestígio a institutos, ao verdadeiro sentido de expressões e de vocábulos consagrados pela ordem jurídica, pelo meio acadêmico e em julgamentos, dê a uma das partes, como em um passe de mágica – e, para tanto, o vernáculo é pródigo – a qualificação de depositário e, à outra, a de depositante, muito embora não se tenha como objeto em si do contrato, perseguido por uma das partes, a devolução do bem, mas sim o pagamento respectivo, a liquidação de parcelas sucessivas.*

*Interpreto a Constituição tal como ela se revela, ou seja, como a consubstanciar, no caso, uma garantia constitucional, voltada não à proteção patrimonial de certos credores, como se contemplados com verdadeiro privilégio, mas à pessoal dos devedores (STF, HC n. 72.183-4/SP, rel. min. Marco Aurélio Mello, Segunda Turma, DJ de 22 nov. 1996) [g.n.].*

Em síntese, além de esposar respeitável doutrina, *in casu*, concedera ordem para afastar a possibilidade de o paciente vir a ser preso em virtude da ação de depósito intentada a partir do contrato de alienação fiduciária firmado.

No dizer sempre oportuno de Álvaro Villaça Azevedo, titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em seu artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/93, *o legislador da alienação fiduciária aumentou exageradamente a garantia ao credor*. Citando Orlando Gomes, aponta que, na espécie, a ação de depósito está expressamente admitida

como um dos meios judiciais de que pode se socorrer o credor para obter a satisfação do crédito. Consigna, então:

No caso da alienação fiduciária em garantia, *não existe contrato de depósito*, pois o fiduciante não tem o dever de guardar o objeto, para restituição, imediata, quando pedido pelo fiduciário. *O fiduciante, em verdade, tem o objeto não para guardar, mas para utilizar-se dele, podendo nunca entregá-lo ao fiduciário, se a este pagar todo débito do financiamento* [g.n.].

Da mesma forma, constata-se a visão de Hanada<sup>5</sup>:

A orientação que se apresenta de acordo com o sistema jurídico, com esteio na norma constitucional, não autoriza a prisão civil do devedor na alienação fiduciária em garantia, onde não existe contrato de depósito no seu preciso sentido, nem a afirmação da prisão em caso de furto, ainda que segurada a coisa, pois a isto estaria, claramente, aplicando a prisão civil por dívida de dinheiro.

Recentemente, a fim de solidificar a questão ante nova composição Plenária, o ministro Cezar Peluso, relator, ao proferir seu voto no RE n. 466.343/SP, negou provimento ao recurso, *por entender que a aplicação do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/1969, em todo o seu alcance, é inconstitucional*. Afirmara, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Outrossim, ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver, conforme se extrai dos Informativos 449 e 450 do STF.

---

<sup>5</sup> HANADA, 1987, p. 120 e 123.

Portanto, no concernente à prisão civil do depositário infiel em decorrência de conversão efetuada com base no Decreto-Lei n. 911/1969, no qual o sujeito em tela fora alienante fiduciário em garantia, tal modalidade resta *inexoravelmente* sepultada no ordenamento jurídico pátrio.

Essa conclusão, por seu turno, diverge muito quando o assunto reporta-se à prisão do depositário infiel cuja *actio* autêntica é a de depósito, isto é, do *típico depositário*.

### **3 Do insculpido na Convenção Americana de Direitos Humanos**

Em princípio, assenta-se que o Pacto de São José da Costa Rica (ou Convenção Americana de Direitos Humanos) de 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil em 6 de novembro de 1992, sob o Decreto n. 678, preceitua em seu inciso VII do art. 7º: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Ainda assim, destacam-se os dizeres do ministro Marco Aurélio, cuja demonstração explícita subsistir apenas uma forma de prisão civil, a alimentar.

Ainda que se pudessem colocar em plano secundário os limites constitucionais, a afastarem, a mais não poder, a possibilidade de subsistir a garantia da satisfação do débito como meio coercitivo, no caso de alienação fiduciária, que é a prisão, tem-se que essa, no que decorre não da Carta Política da República, *que para mim não a prevê*, mas do Decreto-Lei 911/69, *já não subsiste na ordem jurídica em vigor*, porquanto o Brasil, mediante o Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao chamado Pacto de São José da Costa Rica. É certo que somente o fez cerca de vinte e dois anos após a formalização.

Entrementes, a adoção mostrou-se linear, consignando o artigo primeiro do Decreto mediante o qual promulgou a citada Convenção que a mesma há de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. Ora, o inciso VII do art. 7º revela que: “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. *Constata-se assim que a única exceção contemplada corre à conta de obrigação alimentar. A promulgação sem qualquer reserva atrai, necessariamente e no campo legal, a conclusão de que hoje somente subsiste uma hipótese de prisão por dívida civil, valendo notar a importância conferida pela Carta de 1988 aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A teor do disposto no § 2º do art. 5º, tais documentos geram direitos e garantias individuais:*

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte” (STF, HC n. 72.131/RJ, rel. min. Marco Aurélio Mello, Pleno, DJ de 23 nov. 1995) [g.n.].

#### **4 A nova hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Magna Carta**

Conforme dispõe o constitucionalista Novelino<sup>6</sup>:

O Supremo Tribunal Federal *adotava* o entendimento de que todo e qualquer tratado internacional, independentemente de seu conteúdo, *tinha* o *status* de lei ordinária (CF, art. 102, III, *b*).

No entanto, a cada dia vinha se consolidando a tese – cujos precursores no Brasil foram Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan – de que os tratados internacionais de direitos humanos *teriam a mesma hierarquia das normas constitucionais, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição.*

A EC n. 45/04, na tentativa de pôr fim à controvérsia, acrescentou um terceiro parágrafo ao art. 5º. O dispositivo preceitua que, se o

---

<sup>6</sup> NOVELINO, 2007, p. 32.

tratado ou convenção sobre direitos humanos for aprovado pelo Congresso Nacional com o mesmo procedimento previsto para as emendas, serão equivalentes a elas.

A partir de então os tratados internacionais, via de regra, possuem o *status* de uma lei ordinária e se situam no escalão intermediário, ao lado dos atos normativos primários. Já os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º) [g.n.].

Dessa forma, prelecionam os professores Gomes e Mazzuoli, a fim de, didaticamente, exporem as vias doutrinárias existentes, que<sup>7</sup>:

Os Tratados de Direitos Humanos poderiam ser incorporados no Direito interno brasileiro: (a) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º) ou (b) como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP) ou (c) como Direito constitucional (essa é a posição doutrinária fundada no art. 5º, § 2º, da CF) ou, por último, (d) como Direito ordinário (antiga posição da jurisprudência do STF).

Aliás, valiosas são as palavras de Mazzuoli, em obra singular<sup>8</sup>:

A Constituição de 1988, dentro dessa ótica internacional marcadamente *humanizante e protetiva*, erigiu a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III<sup>9</sup>) e a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, inciso II<sup>10</sup>) a *princípios fundamentais* da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve se reger no cenário internacional. A Carta de 1988, dessa forma, insti-

<sup>7</sup> GOMES; MAZZUOLI, 2007.

<sup>8</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 492.

<sup>9</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a *dignidade da pessoa humana*,” [g.n.].

<sup>10</sup> “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – *prevalência dos direitos humanos*”.

tuiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio. Dentro dessa mesma trilha, que começou a ser demarcada desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores e atrocidades cometidos pela Alemanha Nazista no período sombrio do Holocausto, a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao *sistema internacional de proteção dos direitos humanos*, quando, no § 2º do art. 5º, deixou bem estatuído que:

“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*” [g.n.]<sup>11</sup>.

Com base nesse dispositivo, que segue tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *índole e nível constitucionais*, além de aplicação *imediata*, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que *os direitos e garantias* nela elencados “*não excluem*” outros provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “*se incluem*” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “*não excluem*” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, *a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”*<sup>12</sup> [g.n.].

<sup>11</sup> Registre-se, por oportuno, que a cláusula do § 2º do art. 5º da Constituição resultou de proposta do professor Antônio Augusto Cançado Trindade, na audiência pública à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembléia Nacional Constituinte, em 29 de abril de 1987.

<sup>12</sup> São inúmeros os outros argumentos em favor da índole e do nível constitucionais dos tratados de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico interno, que preferimos não tratar aqui, por já terem sido detalhadamente estudados em vários outros

E ainda, com idêntica lucidez, leciona, desenvolvendo contagiado entendimento, além de, por óbvio, traçar os ditames por meio dos quais interpretam alguns estudiosos da seara internacional. Nesse ínterim, postula até mesmo visão doutrinária ainda mais extrema:

Da análise do § 2º do art. 5º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais: *a) direitos e garantias expressos* na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5º, bem como outros fora do rol de direitos, mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, *b*, do Texto Magno; *b) direitos e garantias implícitos*, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e *c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...]

Para nós, cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau hierárquico das normas constitucionais*, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.

Ainda em sede doutrinária, também não faltam vozes que, dando um passo mais além do nosso, defenderam cientificamente *o status supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos*, levando-se em conta toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional<sup>13</sup> [g.n.].

---

dos nossos trabalhos sobre o tema. Cf., especialmente sobre o assunto, Mazzuoli (2002a, p. 233-252; 2002b, p. 109-176; 2004).

<sup>13</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 493.

## 5 A posição clássica do Supremo Tribunal Federal acerca do patamar dos tratados internacionais humanitários: *status* de lei ordinária

Haja vista o estatuído no § 2º do art. 5º, percebe-se que serão admitidos pelo país os tratados internacionais anuídos pela República, de tal sorte que a Constituição reconhecerá (a rigor: não excluirá) o conteúdo por aqueles previsto quando condizente com seus princípios.

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.

Nessa senda, o excelso pretório, valendo-se da *doutrina paritária*<sup>14</sup>, ao entender sobre a posição hierárquica e ingresso das normas internacionais cuja República avençou, considera (embora não à unanimidade) esses dispositivos no *parâmetro das leis ordinárias*, razão pela qual colaciona-se o magistério do ex-ministro do STF Francisco Rezek. Salienta-se que a conclusão, *in casu*, foi obtida em relação ao Decreto-Lei n. 911/1969, ainda como outro modo argumentativo a pulverizar a prisão civil do depositário infiel cuja posição anterior era a de alienante fiduciário.

Para Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação do Decreto-lei 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito de Convenção Americana de Direitos Humanos, limitador de prisão por dívida passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário, relativamente

<sup>14</sup> Doutrina paritária é aquela por meio da qual se busca localizar no mesmo parâmetro (leia-se: nível hierárquico, ou seja, parificar), as normas com *status* de lei ordinária e os tratados internacionais.

a essa última, até então em vigor (STF, HC n. 72.183-4/SP, rel. min. Marco Aurélio Mello, Segunda Turma, *DJ* de 22 nov. 1996).

Tal entendimento foi o adotado, de igual maneira, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.480/DF, da relatoria do ministro Celso de Mello, em 8 de agosto de 2001<sup>15</sup>.

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.

[...]

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno (STF, ADI n. 1.480/DF, rel. min. Celso de Mello, Pleno, *DJ* de 8 ago. 2001).

---

<sup>15</sup> Impende advertir que, ao manifestar seu entendimento no HC 87.585-8 em 12 de março de 2008, aludido ministro mudou sua conclusão, para avançar no tema em referência, porquanto inadmitira a prisão do depositário infiel propriamente dito.

Ressalta-se que narrado posicionamento, a despeito da nova tendência humanista futuramente esposada, tem importância quando os tratados não forem relativos a direitos humanos.

Entretanto, pode-se afirmar que a essa corrente filia-se a maior parte dos constitucionalistas, divergindo do pensamento de vários doutrinadores do direito internacional público. Conseqüentemente, dispõe Ferreira Filho<sup>16</sup>:

É pacífico no direito brasileiro que as *normas internacionais convencionais* – cumprindo o processo de integração à nossa ordem jurídica – *têm força e hierarquia de lei ordinária*. Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos *fundamentais*, *esses não terão senão força de lei ordinária*. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal [g.n.].

No mesmo diapasão estabelece Moraes<sup>17</sup>: “no Brasil os atos e tratados internacionais devidamente incorporados em nosso ordenamento jurídico ingressam com a mesma hierarquia normativa que as leis ordinárias”.

Nesse rumo, advertem Nunes Júnior e Araujo<sup>18</sup> que:

O fato de o tratado entrar na ordem jurídica brasileira não significa obrigatoriamente que ele ingressará no plano constitucional. Não é essa a dicção do § 2º do art. 5º. O texto afirma que outros direitos devem ser integrados. Não quer dizer que o devam ser com marca de norma constitucional.

E acrescentam que “o tratado pode ser veiculador de direitos individuais e coletivos, mas ingressa na ordem jurídica brasileira com *status* de norma ordinária”.

---

<sup>16</sup> FERREIRA FILHO, 1995, p. 99.

<sup>17</sup> MORAES, 2000, p. 308-309.

<sup>18</sup> NUNES JÚNIOR; ARAUJO, 1999, p. 129.

Luís Roberto Barroso<sup>19</sup> é objetivo quando descreve que “os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária”.

Ademais, ao se manifestar no que toca à tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, o ministro Gilmar Mendes cita longo trecho da lavra de Cançado Trindade para pulverizar a utilização de aludida corrente, do qual se sintetiza:

*Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. A hierarquia de valores deve corresponder a uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos – que na verdade não existem –, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.*

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, *no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os §§ 2º e 1º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno.*

Por conseguinte, mostra-se inteiramente *infundada*, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a *tese clássica* – ainda seguida em nossa prática constitucional – *da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional* (STF, RE n. 366.464/SP,

---

<sup>19</sup> BARROSO, 1999, p. 33.

rel. min. Cezar Peluso, Pleno, – Em andamento) [sem grifos no original].

## **6 Da equiparação dos tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais**

Sobre essa corrente, malgrado com ela não coadune, expõe-lhe, ainda, referidos docentes<sup>20</sup>:

Tal possibilidade vem disciplinada no parágrafo 3º, do artigo 5º, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: “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”. Mas, até agora, nenhum Tratado de Direitos Humanos foi introduzido no Brasil de acordo com o procedimento legislativo mencionado. *Ou seja: no Brasil nenhum tratado (ainda) conta com status de emenda constitucional* [g.n.].

A sua vez, em artigo publicado, o professor Capez<sup>21</sup>, discorrendo sobre o tema, assim assentou:

Acabando com essa celeuma, a EC n. 45/2004 passou a prever expressamente que os tratados e convenções internacionais *serão equivalentes às emendas constitucionais*, somente se preenchidos dois requisitos: (a) tratem de matéria relativa a direitos humanos + (b) sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quorum de três quintos dos votos dos respectivos membros (duas votações em cada Casa do Parlamento, com três quintos de quorum em cada votação). Obedecidos tais pressupostos, o tratado terá índole constitucional, podendo revogar norma constitucional anterior, desde que em benefício dos direitos humanos, e tornar-se imune a supressões ou reduções futuras, diante do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da CF (as normas que tratam de direitos individuais não podem ser suprimidas, nem reduzidas nem mesmo por emenda constitucional, tornado-se cláusulas pétreas) [g.n.].

<sup>20</sup> GOMES; MAZZUOLI, 2007.

<sup>21</sup> CAPEZ, 2007.

Sob essa perspectiva, segundo supracitado estudioso, somente conterão *status* de emenda constitucional acaso sejam formalmente recepcionados pelo ordenamento jurídico, ou seja, se preencherem os requisitos elencados, podendo revogar disposição constitucional anterior conflitante com direitos humanos. Doutro lado, porventura os tratados internacionais não forem submetidos à votação específica, tampouco versem sobre direitos humanos, detêm *status* de legislação ordinária, sem alterar a Constituição.

E, nesse viés, também caminha o magistério de Pinho<sup>22</sup>:

A Emenda Constitucional n. 45, ao acrescentar ao art. 5º dois novos parágrafos, estabeleceu que “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” (§ 3º). Desta forma, ante o novo dispositivo constitucional, superando antiga controvérsia doutrinária e jurisprudencial, *não resta qualquer dúvida* que tratados internacionais que versem sobre direitos fundamentais da pessoa humana, de qualquer natureza, quer individuais, políticos ou sociais, firmados pelo Estado Brasileiro, *após ratificação por três quintos dos votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal* – a mesma maioria qualificada exigida para a alteração do texto constitucional –, *estão no mesmo patamar hierárquico de normas constitucionais, prevalecendo sobre a legislação ordinária e possuindo o poder de revogação de normas constitucionais anteriores* [g.n.].

Não obstante, avulta-se que, *data maxima venia*, a profundidade requerida pelo tema não se mostra rebatida com as explicações supracitadas, porquanto significativa diferença subsiste (malgrado separada por linha tênue) quando se depara, de um lado, com a *equivalência das normas às emendas constitucionais* e, de outro, com *status de norma constitucional*. Logo, a fim de contextualizar o fito pretendido pelo legislador constituinte, importantes críticas são descritas:

---

<sup>22</sup> PINHO, 2006, p. 76.

A alteração trazida no § 3º do art. 5º, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro de *falta de compreensão* e de *interesse* do nosso *legislador*, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar *total desconhecimento* do Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz o *velho ranço* da já ultrapassada noção de soberania absoluta. *Com o texto proposto, as convenções internacionais de direitos humanos equivaleriam, em grau hierárquico, às emendas constitucionais, desde que aprovadas pela maioria absoluta qualificada que estabelece.*

A redação do dispositivo *induz* à conclusão de que *apenas as convenções assim aprovadas teriam valor hierárquico de norma constitucional*, o que traz a possibilidade de alguns tratados, *relativamente a esta matéria, ser aprovados sem este quorum, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional*, ou seja, de *mera lei ordinária*. Como o texto proposto, *ambíguo* que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais [...].

Surgiria, ainda, o problema em saber se os tratados de direitos humanos ratificados *anteriormente à entrada em vigor* da Emenda n. 45, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros, *perderiam o status de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição, caso agora não aprovados pelo quorum do § 3º do art. 5º*<sup>23</sup> [g.n.].

E com igual competência, tal estudioso conclui, visando à demonstração das incongruências que mera leitura do Texto Maior poderia suceder:

---

<sup>23</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 496-497.

Como se deduz da leitura do novo § 3º do art. 5º do Texto Magno, *basta* que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam *aprovados* pela maioria qualificada ali prevista, para que possam *equivaler às emendas constitucionais*. Não há, no citado dispositivo, qualquer menção ou ressalva dos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil e, assim sendo, poderá ser interpretado no sentido de que, não obstante um tratado de direitos humanos tenha sido ratificado há vários anos, pode o Congresso Nacional novamente aprová-lo, mas agora em *quorum* do § 3º, para que esse tratado mude de *status*. Mas de qual *status* mudaria o tratado? Certamente daquele que o nosso Pretório Excelso sempre entendeu que têm os tratados de direitos humanos – o *status* de lei ordinária –, para passar a deter o *status* de norma constitucional. *O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e a seu talante, decidir qual a hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade.*

O nosso poder reformador, ao conceber este § 3º, parece não ter percebido que ele, *além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados*, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do *referendum* congressual do art. 49, inc. I, da Constituição [...], *também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil*, vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos<sup>24</sup> [g.n.].

## **7 Das normas internacionais de direitos humanos com caráter de supralegalidade**

Aludida tese foi aventada em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC n. 79.785/RJ, pelo ex-ministro Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais.

---

<sup>24</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 497.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes anuiu, também, com tal posição à discussão e, ao proferir seu voto no RE n. 466.343/SP alguns anos depois, trouxe exposição categórica sobre o assunto, uma vez que demonstra não somente o entendimento deste magistrado, cuja prolação revelara-se corrente própria e caminho singular (é, entre todas, a que detém menos adeptos), como também, consoante observar-se-á, demonstra de maneira objetiva as demais correntes subsistentes. Ressalta-se que insigne magistrado buscara, até mesmo, fundamentação nas searas jurídicas espanhola e alemã.

Por conseguinte, parece *mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos*. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. *Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana*.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, *tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante* (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento).

Outrossim, a fim de expor com afinco seu entendimento e seguindo tal maestria, ele evidencia que não há que se falar em revogação da prisão civil do depositário infiel pela ratificação alhures destacada. O que se percebe, tão-somente, é a ausência da aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação às leis ordinárias que disciplinam a matéria.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) *não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7)*, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969.

*Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.* É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento) [g.n.].

E, nesse rumo, arrematou, dando azo à “intenção” do legislador no momento da inserção da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual resultou, sobre o assunto, no § 3º do art. 5º:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, *esvaziada* pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n. 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “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”. Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratifica-

*dos pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico* (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento) [g.n.].

Destarte, assim assentou o ex-ministro Sepúlveda Pertence, o qual, apesar de não admitir a hierarquia constitucional desses tratados, passou a aceitar, entretanto, o *status* de norma supralegal desses instrumentos, tendo assim se manifestado:

Certo, com o alinhar-me a consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – *preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis*. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição [...].

Se assim é, à primeira, vista, *parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação*, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, *tendo assim [...] a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos*, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes (STF, RHC n. 79.785/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de 22 nov. 2002) [g.n.].

Desse modo, conquanto com fundamentação diversificada, insta conjecturar que, para a corrente em alusão, igualmente não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII. Todavia, como esposado, não em razão da maneira como foram incorporados no ordenamento os tratados internacionais humanitários (tese guerreada por doutos estudiosos – item 8), mas sim em decorrência do caráter supralegal dos diplomas normativos internacionais *sub examine*.

## **8 Da incorporação com *status* constitucional dos tratados humanitários**

A terceira corrente emana de um consolidado entendimento doutrinário<sup>25</sup> (Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Cançado Trindade, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país. Em consonância com essa linha de pensamento há algumas decisões do STF (RE n. 80.004, HC n. 72.131 e 82.424, rel. min. Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi inteiramente majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça.

Na verdade, convém alvitrar análise de Mazzuoli<sup>26</sup>, assíduo defensor dessa tese e com inúmeros trabalhos sobre o tema. Aqui, é imprescindível avaliar o contexto histórico-social no qual a evolução dos direitos humanos se insere, em seu crescimento após as barbáries perpetradas por alguns ditadores no ápice da Segunda Guerra Mundial, uma vez que só assim vislumbrar-se-á a correta dimensão da norma no Texto Maior:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*: a) aquela advinda

---

<sup>25</sup> STEINER, 2000.

<sup>26</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 493.

do Direito interno (direitos *expressos* e *implícitos* na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) *aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte).*

De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fonte* do sistema constitucional de proteção de direitos. *É dizer, tais tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.* E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete *optar* preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, pois o que se visa é à *otimização* e à *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais<sup>27</sup> [sem grifos no original].

Aliás, ratifica Piovesan<sup>28</sup>:

A Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, § 2º, acolhe a sistemática da *incorporação automática* dos tratados, o que reflete a adoção da concepção *monista*. [...] *A Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, § 2º.* O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tratados internacionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, de modo a exigir que, após a ratificação, um ato de força de lei confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Deste modo, *no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista* [g.n.].

<sup>27</sup> CAMPOS, 1995, p. 282.

<sup>28</sup> PIOVESAN, 2004, p. 111.

Ao exarar seu voto, o ministro Gilmar Mendes explicou a posição em tela do seguinte modo, com imparcialidade e método pedagógico:

Assim, em face de todos os inconvenientes resultantes da eventual supremacia dos tratados na ordem constitucional, há quem defenda o segundo posicionamento, *o qual sustenta que os tratados de direitos humanos possuíam estatura constitucional. Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil.*

Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a *hierarquia de norma constitucional*. E o § 1º do art. 5º asseguraria a tais normas a *aplicabilidade imediata* nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa. *A hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, os quais possuíam apenas estatura infraconstitucional.*

Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito.

Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano.

No Brasil, defendem essa tese Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>29</sup> e Flávia Piovesan<sup>30</sup>, os quais entendem que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição *caracterizam-se-iam*, respectivamente, *como garantias da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário* (STF, RE n. 366.464/SP, rel. min. Cezar Peluso, Pleno – Em andamento) [g.n.].

Destarte, o desembargador Sérgio Pitombo, do Tribunal de Justiça

---

<sup>29</sup> TRINDADE, 2003.

<sup>30</sup> PIOVESAN, 2004.

Paulista (TJ/SP), em brilhante decisão, ao deliberar sobre a posição do Pacto de San José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro, sustentou seu entendimento com os seguintes argumentos:

*Ele (Pacto) integra o conjunto de preceitos constitucionais, pertinentes aos direitos e garantias individuais e com eles precisa ser compatibilizado. O rol, emergente nos incisos do art. 5º, da Lei Maior, jamais, exhibe numerus clausus. [...] Vale assentar: o referido tratado ganha nível constitucional; hierarquia, que lhe nasce da matéria: direitos humanos [grifos originais].*

E cuja ementa assim se expõe, guiando ainda no sentido da violação frontal ao Princípio da Razoabilidade, *ad litteris*:

PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO HAVIDO POR INFIEL – *Necessidade de interpretação restrita dos preceitos, em razão da excepcionalidade da restrição à liberdade de ir e vir, na regulamentação vigente.* Inexistência de norma infraconstitucional que especifique e regulamente a imaginada prisão do depositário judicial. *Integração do Pacto San José da Costa Rica (Decreto n. 678/92), no sistema protetivo dos direitos individuais, estabelecido na Constituição da República.* Entendimento de outra sorte, de que o aludido pacto revogou a norma geral do artigo 1.287, do Código Civil. *Quebra, ainda, do denominado princípio da razoabilidade.* Ordem concedida, por falta de justa causa a ordem de prisão (TJ/SP, rel. des. Sérgio Pitombo, 7ª Câmara de Direito Público, DJ de 5 abr. 1999, *Boletim AASP* n. 2.125, p. 1131/1136) [g.n.].

Aliás, defende Almeida Júnior, em admirável trabalho publicado<sup>31</sup>:

Porém, em que pese o entendimento contrário de alguns doutrinadores, a melhor corrente é a defendida por Flávia Piovesan<sup>32</sup>, segundo a qual as regras internacionais de direitos humanos, previstas em tratados ratificados pelo Brasil, possuem *status* de norma constitucional.

<sup>31</sup> ALMEIDA JÚNIOR, 2007.

<sup>32</sup> PIOVESAN, 2004, p. 320.

Na verdade, aqueles que possuem entendimento contrário relutam em aceitar que a Constituição Federal do Brasil deu tratamento diferenciado aos tratados internacionais que estabelecem direitos e garantias individuais. *Estes, uma vez ratificados, têm aplicação imediata, não dependendo de posterior lei regulamentadora (art. 5º, § 1º), e ingressam no ordenamento jurídico do País com status de norma constitucional (art. 5º, § 2º), diferentemente do que ocorre com os tratados tradicionais, que se submetem ao sistema de incorporação legislativa e possuem a mesma hierarquia de norma infraconstitucional.*

Já quando as regras de direitos humanos previstas em tratados internacionais contrariar preceitos constitucionais, que consiste na terceira hipótese, defende Flávia Piovesan o entendimento de que prevalecerá a norma mais benéfica à proteção da vítima, o que afirma fundamentando-se na primazia da pessoa humana e no fato de que o Direito internacional e o Direito interno interagem no plano de proteção dos direitos humanos [sem grifos no original].

Em convizinho sentido, o Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo decretou que:

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e [...] o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil, [...] *têm status de garantia constitucional a direito fundamental da pessoa, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição da República* (2º TACivSP, HC n. 493.158-0/5, rel. juiz Dyrceu Cintra, 5ª Câmara, DJ de 21 maio 1997) [g.n.].

Mister, sobretudo, a íntegra da ementa. Ei-la:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. Cominação inconstitucional por violação do que dispõem o art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil, e que *têm status de garantia constitucional a direito fundamental da pessoa, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição da República. Habeas Corpus* concedido (2º TACivSP, HC n. 493.158-0/5, rel. juiz Dyrceu Cintra, 5ª Câmara, DJ de 21 maio 1997) [g.n.].

Acompanhando o entendimento de Piovesan, afirma Rocha<sup>33</sup>:

A posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Ao final, pondera Dallari<sup>34</sup> que:

As normas sobre direitos e garantias constantes em tratados em que o Brasil seja parte completam as disposições do artigo 5º e neste se integram, incorporando-se, portanto, ao sistema constitucional brasileiro de direitos e garantias individuais.

Por conseguinte, impossível não destacar as palavras do insigne Trindade, citadas pelo ministro Gilmar Mendes:

Cançado Trindade, que propôs à Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão do atual § 2º ao art. 5º no texto constitucional que estava sendo construído, assim expressa seu pensamento<sup>35</sup>: “O propósito do disposto nos §§ 2º e 1º do artigo 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional [...]”.

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. *A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma TESE ANACRÔNICA, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal Brasileira*” [g.n.].

<sup>33</sup> ROCHA, 1996, p. 81.

<sup>34</sup> DALLARI, 1998, p. 119-120.

<sup>35</sup> TRINDADE, 1998, p. 88-89.

## 9 Das distinções entre um tratado ser formalmente constitucional e materialmente constitucional

A maneira como é incorporado o tratado internacional no ordenamento pátrio contém significativa repercussão para a corrente esposada no item 8. Tanto o é que constitui outro argumento (senão o maior) tendente em afirmar o ingresso de referida norma com *status de Direito Constitucional*.

Sucedo que a mera ratificação de eventual tratado de Direitos Humanos no Brasil, como (para tal corrente) este já está recepcionado como norma constitucional, o *quorum* somente influenciará no aspecto formal dos tratados, visto que ao ingressar no ordenamento já detém caráter materialmente constitucional, ou seja, o fato de a votação proceder ao capitulado no § 3º do art. 5º apenas *acarretaria sua incorporação formal*.

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil *já têm status de norma constitucional*, em virtude do disposto no texto constitucional [...], pois na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela *própria os inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional [...]. Portanto, *já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal*, uma vez que os mesmo teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. *Aliás, o § 3º do art. 5º em nenhum momento atribui status de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida*. Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por este procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de lei complementar, ou o que quer que seja. *O que se deve entender é que o quorum que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses*

*tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição*<sup>36</sup> [g.n.].

A propósito, cabe destacar quão tênue é a linha que separa o *status de norma constitucional dos tratados de direitos humanos* da dicção de que são *equivalentes às emendas constitucionais*, coerentemente trazida por Mazzuoli<sup>37</sup>:

Mas, há *diferença* em dizer que os tratados de direitos humanos têm “*status de norma constitucional*” e dizer que eles são “*equivalentes às emendas constitucionais*”? No nosso entender *a diferença existe, e nela está fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3º do art. 5º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004*. Falar que um tratado tem “*status de norma constitucional*” é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “*equivalente a uma emenda constitucional*”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional<sup>38</sup>. Perceba-se que, último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: *o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm status de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser equivalentes às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição* [g.n.].

<sup>36</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 502. No mesmo sentido do texto, ver LAFER, 2005, p. 16-18; e PIOVESAN, 2004, p. 72-73.

<sup>37</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 503.

<sup>38</sup> Já percebeu esse detalhe, em voto de revisão no Recurso de Apelação Criminal n. 55.378/2004, a desembargadora Shelma Lombardi de Kato, do TJMT. Citando a nossa doutrina (cf. MAZZUOLI, 2005, p. 12), sustenta a desembargadora “que o *quorum* qualificado (do § 3º do art. 5º da Constituição) apenas atribui eficácia formal a referidos tratados”.

Por consectário, faz-se mister ressaltar que, mercê do objetivo do estudo, focar-se-á somente *um dos efeitos* mais amplos em se atribuir a tais tratados *equivalência de emenda* para além do seu *status* de norma constitucional, *a saber, eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o status de norma constitucional*<sup>39</sup>.

Ou seja, *uma vez aprovado certo tratado pelo quorum previsto no § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante*, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, onde os tratados de direitos humanos (*que têm nível de normas constitucionais, sem contudo serem equivalentes às emendas constitucionais*) serão aplicados atendendo ao princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (expressamente consagrado pelo art. 4º, inc. II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”).

[...] Assim, nunca entendemos que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil *integram formalmente* a Constituição. O que sempre defendemos é que eles têm *status* de norma constitucional (o que é absolutamente normal em quase todas as democracias modernas). Mas agora, os tratados de direitos humanos ratificados *integrarão formalmente* a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo, *frise-se que essa integração formal dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a integração material que esses mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil* [g.n.].

## **10 Dos tratados humanos internacionais e das cláusulas pétreas**

No tocante à solução da contenda pelo § 3º do art. 5º da Magna Carta de 1988, pondera o professor Novelino<sup>40</sup>, demonstrando, ainda, a impossibilidade de proposta de emenda tendente a abolir direito individual proveniente de tratado internacional, desde que

<sup>39</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 504.

<sup>40</sup> NOVELINO, 2007, p. 32.

aprovado no *quorum* específico do § 3º do art. 5º (evidenciando-se sua opinião – defensor da corrente do item 6):

Apesar de solucionar a controvérsia principal, algumas questões polêmicas ainda podem ser suscitadas.

A primeira é no tocante às *cláusulas pétreas*. Se um tratado internacional consagra um direito individual conflitante com uma cláusula pétrea, qual norma deverá *prevalecer*?

Para responder a esta indagação *é necessário lembrar que a Constituição veda apenas a restrição ou extinção dos direitos individuais, não sua ampliação*. Assim, caso o tratado amplie um direito individual e seja aprovado na forma prevista no § 3º do art. 5º, ele deverá prevalecer sobre a norma constitucional anterior. Do contrário, prevalece a norma da Constituição.

O direito individual consagrado por esse tratado se transforma em uma cláusula pétrea?

Contrariamente a esta possibilidade poderia se alegar que as cláusulas pétreas são restrições impostas pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Reformador e que, do ponto de vista lógico, seria incompreensível um poder impor uma restrição inafastável a ele mesmo. Não obstante, uma análise do dispositivo constitucional (art. 60, §4º) revela que a proposta de emenda tendente a abolir um direito individual não pode sequer ser objeto de deliberação. Ora, se um direito individual foi ampliado e incorporado ao sistema constitucional brasileiro (art. 5º, § 2º), ele também não poderá ser restringido ou abolido por meio de emenda.

## **11 Do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (princípio do *pro omnes*) e da teoria do *dialogue des sources*<sup>41</sup>**

Outras indagações fundamentais que exsurgiriam no decorrer da exposição são: o que aconteceria se a Lei das Leis de 1988

---

<sup>41</sup> Expressão francesa que significa “Teoria do Diálogo das Fontes”.

trouxesse aplicação mais benéfica ao indivíduo que determinados Tratados? Como ocorreria absorção de norma prejudicial trazida em tratado com *status* de norma constitucional? Inicialmente, para solucionar a contenda, basta se valer do postulado e teoria que intitulam o item em comentário.

Às vezes, certo dispositivo de determinado tratado não *abole* nenhum direito ou garantia individual previsto no texto constitucional, mas traz tal direito ou tal garantia de forma *menos protetora*, como é o caso, por exemplo, da prisão civil do devedor de alimentos que, segundo a *Constituição* brasileira de 1988 (art. 5º, inc. LXVII), somente pode ter lugar quando o *inadimplemento da obrigação alimentar for voluntário e inescusável*. *Atente-se bem: a Carta de 1988 somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento “voluntário e inescusável” da obrigação alimentar*. Não é, pois, *qualquer* obrigação alimentar inadimplida que deve gerar a prisão do devedor. *O inadimplemento pode ser voluntário mas escusável, no que não se haveria falar em prisão nesta hipótese*. Pois bem. Esta redação atribuída pela nossa *Constituição* em relação à prisão civil por dívida alimentar difere da redação dada pela *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, que, depois de estabelecer a regra genérica de que *“ninguém deve ser detido por dívidas”*, acrescenta que *“este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”* (art. 7º, n. 7). Como se percebe, o *Pacto de São José* permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de *inadimplemento de obrigação alimentar*. *Não diz mais nada: basta o simples inadimplemento da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor. Neste caso, é a nossa Constituição mais benéfica que o Pacto, pois contém uma adjetivação restrigente não encontrada no texto desse último e, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado*<sup>42</sup> [g.n.].

Nessa feita, registra que:

Aplicando-se o princípio da *primazia da norma mais favorável* nada

---

<sup>42</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 505.

disso ocorre, pois atribuindo-se aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o *status* de norma constitucional, não se pretende *reformular* a Constituição, mas sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, *a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana*, posição esta que tem em Cançado Trindade o seu maior expoente. Trata-se de aplicar aquilo que Erik Jayme chamou no seu belo curso da Haya de 1995 de “*diálogo das fontes*” (*dialogue des sources*). Nesse sentido, ao invés de simplesmente *se excluir* do sistema certa norma jurídica, deve-se buscar a *convivência entre essas mesmas normas por meio de um diálogo*. Segundo Jayme, a solução para os conflitos de leis que emergem no direito pós-moderno é encontrada na harmonização entre fontes heterogêneas que não se excluem mutuamente (normas de direitos humanos, os textos constitucionais, os tratados internacionais e os sistemas nacionais), mas, ao contrário, “*falam*” umas com as outras. Essa conversa de fontes diversas permite encontrar a verdadeira *ratio* de ambas as normas em prol da proteção do ser humano (em geral) e dos menos favorecidos (em especial) [g.n.]. [Em nota de rodapé: Cf. Erik Jayme. Identité culturelle et integration: le droit privé postmoderne, in *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), pp. 9-267. Sobre o “diálogo das fontes” assim leciona Jayme (p. 259): “Desde que evocamos a comunicação em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas ‘falam’ uma com a outra. Os juízes devem coordenar essas fontes escutando o que elas dizem” (Idem, p. 259).]<sup>43</sup>.

## 12 Conclusão

O assunto é entusiasmante. Urge por pacificidade no ordenamento jurídico pátrio e, ao que se percebe, está longe de alcançar tal intento. Além de abarcar vários ramos, manifesta, inclusive, a frágil qualidade legislativa na elaboração de normas cuja relevância

---

<sup>43</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 505-506.

é ímpar, seja para a segurança jurídica, a fim de pulverizar eventuais julgados antagônicos, seja para o próprio depositário.

Este, aliás, dependendo do magistrado responsável por seu caso, estará fadado à segregação prisional, à proporção que, se outro fosse o julgador, jamais tal conseqüência seria efetivada.

Ora, é inadmissível que tamanha instabilidade seja instalada no Direito. É preciso, quiçá, de reunião, por meio de audiência pública, entre os membros do excelso pretório e estudiosos (constitucionalistas e internacionalistas) visando à uniformização do tema.

Jamais se pode permitir que doutos magistrados, ao alvedrio, decretem ou não a prisão de qualquer depositário, sob o pretexto de se filiarem a esta ou àquela corrente.

Ante a evolução da humanidade, máxime com as atrocidades pelas quais milhares de judeus foram vítimas, não atentar para a inserção, sob esse viés, das normas sobre direitos humanos, é fechar os olhos para aplicação do regime jurídico condizente com a necessidade proporcional e razoável da medida.

Com relação às correntes acerca do assunto, observa-se que:

- a) a clássica (defensora do *status* de lei ordinária), embora admitida pela maioria do STF no passado e que conta com constitucionalistas de renome, *data maxima venia*, hoje é tida por muitos como antiquada e atrasada;
- b) a que pugna pela equiparação às emendas constitucionais, em que pese sua maior racionalização, limitou-se a elaborar mera interpretação legislativa, acompanhando a má elaboração do legislador ao redigir tais artigos. Aliás, sequer esforça-se em rebater os argumentos trazidos pela corrente de Cançado Trindade;

- c) a supralegal, por sua vez, conquanto também não admita a prisão civil do depositário infiel, traz outra fundamentação para abarcar tal entendimento. Assenta-se, ainda, que, de acordo com tal tese, haveria alteração na pirâmide normativa de Hans Kelsen, uma vez que, em nível acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, encontrar-se-iam os tratados internacionais de direitos humanos;
- d) a defensora do nível constitucional dos tratados, além de rebater, mediante fortes raciocínios, os fundamentos contra si opostos, traz entendimento consolidado no real significado normativo, não descurando dos postulados constitucionais e, principalmente, daquilo que a própria Carta Magna expressa (art. 1º, III, e art. 4º, II).

Portanto, de nada adianta a implantação de discurso demagógico de proteção aos princípios pelos quais o Brasil, como signatário, comprometeu-se a coadunar, não somente nas relações internacionais como na ordem interna, se, no instante da materialização dessas ilações, a dura corrente e o ranço arcaico persistem em prevalecer.

Ademais, deixar à livre escolha do Poder Legislativo a atribuição aos tratados de direitos humanos de equivalência às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um *Protocolo* de um tratado de direitos humanos (que é suplementar ao tratado principal) e deixar sem esse efeito o seu respectivo *Tratado-quadro*. Admitir tal interpretação seria consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão de valores e princípios dentro do nosso ordenamento jurídico<sup>44</sup>.

Por fim, sob enfoque penalista, considerando que o regime prisional é *extrema ratio* no direito brasileiro para a sensata corrente do direito penal mínimo, praticamente ineficaz é a prisão civil do

---

<sup>44</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 501-502.

depositário infiel. Até mesmo porque existem outros meios que não a prisão para compeli-lo à restituição ou valor do bem, como a execução, *verbi gratia*, e motivo pelo qual não se estaria diante da impunidade para quem perdeu determinados objetos. Inclusive, existe a interminável questão da superlotação prisional no país, da carência de recursos etc. Porém, isso é tema para outra reflexão.

## Referências

ALMEIDA JÚNIOR, F. F. de. Depositário infiel: impossibilidade da sua prisão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=602>>. Acesso em: 24 dez. 2007.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, G. J. B. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1995. t. 3.

CAPEZ, F. Prisão civil. O Pacto de São José da Costa Rica e a Emenda Constitucional n. 45/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 910, 30 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7708>>. Acesso em: 25 out. 2007.

DALLARI, D. de A. *Comentário ao artigo 9º. Direitos humanos: conquistas e desafios*. Brasília: OAB/Conselho Federal, 1998.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. de O. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20070319115849842>>. Acesso em: 19 mar. 2007.

HANADA, N. *Ação de depósito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

JAYME, E. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, 1995. t. 251.

LAFER, C. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

MAZZUOLI, V. de O. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

———. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002a.

———. *Prisão civil por dívida e o Pacto de São José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

———. Reforma do Judiciário e direitos humanos. *Tribuna do Direito*, ano 12, n. 142, São Paulo, fev. 2005.

———. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

———. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

- NOVELINO, M. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NUNES JÚNIOR, V. S.; ARAUJO, L. A. D. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 3 v.
- PINHO, R. C. R. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. (Sinopses Jurídicas, 17).
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- ROCHA, L. X. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 33, n. 130, abr./jun. 1996.
- RODRIGUES, R. *Procedimentos de metodologia científica*. 5. ed. Lages, SC: Papervest, 2007.
- STEINER, S. *A convenção americana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TRINDADE, A. A. C. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118, p. 88-89, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

# Seção V

Temas Atuais



# Poder Público em juízo e efetividade da prestação jurisdicional

Renan Paes Felix\*

**Sumário:** Introdução. 1 Poder Público em juízo. 1.1 As prerrogativas da Fazenda Pública. 1.2 A Fazenda Pública e o interesse público. 1.3 As restrições da Lei n. 9.494/1997. 1.4 A sistemática constitucional dos precatórios. 2 A efetividade da prestação jurisdicional. 2.1 Princípio da isonomia. 2.2 A tutela antecipada e a busca pela efetividade do processo. 2.3 Direitos fundamentais dos litigantes. 2.3.1 Princípio da inafastabilidade. 2.3.2 Devido processo legal. 2.3.3 Tempestividade da tutela jurisdicional. 2.3.4 Dignidade da pessoa humana. 3 A ponderação de interesses. 3.1 A proporcionalidade e os interesses constitucionalmente protegidos. 3.2 A interpretação constitucional e a ponderação. 3.3 Colisão entre a efetividade do processo e as prerrogativas da Fazenda Pública. 4 Considerações finais.

## Introdução

O presente trabalho científico, imergindo em temas de processo civil e direito constitucional, possui como escopo a análise do embate existente entre as prerrogativas processuais do Poder Público – quando figura como parte em juízo – e os direitos que apontam para a eficácia na prestação jurisdicional do Estado.

---

\* Renan Paes Felix é servidor do Ministério Público Federal, professor de Direito Constitucional do Curso Preparatório para Concursos da Procuradoria-Geral da República, pós-graduando em Direito Constitucional e membro da Associação Nacional de Direitos Humanos.

O agigantamento do Estado, a massificação e a maior intensidade das relações sociais na atualidade acabam por exigir do Poder Público um aparato judicial eficaz para lidar com os atritos nas diversas facetas dessas relações sociais, seja entre os particulares, seja, como mais nos interessa, entre estes e o Estado.

Ocorre que o Estado, ou Poder Público, tutela o interesse público, pois age em nome de toda a sociedade.

Em razão dessa atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta vantagens como o reexame necessário das sentenças que lhes são desfavoráveis (CPC, art. 475, II e III), prazos especiais para contestar e recorrer (CPC, art. 188), restrições quanto à concessão de liminares ou cautelares em desfavor do Estado (Leis n. 4.348/1964, 5.021/1966 e 9.494/1997), execução especial, na forma do art. 730 do CPC, e o pagamento das condenações por via de precatório (CF, art. 100).

Este artigo pretende, portanto, analisar os conflitos existentes entre essas prerrogativas processuais e a latente busca pela efetividade do processo, decorrente da atual linha evolutiva do processo civil, que o vê como um instrumento de acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa.

Diante do caso concreto, como deve o magistrado agir? Pautar-se na segurança jurídica e negar quaisquer liminares contra o Poder Público? Ainda que se coloquem em risco bens jurídicos como a vida, a liminar deve ser negada apenas porque a parte contrária é o Poder Público?

Até que ponto, por exemplo, as restrições à tutela antecipada contra a Fazenda Pública podem rivalizar com direitos fundamentais, como a tempestividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII), a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o princípio da ina-

fastabilidade, do devido processo legal, a isonomia e a proporcionalidade? As prerrogativas processuais possuem o condão de impedir a concessão de tal prestação jurisdicional em face do Estado quando em juízo? E os interesses protegidos pela Lei Maior constituem ou não balizas para a delimitação do alcance dessas prerrogativas?

Ante estes questionamentos, fica nítida a importância de conferir subsídios doutrinários aos julgadores para que possam analisar e julgar o conflito de forma justa e eficaz, sem fugir da legalidade e sem ferir de morte o direito dos jurisdicionados contra a Fazenda Pública.

Procuraremos responder a essas indagações nos tópicos a seguir, na esperança de lograr um adensamento da força normativa da Constituição e, conseqüentemente, de sua efetividade como Norma Ápice no ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de cumprir esse propósito, buscamos construir uma postura crítica em relação à questão da atuação do Poder Público em juízo, defendendo sempre a máxima efetividade da tutela jurisdicional, na medida do possível, e sempre dentro dos limites do Estado de Direito.

## **1 Poder Público em juízo**

### **1.1 As prerrogativas da Fazenda Pública**

Um dos elementos essenciais na constituição do Estado é o poder político, por meio do qual se tomam decisões em nome da coletividade. O povo, fonte de onde emana a vontade geral, verdadeiro detentor do poder soberano, delega uma parcela de sua liberdade para que surja uma pessoa jurídica que passa a gerir os negócios da comunidade. É esta, em síntese, a idéia do pacto social de Rousseau<sup>1</sup>, pois segundo essa aliança, os cidadãos submetem-

---

<sup>1</sup> ROUSSEAU, 2003, p. 32.

se a igualdade tal que se obrigam às mesmas condições, e todos devem gozar dos mesmos direitos.

O Estado, pessoa jurídica munida de poder, passa a se auto-organizar e atuar nas mais diversas esferas, sujeitando todos às suas decisões. No desdobrar dessas ações, a função de administrar e gerenciar os negócios estatais leva o Estado a se envolver em várias relações jurídicas, como, por exemplo, pagamento de pessoal, obras de infra-estrutura, aquisição de materiais de expediente, enfim, contratos dos mais variados tipos. Todas essas ações demandam manifestações de vontade e tomada de decisões, que são levadas a cabo pelos agentes estatais, pois a pessoa jurídica estatal necessita deles para exteriorizar a sua vontade.

Uma atuação tão diversa e abrangente enseja inúmeras lides judiciais, especialmente porque, embora o objetivo estatal seja a busca do bem comum e do desenvolvimento nacional, estamos sujeitos à conduta humana, que nem sempre se compatibiliza com esses fins colimados. Ao lidarmos com a restrição de direitos fundamentais para a promoção do interesse público, não poucas vezes, abusos podem ser cometidos, pois o agente do Estado, como ser humano, às vezes não é capaz de tomar a melhor decisão dentro da competência de que lhe foi conferida.

Dado o alto grau de importância dos atos do governo, o Estado necessita de certas prerrogativas quando figura em processo judicial, pois os recursos públicos são formados por todos os cidadãos, por meio das contribuições e todas as outras formas de arrecadação. Em vista disso, o destino dessas verbas interessa diretamente à sociedade.

No direito pátrio, para proteger o erário, o Estado possui representação judicial em todas as esferas: federal, estadual e municipal. No que concerne às finanças estatais, representando o aspecto

financeiro do ente público, temos a *Fazenda Pública*. O termo se generalizou e passou a abarcar também o sentido de *Estado em juízo*, ou seja, em todo processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada genericamente de *Fazenda Pública*.

Como dito, a Fazenda Pública, por tratar de matérias de interesse supra-individual e que interessam à população (pois os negócios do Estado, em tese, interessam ao povo, visto que pagamos impostos e elegemos os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo), necessita de certas prerrogativas processuais, ou também chamados de privilégios processuais<sup>2</sup>, que lhe garantam uma atuação judicial proporcional ao interesse que defende.

Especialmente em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ocorre um desnivelamento das partes nas relações jurídicas processuais. Para tutelar esses interesses tão importantes para a sociedade, são conferidos alguns privilégios ao Estado quando atua em juízo.

São as seguintes as principais prerrogativas processuais:

1. *Juízo privativo*. Em várias comarcas das Justiças Estaduais existem varas especializadas da Fazenda Pública, exceto quando se tratar da União, entidade autárquica federal ou empresa pública, pois nesse caso a esfera de competência é da Justiça Federal.

2. *Prazos dilatados*. De acordo com o art. 188 do CPC, a Fazenda Pública tem prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. A Lei n. 9.469/1997, em seu artigo 10, estendeu esse prazo às autarquias e fundações públicas.

3. *Duplo grau de jurisdição*. O art. 475, I e II, do CPC, determina que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e

---

<sup>2</sup> Por todos, DI PIETRO, 2005, p. 655-663.

as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como a que julgar improcedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Trata-se do chamado reexame necessário.

Além disso, o STJ posicionou-se, por meio da Súmula n. 45, no sentido de que é vedado ao tribunal agravar a situação da Fazenda Pública em julgamento de reexame necessário.

Excetua-se à regra do reexame necessário a sentença proferida contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia, o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário (art. 12 da Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001).

Os tribunais, outrossim, em certas hipóteses, não acatam o reexame necessário, com fulcro na redação dos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, que dispensam tal recurso no caso de condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta salários mínimos), procedência dos embargos de devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor e quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente para julgar a questão.

Existe, ainda, projeto de lei no Senado Federal (PLS n. 11/2005), de autoria do senador Pedro Simon, que pretende revogar o instituto do reexame necessário da revisão das sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública. Está assim disposta parte da justificação do referido projeto de lei:

O projeto não pretende diminuir a capacidade de defesa da Fazenda Pública, nem impedi-la de recorrer das decisões desfavoráveis. A intenção é, tão-somente, limitar os recursos às hipóteses em que haja real interesse público pela revisão do julgado. Como se encontra,

a legislação propicia, injustificadamente, ao administrado-litigante, a espera, pelo menos por mais um ou dois anos, da reparação por algum dano sofrido, a ficar com o nome constando nos cartórios de distribuição como alguém que está sendo processado, a permanecer com obra embargada ou o seu comércio fechado etc. Ademais, com a estruturação da Advocacia-Geral da União e dos demais órgãos de defesa judicial dos entes públicos, não mais se justifica a obrigatoriedade da revisão das sentenças que lhes forem desfavoráveis. Impõe-se, pois, a imediata revogação do instituto do reexame necessário, depreciativo das atividades administrativa e judiciária.

Esperamos que o Congresso Nacional dê ao projeto de lei a sua devida importância para o aperfeiçoamento do nosso Processo Civil.

4. *Prescrição quinquenal.* As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como das Fazendas Federal, Estadual e Municipal, prescrevem em 5 (cinco) anos (Decreto n. 20.910/1932). Além disso, dispõe o Decreto-Lei n. 4.597/1942 que:

Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

Desse modo, existem características especiais no tocante ao reinício da contagem do prazo prescricional, após uma interrupção que porventura tenha ocorrido. Poderia dar-se o caso de esse prazo ser até menor que 5 (cinco) anos se a interrupção ocorresse na primeira metade do prazo. O STF, entretanto, diligentemente corrigiu a falha na lei editando a Súmula n. 383, que reza o seguinte:

A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.

Há, pois, uma redução na contagem do prazo no seu reinício, após a interrupção, caracterizando mais um privilégio do Estado no terreno jurídico da prescrição.

5. *Pagamento das despesas judiciais.* De acordo com o art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela MP n. 2.180-35/2001, estão dispensados de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais. É dizer, para a Fazenda Pública, recorrer não custa nada.

6. *Processo especial de execução.* A Constituição, em seu art. 100, disciplina a sistemática dos precatórios judiciais, abrangendo todas as entidades de direito público. Conforme previsto, o Presidente do Tribunal que proferir a decisão fará consignar no seu orçamento verba necessária ao pagamento dos débitos relativos aos precatórios apresentados até 1º de julho, pela ordem cronológica de apresentação, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte. Esse procedimento não se aplica aos débitos de natureza alimentícia e aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

7. *Restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada.* As Leis n. 8.437/1992 e 9.494/1997 contêm restrições, respectivamente, à concessão de medidas liminares contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança; e restrições à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Essas leis, na lição de Fux<sup>3</sup>, chegam a criar um novo microssistema legislativo de restrição às liminares contra o Poder Público.

Todas essas prerrogativas levantam-se como obstáculos e servem de argumento para aqueles que se mostram contrários à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. A controvérsia, inclusive, não se limita à doutrina, havendo precedentes jurisprudenciais em sentido restritivo.

---

<sup>3</sup> FUX, 2004, p. 13-32.

## 1.2 A Fazenda Pública e o interesse público

É consabido que um dos alicerces de todo o direito público é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois, uma vez que todos compartilham desse interesse, ele passa a ter mais relevo do que o interesse de apenas um particular. Toda a atuação do Poder Público é norteadada pelo *interesse público* e constitui-se em finalidade precípua a sua constante concretização.

Esse princípio não restringe a irradiação de seus efeitos apenas à Administração, vinculando também o legislador no seu ofício. Em suma, como ensina Di Pietro, o interesse público “inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”<sup>4</sup>. Em virtude disso, basilar é o princípio da legalidade, pois demonstra que os agentes públicos não agem ao seu talante, devendo seguir os mandamentos legais previamente estatuídos, zelando sempre pela proteção do interesse público, devendo ser verdadeiros guardiões desse interesse, assim como, *mutatis mutandis*, ao STF cabe a guarda da Constituição Federal.

Destarte, mesmo não sendo a titular do interesse público, a Fazenda Pública apresenta-se como o ente destinado a preservá-lo, o seu guardião, visando sempre conciliar os interesses contrapostos e buscar o bem comum, lutando sempre pelo fiel cumprimento do ordenamento jurídico e pela probidade administrativa.

Como leciona Carneiro da Cunha, “a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública”<sup>5</sup>.

Visto que tutela o interesse público, o erário, que é formado pela contribuição de todas as pessoas que formam a sociedade,

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, 1991, p. 160.

<sup>5</sup> CUNHA, 2003, p. 27.

ostenta a Fazenda Pública privilégios quando atua em juízo, ou seja, como a autoridade pública administra os recursos estatais, resta aí o fundamento para o tratamento diferenciado que recebe a Fazenda Pública em juízo.

Com efeito, em virtude da existência do interesse público, cabe [...] ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos<sup>6</sup>.

Emergiram, nesse contexto, as já elencadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, propondo-se a dar melhores condições para a representação judicial do Estado.

Cumpre, entretanto, tecer mais algumas considerações a respeito do Estado na titularidade desse interesse público.

Sabe-se que o Estado é uma pessoa jurídica e possui interesses. Nesse prisma, de acordo com Bandeira de Mello,

[...] o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas (as demais pessoas físicas e jurídicas), concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes [...] não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito<sup>7</sup>.

Invocando a doutrina italiana, o professor paulista conclui que esses interesses – ditos secundários – só podem ser buscados quando coincidentes com os interesses primários do Estado, ou seja, os interesses públicos propriamente ditos.

<sup>6</sup> CUNHA, 2003, p. 28.

<sup>7</sup> MELLO, 2003, p. 57.

Podemos encontrar, na prática administrativa brasileira, vários exemplos de interesses públicos secundários: o Estado recusar-se administrativamente à responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros; o interesse em pagar valores ínfimos nas desapropriações; o interesse em tributar desmesuradamente os administrados, enriquecendo o erário e empobrecendo a sociedade. Tais interesses não são públicos, pois o interesse público primário visa ao bem-estar da coletividade.

Entendemos que o interesse público é aquele que melhor fomenta ou realiza os interesses e objetivos propugnados na nossa Constituição Federal. Por isso, Hely Lopes Meirelles arremata que, salvo suas prerrogativas processuais, “a Fazenda Pública, como autora ou ré, assistente ou oponente, litiga em situação idêntica a do particular”<sup>8</sup>.

Deve-se, portanto, analisar com cautela a questão do interesse público para que a Fazenda Pública não o invoque em sua defesa para coibir a antecipação de tutela em seu desfavor quando, por vezes, está defendendo interesses públicos secundários e não os interesses públicos propriamente ditos.

Em suma, em se tratando de pessoa jurídica de direito público que defende interesses próprios, entendemos que fere o princípio da igualdade a concessão das prerrogativas processuais aludidas, ao passo que, quando essa pessoa jurídica esteja resguardando interesses que dizem respeito a toda coletividade, ao interesse público primário, aí sim justificam-se tais prerrogativas.

### 1.3 As restrições da Lei n. 9.494/1997

Controverte-se, outrossim, a respeito do cabimento dos pro-  
vimentos de urgência contra o Poder Público. Muito já se discutiu

---

<sup>8</sup> MEIRELLES, 2003, p. 691.

a respeito da admissibilidade da antecipação de tutela nas ações ajuizadas em face da Fazenda Pública, existindo posições contrárias e favoráveis ao seu cabimento.

Como já referido, aqueles que se posicionaram pelo não-cabimento da tutela antecipada refugiaram-se nas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, em especial a regra do reexame necessário (CPC, art. 475) e a sistemática do precatório (CF, art. 100). De outra banda, os que propugnam a possibilidade de concessão da tutela asseveram que como o provimento que concede a tutela antecipada possui a natureza de decisão interlocutória, não estaria sujeita ao reexame necessário.

Ora, no processo de mandado de segurança, há reexame necessário e, nem por isso, está vedada a concessão de liminar. Portanto, colocamo-nos ao lado de Carneiro da Cunha, quando atesta que a simples existência desse instituto não é fator necessário e suficiente para impedir a concessão de provimentos antecipatórios contra a Fazenda Pública<sup>9</sup>. Como a decisão concessiva de tutela antecipada não é sentença, não está impedida de produzir seus efeitos em face do duplo grau de jurisdição, tendo em vista, obviamente, que a decisão de antecipação de tutela é excepcional e só se concede em casos de urgência.

Haverá, contudo, proibição de concessão de tutela antecipada nos casos devidamente previstos na Lei n. 9.494/1997. Nesse caso, em razão de vedação legal que tem como premissas regras financeiras e limites orçamentários, não se concede a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Isso significa que, excetuadas as hipóteses de vedação contidas na aludida lei, os casos não alcançados pela proibição são passíveis de concessão da tutela.

O art. 1º da Lei n. 9.494/1997 assim está disposto:

---

<sup>9</sup> CUNHA, 2003, p. 154.

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

Apesar do enunciado pouco elucidativo, percebemos que as remissões legais a que faz referência o artigo transcrito são de disposições restritivas de concessões de liminares e cautelares contra a Fazenda Pública, que foram estendidas aos casos de antecipação de tutela com o advento da Lei n. 9.494/1997. Destaque-se que o artigo citado teve a sua constitucionalidade confirmada pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4/DF.

Analisando cada remissão legal elencada na referida lei, infere-se que não será cabível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública nas seguintes hipóteses:

- a) quando houver a finalidade de reclassificar ou equiparar servidor público ou conceder aumento ou extensão de vantagens (Lei n. 4.348/1964, art. 5º). A sentença final, na hipótese, só poderá ser executada após o seu trânsito em julgado (Lei n. 4.348/1964, art. 5º, parágrafo único), isso devido ao efeito suspensivo que possui o recurso, voluntário ou *ex officio* (Lei n. 4.348/1964, art. 7º, Lei n. 8.437/1992, art. 3º);
- b) pagamento de vencimentos e vantagens de servidor público que tenham tido vencimento anterior à data do ajuizamento da demanda (Lei n. 5.021/1966, art. 1º);
- c) tiver por objetivo o pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias (Lei n. 5.021/1966, art. 1º, § 4º);
- d) toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei n. 8.437/1992, art. 1º);

- e) não será cabível, no juízo de primeiro grau quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal (Lei n. 8.437/1992, art. 1º, § 1º);
- f) para compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei n. 8.437/1992, art. 1º, § 5º, com redação dada pela MP n. 2.180-35, de 24.8.2001);
- g) os arts. 3º e 4º da Lei n. 8.437/1992 dispõem que os recursos interpostos, voluntários ou *ex officio*, pelas pessoas jurídicas de direito público terão efeito suspensivo, e compete ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em despacho fundamentado.

O ministro Celso de Mello, na Reclamação n. 1.514-9/RS, DJU de 19 jun. 2000, explica bem o dispositivo:

O exame dos diplomas legislativos mencionados no preceito em questão evidencia que o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o Poder Público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público; (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas.

Em suma, o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 restringiu-se a vedar a concessão de antecipação de tutela, em favor de servidores, nos feitos que envolvam questões remuneratórias.

Vistos os casos em que a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública é vedada por força de lei, conclui-se que, nas demais hipóteses, é plenamente cabível a antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público. Com efeito, é notório que se uma norma limita alguns direitos, em princípio exercitáveis, *a contrario sensu*,

remanesce intocado o direito de exercer os demais pela norma não cogitados<sup>10</sup>, ou seja, fora das limitações, medidas de antecipação de tutela são normalmente aplicáveis em face do Poder Público.

Assim, nas palavras de Scarpinella Bueno,

[...] é possível entendermos a admissão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública mesmo naqueles casos que signifiquem pagamento em dinheiro e desde que, evidentemente, estejam presentes, na hipótese, os pressupostos do *caput* do art. 273 e de um ou, concomitantemente, de ambos os seus incs. I e II do CPC<sup>11</sup>,

pois a incorporação desse instituto no processo civil brasileiro acabou por revelar opção nítida do legislador brasileiro no sentido de prestigiar a *efetividade da justiça* e não a segurança jurídica<sup>12</sup>, ainda que não tenhamos uma negação desta, mas mera atenuação. Registre-se, ainda, que nesses casos de pagamento em dinheiro, a jurisprudência entende necessária a comprovação da necessidade urgente e inadiável da verba pela parte requerente<sup>13</sup>.

Destarte, infere-se o cabimento, ainda que temperado, da tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Obviamente, como ensina Benucci,

[...] o âmbito de aplicabilidade em face da Fazenda Pública não é o mesmo âmbito de aplicabilidade da antecipação em face das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, pelo *status* diferenciado que a Fazenda Pública possui, especialmente quanto às obrigações de pagar quantia certa. No entanto, quando a Fazenda Pública for demandada, como já exposto, há plena possibilidade da antecipação da tutela<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> VAZ, 2003, p. 88.

<sup>11</sup> SCARPINELLA BUENO, 1999, p. 49.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG 2001.04.01.023350-0, relator desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJU de 15 ago. 2001.

<sup>14</sup> BENUCCI, 2001, p. 109.

De resto, parece correto o entendimento segundo o qual, mesmo tendo sido reconhecida genericamente a constitucionalidade de lei em apreço, nada impede o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade da aplicação da norma proibitiva, sob o crivo da razoabilidade e da proporcionalidade.

O STF já teve a oportunidade de registrar tal visão em julgamento, ou seja, conquanto em abstrato não haja inconstitucionalidade na restrição a concessão de liminares contra o Poder Público, não fica prejudicado “o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação de norma proibitiva de liminar”<sup>15</sup>.

Ressalte-se, de outra banda, o cuidado que se deve ter com essas restrições, pois a plenitude da jurisdição cautelar é instrumento de proteção do processo e salvaguarda das funções do Poder Judiciário. O STF deve sempre estar atento para controlar a razoabilidade dessas leis restritivas do poder cautelar.

Essa substituição de funções pode ser perigosa, conforme anota Eduardo Mesquita:

Substituir a avaliação acerca da necessidade de tutela urgente, que deve ser naturalmente realizada pelo magistrado, pela avaliação do legislador, transferindo para este a verificação do cabimento da medida urgente, traduz odiosa mácula ao princípio do juiz natural<sup>16</sup>.

Cumprido, doravante, analisar a sistemática do precatório quanto à sua compatibilidade com as tutelas de urgência.

#### 1.4 A sistemática constitucional dos precatórios

Tem lugar a execução por via do precatório judicial quando

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 223/DF, relator ministro Sepúlveda Perence, *DJU* de 29 jun. 1990.

<sup>16</sup> MESQUITA, 2006, p. 212.

houver condenações ao pagamento de quantia líquida e certa. A disciplina desse tipo de execução corre por conta do art. 100 da Constituição Federal:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Na esteira do que ensina Paulo Afonso Brum Vaz,

[...] a efetivação da tutela antecipada não é compatível com a regra do precatório, expediente de cobrança demorado por natureza, submetido à satisfação da obrigação no exercício seguinte, e que pressupõe o acerto definitivo da lide, somente obtido por sentença transitada em julgado<sup>17</sup>.

Com efeito, a redação do parágrafo primeiro do art. 100 da Lei Maior determina a inclusão de verba necessária ao pagamento dos débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, o que não é o caso da tutela antecipada, que, como já dito, tem natureza de decisão interlocutória.

Por esse motivo, Carreira Alvim<sup>18</sup> assevera que a sistemática dos precatórios não constitui óbice aos pagamentos oriundos de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, primeiro porque não resulta de sentença e depois porque a urgência da medida é incompatível com a morosidade dos precatórios. Mesmo sabendo que a regra é a expedição de precatórios com o trânsito em julgado das sentenças, essa regra, concretizadora do princípio da segurança jurídica, não é absoluta, podendo ceder no caso de confronto com outros prin-

---

<sup>17</sup> VAZ, 2003, p. 72.

<sup>18</sup> ALVIM, 1999, p. 182.

cípios e direitos fundamentais albergados pela nossa Constituição e que serão vistos neste estudo, todos aplicáveis ao caso concreto<sup>19</sup>.

Ora, se o intuito da tutela antecipada é o de afastar situações que possam causar danos irreparáveis caso sejam compelidas a aguardar o julgamento definitivo da lide, não é razoável nem lógico submeter a parte beneficiada à espera natural decorrente da expedição do precatório<sup>20</sup>. Se admitirmos que a urgência e o risco de dano irreparável não são tão relevantes apenas porque a parte-ré é a Fazenda Pública, estamos ferindo de morte o princípio da igualdade.

Como assinala Brum Vaz<sup>21</sup>, a antecipação da tutela não foi concebida para uma mera atenuação dos efeitos do tempo no processo, mas sim para casos excepcionais em que não se pode esperar, sob pena de dano irreparável e ineficácia da prestação jurisdicional.

Ainda que entendamos que a antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público deva ser submetida, de qualquer modo, ao regime dos precatórios, corre-se o risco de injustiças serem cometidas, pois mesmo com a regra de que o pagamento deve ser efetuado nos dezoito meses subseqüentes à apresentação dos precatórios<sup>22</sup>, esses prazos não são honrados com regularidade.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AGA 2003.04.01.009240-8, relator juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, *DJU* de 1º out. 2003.

<sup>20</sup> Com entendimento contrário, de que mesmo na antecipação de tutela deve-se submeter ao regime dos precatórios, veja-se Frias (1996, p. 60-79): “Tratando-se de obrigação por quantia certa reconhecida em antecipação de tutela contra a Fazenda, não há como evitar o precatório, da mesma forma que, se o particular não pagar voluntariamente o valor reconhecido provisoriamente no provimento antecipatório, sujeitar-se-á à execução provisória, em que se praticam todos os atos até final satisfação do direito de crédito”.

<sup>21</sup> VAZ, 2003, p. 76-77.

<sup>22</sup> CF, art. 100, § 1º: “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças

A razão desse problema, segundo Franciulli Netto<sup>23</sup>, está no endividamento cada vez maior do Poder Público aliado ao fato de que existem outras dívidas com um grau de prioridade maior para a Fazenda, como empréstimos, despesas de fornecimento de mercadorias e prestação de serviços que, caso não pagos, retiram a credibilidade do Estado, podendo causar risco à preservação de seu crédito.

Os defensores das prerrogativas do Estado entendem que a execução contra o Estado só é cabível pela via do precatório e após o trânsito em julgado das decisões judiciais. Além disso, para o Estado, recorrer nada custa e a gama de recursos disponíveis é de perder de vista. Como, então, compatibilizar uma tutela de urgência diante de todos esses obstáculos?

Acreditamos que existe esperança se recorrermos aos direitos que nos foram garantidos na Constituição Federal. Estes estão protegidos contra a dilapidação do legislador constituinte reformador que, diuturnamente, tem reformado a nossa Lei Maior, por vezes, para satisfazer interesses momentâneos de um governante. Para Konrad Hesse<sup>24</sup>, o direito constitucional, e conseqüentemente a Constituição, não existe apenas para justificar as relações de poder dominantes, e sim para estar a serviço de uma ordem estatal justa.

Sabemos que, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor ou delegar tarefas e o efetivo cumprimento das condutas estabelecidas no texto constitucional corroboram para o adensamento de sua força normativa. Se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essas

---

transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1<sup>a</sup> de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”.

<sup>23</sup> FRANCIULLI NETTO, 1999.

<sup>24</sup> HESSE, 2005, p. 11.

ordens<sup>25</sup>, estaremos contribuindo para a eficácia social da nossa Norma Ápice, segundo a perspectiva kelseniana.

Trazer efetividade para o texto constitucional é o mínimo que se pode fazer para que tenhamos um Poder Judiciário que realize a justiça em cada caso concreto, especialmente quando a Fazenda Pública figurar no pólo passivo da relação jurídica processual.

## **2 A efetividade da prestação jurisdicional**

### **2.1 Princípio da isonomia**

Devemos ter em vista que esses privilégios processuais, por concederem vantagens ao Estado, não devem ser interpretados em sentido extensivo, pois, como ensina Carlos Maximiliano, “consideram-se excepcionais as disposições que asseguram privilégio”<sup>26</sup>, restringindo-se às disposições legais, para que não ocorram abusos, pois todas as regras estão adstritas ao princípio da isonomia. Então, por exemplo, parece-nos claro que se a Lei n. 9.494/1997 elenca os casos em que a tutela antecipada é vedada, nas demais hipóteses a vedação não acontece.

É certo que o interesse público merece uma tutela especial, mas encontra limites nos princípios da isonomia material, proporcionalidade e razoabilidade. A isonomia material garante e justifica as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública quando emana a idéia da isonomia de Aristóteles, segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na proporção de sua desigualdade.

Assim, se a Fazenda Pública lida com interesses importantes

---

<sup>25</sup> HESSE, 2005, p. 18.

<sup>26</sup> MAXIMILIANO, 1998, p. 232.

para a sociedade, deve merecer tratamento processual diferenciado, desde que “afete a todos igualmente, que seja executado com fidelidade aos critérios legalmente estabelecidos, que esteja perfeitamente justificado o elemento discriminador e que guarde consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”<sup>27</sup>.

Com efeito, de acordo com Bandeira de Mello, em sua monografia sobre a igualdade, “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”<sup>28</sup>. Porém, é notório que numa sociedade tão complexa e díspar como a nossa, a isonomia formal é insuficiente e caduca, pois como assevera Kelsen,

a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles<sup>29</sup>.

Partindo do autorizado conceito aristotélico de igualdade, Bandeira de Mello buscou aclarar o negrume que pairava sobre os critérios legitimamente aferíveis para determinar quem são os iguais e os desiguais, para que se conceda o tratamento jurídico diferenciado de forma coerente.

Desse modo, edificou ele três critérios básicos para identificar o respeito ou desrespeito à isonomia. Primeiramente, verifica-se o elemento tomado como fator de discriminação. Em seguida, cumpre averiguar a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no

---

<sup>27</sup> VAZ, 2003, p. 61.

<sup>28</sup> MELLO, 2005, p. 10.

<sup>29</sup> KELSEN, 1979, p. 203.

tratamento jurídico diversificado. Por último, atina-se à consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. A hostilidade ao preceito isonômico pode residir em qualquer desses critérios.

O tema aqui tratado guarda semelhança especialmente com este último critério apontado pelo administrativista, quando fala da harmonia ou não do fator de desigualação com o sistema constitucional vigente. Esse é um dos pontos que queremos analisar.

Submetendo as prerrogativas processuais da Fazenda Pública ao crivo dos critérios para aferição do respeito ou desrespeito à isonomia, temos o seguinte: em relação ao primeiro critério, o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas, pessoas ou situações possuem em si. A Fazenda Pública defende o interesse público, o advogado particular defende o interesse da parte, interesse privado. Como o interesse público se sobrepõe ao do particular, temos aí elementos que rendem ensejo ao traço diferencial adotado no tratamento da Fazenda Pública quando em juízo.

Continuando a breve análise, constata-se que “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrîmen* e a discriminação legal decidida em função dele”<sup>30</sup>. Assim, existe justificativa racional para que, por exemplo, a Fazenda Pública tenha prazo dilatado em quádruplo para contestar?

A discriminação não pode ser fortuita ou gratuita, deve haver uma adequação racional entre o tratamento diferenciado e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo<sup>31</sup>. A nosso sentir, existe

---

<sup>30</sup> MELLO, 2005, p. 37.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 39.

correlação lógica para o prazo dilatado, pois o advogado público, em regra, é submetido a um volume de trabalho maior e, enquanto um advogado particular pode selecionar as causas que lhe interessa, recusando aquelas que não convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder com a defesa da Fazenda Pública<sup>32</sup>. Cite-se, outrossim, a burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa e, finalmente, como não poderia deixar de ser, o exercício da tutela do interesse público.

Diante do exposto, entendemos que existe uma adequação lógica entre o tratamento diferenciado e o fator diferencial, ao menos no exemplo dado.

Tem-se, por outro lado, caso em que o STF reconheceu que a instituição de privilégios à Fazenda Pública violava os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, em conseqüência, ofendia o preceito isonômico. Na ADI n. 1.753/DF, questionou-se a respeito da constitucionalidade da ampliação do prazo para a Fazenda Pública propor ação rescisória. O Supremo entendeu que se tratava de privilégios inconstitucionais, pois as inovações discutidas,

[...] de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito particular já reconhecido em juízo<sup>33</sup>.

Por derradeiro, deve-se verificar a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição Federal. Reside aqui o nó górdio da questão sobre a vedação ou não da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

---

<sup>32</sup> CUNHA, 2003, p. 28-29.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI n. 1.753/DF, relator ministro Sepúlveda Pertence, *DJU* de 12 jun. 1998.

Entendemos que, desde que perfeitamente justificado o elemento discriminador, não se pode falar, via de regra, em violação ao princípio da igualdade. No caso, por exemplo, da antecipação de tutela contra o Poder Público, não encontramos na ordem jurídica brasileira justificativa plausível para a sua proibição indiscriminada.

A existência de óbices como a regra do reexame necessário constante no art. 475 do CPC e a sistemática do precatório no art. 100 da CF não veda a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, pois é flagrante a desproporção entre a vantagem obtida pela Fazenda Pública e o sacrifício imposto à parte que aparenta ter o direito ao provimento jurisdicional favorável.

Como constata Dinamarco, “apoiados no falso dogma da *indisponibilidade dos bens do Estado*, os privilégios concedidos pela lei e pelos tribunais aos entes estatais alimentam a *litigiosidade irresponsável* que estes vêm praticando”, mediante a propositura de lides temerárias, excessiva interposição de recursos, “tudo concorrendo ainda para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população”<sup>34</sup>.

Não se pode, simplesmente, em nome da supremacia do interesse público, suprimir os direitos do particular, quando o dever do Estado é garantir a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

## 2.2 A tutela antecipada e a busca pela efetividade do processo

Sob o influxo das observações já declinadas, passemos ao estudo do instituto processual da tutela antecipada, com algumas considerações gerais, para então refletir sobre a possibilidade de sua aplicação quando figurar no pólo passivo da relação jurídica processual pessoa jurídica de direito público.

---

<sup>34</sup> DINAMARCO, 2004, p. 214.

Uma vez que o Estado proibiu a autotutela privada, incumbiu-se da árdua tarefa de prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses para o qual haja a provocação das partes. O jurisdicionado, portanto, não tem apenas direito à tutela jurisdicional, mas a uma resposta adequada e efetiva. Por vezes, o procedimento ordinário não se tem mostrado adequado para solucionar várias situações concretas.

Como se tornou notório na prática jurídica brasileira, o procedimento ordinário é por natureza extenso, uma vez que o juiz é chamado a proferir, nos processos que o seguem, julgamentos baseados em juízos de certeza, com cognição plena e exauriente.

Há, porém, como ensina Freitas Câmara,

[...] situações em que não se pode esperar o tempo necessário à formação do juízo de certeza exigido para a prolação de sentença no processo cognitivo, havendo a necessidade, para se tutelar adequadamente o direito material, de se prestar uma tutela jurisdicional satisfativa mais rápida<sup>35</sup>.

Em outras palavras, tutela essa capaz de cumprir o objetivo precípua do processo, que é a pacificação com justiça, dentro de um prazo razoável, que não prejudique as partes pela dilatação demasiada desse lapso temporal entre a petição inicial e o trânsito em julgado da ação judicial. O processo, nas palavras de Marinoni, “para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito”<sup>36</sup>.

É consabido que a idéia de processo está relacionada com o tempo, pois o seu resultado depende da prática de vários atos, sendo necessário o decurso de razoável prazo para seu término. Essa demora

---

<sup>35</sup> CÂMARA, 2005, p. 89.

<sup>36</sup> MARINONI, 1998, p. 107.

pode comprometer a efetividade processual, pois desde Beccaria<sup>37</sup> já se tem a idéia de que *justiça tardia não é justiça*. É aí que surge a tutela antecipada, pois o dano decorrente do prolongamento do processo é um dos requisitos que rendem ensejo à sua aplicação.

A antecipação da tutela veio à existência com o advento da Lei n. 8.952/1994, modificando a redação do art. 273 do Código de Processo Civil<sup>38</sup>. Seguindo os reclamos pela efetividade da prestação jurisdicional, com a tomada de consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade<sup>39</sup>, surgiu instituto que consagra uma prestação jurisdicional de natureza cognitiva, sumária e satisfativa, por meio da qual, presentes os requisitos legais, antecipa-se, provisoriamente, o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento<sup>40</sup>.

Permite-se, assim, que o direito seja exercido desde logo. É uma forma diferenciada de prestação da tutela jurisdicional, em que se obtém tutela satisfativa com celeridade, com base em juízo de probabilidade, que corresponde a uma “quase-certeza”, razão pela qual exige-se, nesse campo, a existência de alguma produção probatória<sup>41</sup>.

Sob a inspiração dos princípios da economia processual, celeridade e efetividade, materializa-se, com eficácia provisória, a própria proteção jurídica postulada em sede do processo de cognição, mas com vocação para, no futuro, ostentar a eficácia permanente, com a prolação da sentença e seu trânsito em julgado.

---

<sup>37</sup> BECCARIA, 1996, p. 87.

<sup>38</sup> Registre-se que estamos a discorrer sobre a antecipação de tutela, nos moldes do art. 273 do CPC. Mas, antes mesmo dessa lei, já havia medidas liminares no sistema processual, como é o caso da liminar em mandado de segurança e nas ações possessórias.

<sup>39</sup> GRINOVER, 2005, p. 47.

<sup>40</sup> CONTE, 1995, p. 18.

<sup>41</sup> CÂMARA, 2005, p. 281.

Por se tratar de forma de tutela jurisdicional diferenciada, deve ter caráter excepcional e só pode ser prestada nos casos em que se faça estritamente necessária, é dizer, nos casos em que esta for a única forma de prestação da tutela jurisdicional adequada à tutela do direito substancial. Exige, além da probabilidade de existência do direito alegado, uma situação capaz de gerar fundado receio de dano grave (*periculum in mora*), de difícil ou impossível reparação, ou que tenha ocorrido abuso do direito de defesa por parte do demandado (CPC, art. 273, I e II).

Em última análise, o instituto da tutela antecipada veio à existência para tornar eficazes os dispositivos constitucionais que garantem o acesso à justiça<sup>42</sup>, pois essa garantia tornar-se-ia inócua se a lei não viesse a dispor sobre o direito processual, viabilizando a atuação do Estado na adequada solução de conflitos.

### 2.3 Direitos fundamentais dos litigantes

Estão elencados nos artigos iniciais da Constituição Federal os direitos fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito.

Essa idéia de fundamentalidade, conforme lição de Canotilho<sup>43</sup>, denota uma especial proteção desses direitos, no sentido formal e material. Do sentido formal, por exemplo, podemos concluir que as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são colocadas no grau superior da ordem jurídica e são dotadas de vinculatividade e aplicação imediata: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (CF, art. 5º, § 1º).

Já a fundamentalidade material fornece suporte para a aber-

---

<sup>42</sup> SCHEER, 2006, p. 276-292.

<sup>43</sup> CANOTILHO, 1998, p. 349.

tura da Constituição a outros direitos fundamentais não constitucionalizados formalmente, dando espaço para o surgimento de outros direitos não tipificados, pois, como se sabe, o art. 5º de nossa Constituição possui um elenco não exaustivo de direitos fundamentais: “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” (CF, art. 5º, § 2º).

Dentre essa gama de direitos fundamentais, destacaremos aqueles pertinentes ao nosso estudo e que denotam quais são os bens jurídicos que o Estado deseja tutelar, os interesses elevados à categoria de cláusula pétrea na Lei Fundamental, devido à sua importância para a concretização do bem comum e benefício da coletividade.

Veremos, assim, aqueles direitos e princípios fundamentais que servirão de base para a defesa da efetividade da prestação jurisdicional no caso do conflito de interesses com a Fazenda Pública.

### 2.3.1 *Princípio da inafastabilidade*

O inciso XXXV do art. 5º consagra o princípio da inafastabilidade (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e defende o direito à adequada tutela jurisdicional, ou seja, nas palavras de Marinoni, o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos<sup>44</sup>. Como já ensinava Pontes de Miranda, o princípio da inafastabilidade estabelece que “a lei ordinária não pode excluir da apreciação judicial, do *judicial control*, as próprias leis, ou quaisquer outras regras jurídicas, nem a defesa dos direitos individuais que se fundem em regras jurídicas da Constituição”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> MARINONI, 1998, p. 108.

<sup>45</sup> PONTES DE MIRANDA, 1968, p. 97.

Com efeito, se o direito à tutela jurisdicional adequada é garantido pela Constituição, emerge uma obrigação ao legislador infra-constitucional para que elabore leis que estruturam um sistema processual favorável à efetividade do processo e se abstenha de elaborar leis que tolham esse direito, pois iriam de encontro ao dispositivo constitucional e seriam, destarte, eivadas de inconstitucionalidade.

Um sistema de tutela dos direitos que não possua procedimentos aptos a tutelar uma situação específica de direito substancial certamente não estará obedecendo a exigência constitucional<sup>46</sup> exposta no dispositivo que consagra a inafastabilidade.

Ora, se a realidade da sociedade cria situações que demandam uma resposta rápida do Judiciário, sob pena de prejuízo irreparável e que, portanto, não comporta a espera do tempo despendido na cognição processual, cumpre a realização de uma tutela de cognição sumária que, respeitando o devido processo legal, venha a solucionar a questão e pacificar com justiça o conflito.

Tomemos como exemplo o indivíduo que possui crédito contra a Fazenda Pública e precisa urgentemente do dinheiro para tratamento de neoplasia maligna. Nesses casos, o direito à adequada tutela jurisdicional tem como opção de efetividade a antecipação de tutela do art. 273 do Código de Processo Civil.

Por vezes, a gravidade da situação de fato não abre espaço para a tutela do direito via ação ordinária, somente se compatibilizando com tutelas de urgência. Esses tipos de tutela são, na hipótese aventada, os instrumentos que concretizam o direito à adequada tutela jurisdicional. A restrição do uso desse tipo de tutela num caso que só terá solução satisfatória por essa via procedimental significa evidente lesão ao princípio da inafastabilidade.

---

<sup>46</sup> MARINONI, 1998, p. 108.

Deve-se, portanto, ser declarada a inconstitucionalidade de qualquer norma infraconstitucional que torne inviável o exercício desse direito fundamental, ou seja, que impeça o Poder Judiciário de tutelar de forma efetiva os direitos lesados ou ameaçados que a ele são levados em busca de proteção<sup>47</sup>. É de nenhuma valia que o cidadão possua direitos, mas não tenha meios para exercê-los plenamente.

O direito ao processo engloba o devido processo legal, o direito à adequada tutela jurisdicional, o direito de petição e o direito à tutela urgente, todos iminentes ao Estado de Direito. A busca pela efetividade de todos esses direitos deve ser requerida, assim, por todos os cidadãos, até mesmo o direito à antecipação de tutela, que nada mais é do que um instrumento necessário para trazer efetividade – no sentido de ter aptidão para propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática de sua vitória – a certas situações de urgência que demandam uma resposta célere do órgão jurisdicional.

### 2.3.2 *Devido processo legal*

A regra do devido processo legal é o corolário do Estado de Direito e homenageia a segurança jurídica para todos os envolvidos em qualquer processo judicial, pois traz mais estabilidade e previsibilidade às ações do Poder Judiciário.

Advindo do *due process of law*, cuja matriz remonta à Carta Magna de 1215 e, modernamente, à Constituição norte-americana, o devido processo legal possui duas facetas: o devido processo legal de caráter processual, que se entende como sendo “a possibilidade da parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, tendo como escopo instrumentos preestabelecidos para tal finalidade ser perquirida”<sup>48</sup>;

---

<sup>47</sup> MARINONI, 1998, p. 112.

<sup>48</sup> BERARDI, 2006, p. 210-276.

e o de cunho substantivo, no qual se procede a uma legítima limitação ao poder estatal, de modo que censure a própria legislação e declare a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os *landmarks* do regime democrático.

Essa garantia serve até os dias atuais como instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental<sup>49</sup>.

Observa Dinamarco, sintetizando esse princípio e relacionando as duas facetas do devido processo legal, a processual e a substantiva:

não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei<sup>50</sup>.

Desse princípio basilar do processo civil advêm alguns desdobramentos. Entre eles, podemos destacar uma garantia fundamental que é a igualdade entre as partes (CPC, art. 125, I). Em decorrência disso, como acentua Guerra Filho, surge “a necessidade de se dar uma feição nova ao processo, para que se torne um ‘processo social’, garantindo o efetivo acesso à justiça, direito fundamental do cidadão”<sup>51</sup>.

Isso nos leva a crer que, nessa nova dimensão, devemos passar da mera igualdade formal para uma igualdade material,

[...] com a busca de se estabelecer uma equiparação das possibilidades de atuação em juízo daqueles menos favorecidos de meios econômicos ou outros meios, minorando os efeitos danosos dessa disparidade sobre o conteúdo de justiça do resultado dos processos<sup>52</sup>.

A nosso ver, a regra, como disposta no direito do consumidor, é

---

<sup>49</sup> BARROSO, 1998, p. 65-78.

<sup>50</sup> DINAMARCO, 2004, p. 247.

<sup>51</sup> GUERRA FILHO, 2005b, p. 195.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 196.

que se deve dar primazia jurídica a quem não possui a primazia econômica, mas no caso da Fazenda Pública ocorre exatamente o inverso.

Na mesma linha de pensamento de Guerra Filho, André Ramos Tavares entende que

[...] o devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência de paridade total de condições com o Estado [...]. É, em realidade, o próprio contraditório<sup>53</sup>,

que também é direito fundamental garantido na CF/88, art. 5º, 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”.

Ora, se devemos utilizar a plenitude dos meios jurídicos para tutelar nossos direitos, certamente está incluída nesse leque de opções a regra do art. 273 do Código de Processo Civil, não importando quem figure no pólo passivo da demanda.

A garantia do devido processo legal, em seu aspecto processual, se desdobra na garantia do pleno acesso à justiça, como já dito, e isso significa, segundo Freitas Câmara<sup>54</sup>, que se deve assegurar a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem a possibilidade de obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário.

Em outras palavras, devem existir meios para que essas pretensões sejam satisfeitas e o jurisdicionado tenha sua posição jurídica de vantagem protegida, e isso inclui a antecipação de tutela – ainda que em face do Poder Público –, pois este instituto foi recebido

---

<sup>53</sup> TAVARES, 2003, p. 508.

<sup>54</sup> CÂMARA, 2005, p. 34.

pelo sistema processual vigente no intuito de dar o máximo possível de efetividade ao processo.

### 2.3.3 *Tempestividade da tutela jurisdicional*

Introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o inciso LXXVIII do art. 5º da nossa Constituição foi assim vazado: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Esse direito fundamental tem como escopo fazer prevalecer a entrega de uma prestação jurisdicional célere e justa.

Sabemos que apenas a menção desse direito em nossa Constituição de nada vai adiantar se não forem feitas as mudanças processuais necessárias e, de igual modo, mudanças de mentalidade dos julgadores e dos profissionais do direito.

Esse dispositivo não é novidade em nossa ordem jurídica, pois já havia sido positivado pelo art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992:

Art. 8º Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [g.n.].

Não se tem dúvida, portanto, de que a intenção do legislador constituinte foi a de determinar regras com força de postulados jurídicos com nível constitucional para que a cidadania brasileira tenha, quando em estado de conflito, uma solução administrativa e

judicial no menor tempo possível<sup>55</sup>. O dispositivo é claro e vincula não apenas os órgãos judiciários como também o legislador.

Todos devem primar por um processo resolúvel em um prazo razoável, ou seja, pautado no princípio da razoabilidade, que nas palavras de Luís Roberto Barroso,

[...] é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. [...] É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia<sup>56</sup>.

Esse princípio possui o condão de garantir os direitos dos cidadãos em face de eventual arbítrio do poder estatal. A ciência processual precisa conciliar regras que garantam, ao mesmo tempo, celeridade e segurança na distribuição da justiça à coletividade.

Nesse prisma, o provimento jurisdicional em tempo razoável tornou-se direito subjetivo de cada jurisdicionado. O Estado tem o dever de respeitar esse direito, devendo ser responsabilizado pelo seu desrespeito. É notório que se a morosidade não fosse um problema crônico dentro de nosso Poder Judiciário, o inciso citado poderia até ser desnecessário. Porém, a realidade é outra.

A lentidão da resposta da Justiça inverte os papéis. Mesmo saindo vitoriosa após vagaroso processo judicial a parte sente-se injustiçada, pois o Estado não foi capaz de garantir exatamente aquilo que conseguiria se não fosse necessária a intervenção estatal para a solução do conflito<sup>57</sup>, e este é o desiderato maior do processo.

Por isso, outras medidas foram tomadas para dar efetividade ao mandamento que emana do inc. LXXVIII do art. 5º de nossa

---

<sup>55</sup> DELGADO, 2005, p. 355-371.

<sup>56</sup> BARROSO, 1998, p. 65-78.

<sup>57</sup> ALBUQUERQUE, 2005, p. 180-197.

Carta Política. Podemos citar, por exemplo, a nova redação do art. 93, inc. XIII, que prescreve o seguinte: “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”. Com efeito, o Poder Judiciário precisa da infra-estrutura necessária para atender a uma demanda crescente, e quanto mais juízes existirem, maior será a possibilidade de um julgamento célere.

Ainda nesse sentido, é louvável o avanço demonstrado pela Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, quando, no seu art. 9º, se estabelece a igualdade de prazos entre as partes, sejam elas quais forem:

Art. 9º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.

Devemos ter em mente que não necessariamente um processo de razoável duração quer significar um processo breve<sup>58</sup>. Todavia, em certas situações, o razoável é que se tenha um processo rápido sob pena de fazer perecer o direito da parte que recorre ao Judiciário.

No dizer de Marinoni, “o direito de acesso à justiça exige que o Estado preste a adequada tutela jurisdicional que [...] significa, também, a *tutela estatal tempestiva e efetiva*”<sup>59</sup> [g.n.]. Existe tutela adequada quando se verifica um procedimento hábil para atender satisfatoriamente ao caso concreto.

Sob essa óptica, infere-se que a antecipação dos efeitos da tutela possui a faculdade de satisfazer determinados direitos que demandam uma urgência no provimento jurisdicional e consubstanciam, no caso concreto, a razoável duração do processo, que é

---

<sup>58</sup> ANDRIGHI, 2005.

<sup>59</sup> MARINONI; ARENHART, 2001, p. 50.

necessária para salvaguardar o direito do postulante e garantir a efetividade do processo.

Esse raciocínio apenas fortalece a tese do cabimento dessa espécie de tutela ainda que em face do Poder Público, pois concretiza direito fundamental constitucionalmente garantido e que não pode ser subjugado por lei infraconstitucional.

Não basta que o cidadão tenha acesso ao Judiciário, é preciso que ele tenha verdadeiro acesso à justiça, dentro de um prazo razoável, por isso tal direito (art. 5º, LXXVIII) destaca-se como pressuposto para o exercício pleno da cidadania<sup>60</sup> no nosso Estado Democrático de Direito.

#### 2.3.4 *Dignidade da pessoa humana*

Segundo Perez Luño,

a dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo<sup>61</sup>.

A incorporação do Estado Social aperfeiçoou esses paradigmas, levando a dignidade da pessoa humana a resguardar não apenas os direitos da personalidade, mas também abarcando, dentro de sua esfera de proteção, os direitos sociais e os demais direitos fundamentais, estando incluso nessa órbita o direito ao acesso a uma ordem jurídica justa.

Objeto de divagações filosóficas, políticas e jurídicas durante séculos e já positivada nos ordenamentos jurídicos modernos, a dignidade da pessoa humana tornou-se, assim, uma referência

---

<sup>60</sup> HARTMANN, 2006.

<sup>61</sup> PEREZ LUÑO apud TAVARES, 2003, p. 406.

constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais<sup>62</sup>, um verdadeiro valor supremo que engloba os demais.

Em verdade, essa natureza lhe foi atribuída, porque a dignidade da pessoa humana está na base de toda a vida nacional, é atributo intrínseco de todo o ser humano, não é, pois, uma criação constitucional, é, como diz Afonso da Silva, um dado preexistente a toda experiência especulativa<sup>63</sup>.

Por esses motivos, foi a dignidade da pessoa humana erigida ao patamar de fundamento do Estado brasileiro:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o princípio citado acabou por se identificar como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, galgando uma função protetiva da dignidade. Por isso, atua ele como elemento limitador das restrições a direitos fundamentais.

Assim, todos os demais direitos fundamentais devem ser interpretados à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. É dizer, se os direitos fundamentais conferidos ao cidadão pela nossa Constituição lhes forem negados, estar-se-á negando-lhes a própria dignidade<sup>64</sup>.

Nesse contexto, conforme ensina Sarlet,

[...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se

<sup>62</sup> SILVA, J. A., 2004, p. 105.

<sup>63</sup> Idem, 1998, p. 89-95.

<sup>64</sup> SARLET, 2006, p. 85.

exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões de terceiros, seja qual for a procedência<sup>65</sup>.

Assim, incumbe, igualmente, ao legislador edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso significa que o jurisdicionado deve possuir os meios necessários para resguardar sua dignidade perante o Poder Judiciário, quando tiver direito seu violado.

Creemos que para a concretização da dignidade da pessoa humana devem ser utilizados todos os instrumentos jurídicos que se fizerem necessários e, não custa repetir, as tutelas de urgência podem para isso servir, ainda que movidas em face do Poder Público. Isso pode se dar para o resguardo do direito à vida ou à saúde, pois, como dito, a dignidade da pessoa humana engloba também os direitos sociais.

A título ilustrativo, podemos citar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que concedeu a tutela antecipada para o fornecimento de medicamentos essenciais à saúde ante a comprovação da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência da requerente. Segue a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela antecipada concedida para o fornecimento de medicamentos essenciais à saúde ante a comprovação da verossimilhança da alegação e da hipossuficiência da requerente. O direito à vida e à saúde é postulado constitucional e deve ser preservado mesmo quando contraposto com os termos da Lei n. 9.494/1997. Agravo de Instrumento improvido (Agravo de Instrumento n. 598430429, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator Augusto Otávio Stern, julgado em 11.2.1999).

Percebe-se a necessidade de se dar primazia aos direitos fun-

---

<sup>65</sup> SARLET, 2006, p. 110.

damentais que concretizem a dignidade da pessoa humana, desde que, obviamente, esses direitos estejam bem justificados, como no caso citado, pois constitui obrigação do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial as mais graves<sup>66</sup>.

### **3 A ponderação de interesses**

#### **3.1 A proporcionalidade e os interesses constitucionalmente protegidos**

É notório que a nossa Constituição, em virtude de seu estilo analítico, é capaz de incluir em suas disposições interesses que podem vir a se contrapor em determinados casos concretos. Na hipótese em estudo, a sistemática constitucional dos precatórios, por exemplo, pode entrar em conflito com o direito à efetividade da jurisdição e o direito fundamental da razoável duração do processo, incluído pela Emenda Constitucional n. 45 (art. 5º, LXXVIII), que se convencionou chamar na doutrina de princípio da tempestividade da tutela jurisdicional<sup>67</sup>.

Tendo como crivo o princípio da proporcionalidade<sup>68</sup> – que não está expressamente incluso no texto constitucional, mas que pode ser albergado pela Lei Maior pela via do § 2º do seu artigo 5º<sup>69</sup> –, podemos inferir que os direitos fundamentais precisam ser preservados, ao menos o seu núcleo essencial.

---

<sup>66</sup> Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 507.205/PR, relator ministro José Delgado, *DJU* de 17 nov. 2003.

<sup>67</sup> Por todos, CÂMARA, 2005, p. 58 e seguintes.

<sup>68</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade, consultar BONAVIDES, 2006, p. 392-434.

<sup>69</sup> “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”.

Não cabe aqui proceder a um estudo aprofundado a respeito do princípio da proporcionalidade, sob pena de ultrapassar o corte metodológico do trabalho, porém é mister apontar o papel fundamental que exerce tal princípio nos casos em que há colisão de interesses legalmente tutelados.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade se destina à correta interpretação e aplicação do direito,

[...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais<sup>70</sup>.

Para a aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>71</sup>, de acordo com teorizações desenvolvidas pela doutrina alemã, deve-se passar pelos exames da adequação (exige-se uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim<sup>72</sup>), necessidade (verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados<sup>73</sup>) e proporcionalidade em sentido estrito (comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais<sup>74</sup>).

---

<sup>70</sup> SILVA, V. A., 2002, p. 23-50.

<sup>71</sup> Controverte-se na doutrina a respeito da natureza da proporcionalidade: regra, princípio, dever, postulado aplicativo normativo. As denominações são as mais variadas possíveis. Não cabe aqui discutir sobre essas questões terminológicas, porém o mais importante é que entendamos o papel que a proporcionalidade representa para a interpretação constitucional e infraconstitucional.

<sup>72</sup> ÁVILA, 2005, p. 116.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 124.

Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho,

[...] a proporcionalidade em sentido estrito importa a correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim – o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o sopesamento (*Abwägung*) de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade e, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um, em detrimento do outro<sup>75</sup>.

Assim, considerando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade como o interesse público que a Fazenda Pública representa e, de outro, as garantias dos indivíduos, como a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, percebe-se que um interesse não pode se sobrepor completamente ao outro, tendo em vista que ambos estão garantidos pela Lei Maior.

A nosso sentir, uma solução bastante adequada para a questão encontra-se na vanguardista disposição encontrada no art. 18, inciso II da Constituição portuguesa de 1974, a saber:

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade tem o condão de preservar os direitos fundamentais que, mesmo podendo ser restringidos, devem preservar um mínimo de efetividade. A proporcionalidade vem para lapidar e otimizar a defesa das garantias constitucionais que são, no dizer de Rui Barbosa, “as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> GUERRA FILHO, 2005a, p. 267.

<sup>76</sup> BARBOSA, 1934, p. 278.

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade<sup>77</sup> e outros como a razoabilidade e a isonomia se consubstanciam em garantias fundamentais, com dimensão processual, de tutela de outros direitos e garantias fundamentais<sup>78</sup>, pois não pode o acesso a uma ordem jurídica justa ser tolhido apenas porque a parte-ré é o Poder Público.

O Estado não pode, por ter receio de sua justiça, torná-la praticamente inefetiva e ineficaz quando a pretensão é dirigida contra ele, criando quase que uma imunização ao Poder Judiciário<sup>79</sup>.

### 3.2 A interpretação constitucional e a ponderação

Com o advento da nova ordem constitucional brasileira, a dogmática jurídica sofreu o impacto de um conjunto novo de idéias, a que se denominou pós-positivismo<sup>80</sup> ou principialismo. Trata-se, conforme Barroso, de um esforço de superação do legalismo estrito, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo<sup>81</sup>. Nesse ambiente, a Constituição ganhou força e se consolidou como centro e ápice do sistema jurídico. Ganhou contorno a teoria dos princípios, pois, como assevera Robert Alexy, a discussão sobre a teoria dos princípios é, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação<sup>82</sup>. Explica-se.

---

<sup>77</sup> Também denominado de princípio da proibição do excesso, de acordo com Canotilho (1998, p. 260), esse princípio “é, hoje, assumido como um *princípio de controle* exercido pelos tribunais quando à adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito”.

<sup>78</sup> GUERRA FILHO, 2005a, p. 267.

<sup>79</sup> BUENO, 2003, p. 196.

<sup>80</sup> O pós-positivismo aqui citado é aquele conjunto ainda difuso de idéias, mas que está centrado nos direitos fundamentais e na tentativa de aproximação entre Direito e Ética, para evitar que o Direito seja novamente utilizado para legitimar atos bárbaros, como aqueles praticados no nazismo. Assim, o pós-positivismo introduz no ordenamento jurídico as idéias de justiça e legitimidade, condensadas em princípios.

<sup>81</sup> BARROSO, 2003, p. 28.

<sup>82</sup> ALEXY, 1999, p. 67-79.

Como a Lei Maior agregou em seu conteúdo um alto grau material e axiológico, passou a ser compreendida como uma ordem objetiva de valores<sup>83</sup> e sistema aberto<sup>84</sup> de princípios e regras, tornando-se o filtro através do qual se lê todo o direito infraconstitucional<sup>85</sup>.

Essas constatações tiveram o mérito de ampliar o espaço no qual a interpretação jurídica e o intérprete estão autorizados a caminhar, pois, ao lidar com conceitos jurídicos por vezes indeterminados, o legislador acaba transferindo a delimitação de sentido e alcance dos enunciados para o intérprete<sup>86</sup>.

Desloca-se, de igual modo, para o intérprete o ônus de bem

---

<sup>83</sup> “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho” (SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán* apud BARCELLOS, 2005, Prefácio).

<sup>84</sup> Esse sistema aberto se justifica pelo fato de que a Constituição não tem pretensão de completude, pois diante de uma sociedade complexa como a que vivemos, não é possível que o legislador seja capaz de prever todas as possibilidades de situações passíveis de gerar efeitos jurídicos. Diante disso, mais prudente é estabelecer princípios gerais, que permitem a integração pelo legislador infraconstitucional e aplicação pelo julgador. Assim, fica mais fácil a Constituição se adaptar às novas realidades sem que se torne ultrapassada, variando em certa medida no tempo, no espaço e em função das circunstâncias do caso concreto. “Especially in a rapidly changing society, there is pressure to create norms that are open in a way that makes it possible to adjust them to new conditions at the application stage” (“Especialmente em uma sociedade em constante mudança, há uma pressão para se criar normas que estejam abertas de modo que seja possível ajustá-las a novas condições, no estágio da aplicação”) (AARNIO, Aulis, *Reason and authority* apud BARCELLOS, 2005, p. 13).

<sup>85</sup> A chamada *filragem constitucional* consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo que realize os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO, 2003, p. 44. Vide também SCHIER, 1999).

<sup>86</sup> BARCELLOS, 2005, p. 13.

argumentar, especialmente nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento. Assim, na lição de Barroso e Barcellos,

o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional<sup>87</sup>.

Nessa perspectiva, uma Constituição que alberga vários elementos valorativos de conteúdo aberto (p. ex.: dignidade humana) e consagra valores diferentes (próprios de uma sociedade pluralista como a nossa) pode levar a um choque de interesses e direitos, como já explanado. É exatamente nesses pontos de conflito que entra em ação a ponderação, para solucionar as antinomias geradas.

Ana Paula de Barcellos entende a ponderação como sendo “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas<sup>88</sup> tradicionais”<sup>89</sup>.

Em linhas gerais, a ponderação é capaz de afastar a aplicação

---

<sup>87</sup> BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 377.

<sup>88</sup> Não pretendemos, com essa afirmação, defender a tese segundo a qual as formas hermenêuticas tradicionais estariam ultrapassadas ou incapazes de solucionar conflitos. Pelo contrário, todas devem continuar sendo usadas e aperfeiçoadas. Como leciona Virgílio Afonso da Silva, a ânsia em rejeitar os métodos tradicionais pode ter o efeito inverso e atrapalhar a discussão sobre as especificidades da interpretação constitucional. O autor pretende, em seu artigo, combater o sincretismo metodológico que comumente se faz no Brasil, trazendo para o mesmo plano teorias incompatíveis entre si. Os profissionais e acadêmicos de Direito precisam deste senso crítico para perceber o que deve e o que não se deve aplicar em nossa ordem jurídica. Atenta, outrossim, para o fato de que alguns princípios constitucionais não passam de cânones tradicionais de interpretação com uma nova roupagem. “O chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem chamando de ‘interpretação sistemática’” (SILVA, V. A., 2005, p. 127).

<sup>89</sup> BARCELLOS, 2005, p. 23.

de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais<sup>90</sup>.

Esses elementos guardam relevante pertinência com o tema deste estudo, pois dão a luz para a solução do problema posto, qual seja, os fenômenos de tensão existentes entre: a efetividade do processo, representados pelas tutelas de urgência; e as prerrogativas da Fazenda Pública, entre elas a regra constitucional dos precatórios e as restrições à concessão de liminares.

### 3.3 Colisão entre a efetividade do processo e as prerrogativas da Fazenda Pública

Todos os direitos constitucionalmente garantidos devem ser respeitados e cumpridos, de modo que estejam aptos a sempre produzir os efeitos que deles emanam. Entretanto, como já salientado, existem direitos que não podem ser aplicados simultaneamente e integralmente pelo simples fato de que eles são contrapostos.

A título de ilustração, temos o direito à intimidade, à vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, que podem, sem dúvida, em dado momento, colidir. Nesses casos, teremos, no dizer de Teori Albino Zavascki<sup>91</sup>, os chamados fenômenos de tensão entre direitos fundamentais, gerando as conhecidas colisões de direitos fundamentais.

Considerando que inexistente hierarquia, no plano normativo, entre direitos fundamentais conflitantes, faz-se mister a devida ponderação dos valores e bens jurídicos tensionados, de modo que se identifique uma possível relação de prevalência entre um deles,

---

<sup>90</sup> BARCELLOS, 2005, p. 6.

<sup>91</sup> ZAVASCKI, 1997, p. 62.

operando-se uma limitação de um em benefício daquele que se mostrar mais importante no caso concreto.

Para isso, utiliza-se a técnica da ponderação que, para Alexy, [...] corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. [...] O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais soa: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam<sup>92</sup>.

Com isso, percebe-se a estreita relação entre ponderação e proporcionalidade e sua influência para a solução desses conflitos existentes em nosso ordenamento jurídico.

Em relação ao tema específico do nosso trabalho, como já se fez notório, o decurso do tempo no processo, inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente, como salienta Zavascki<sup>93</sup>, quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Presente está aí a colisão de direitos, que deverá ser solucionada de acordo com os métodos aqui expostos.

Ressalte-se, apenas, que sob a ótica da colisão entre os direitos do Estado e do litigante, não se trata de uma genuína colisão de direitos fundamentais, pois o destinatário de direitos fundamentais é o cidadão e não o Estado, ainda que este possua direitos e prerrogativas. Assim sendo, nesse caso, trata-se de colisão de direitos. Porém, caso analisemos o conflito sob a ótica do conflito entre a eficácia da prestação da tutela jurisdicional e da segurança jurídica, aí sim será um conflito de direitos fundamentais, ainda que ambos

---

<sup>92</sup> ALEXY, 1999, p. 67-79.

<sup>93</sup> ZAVASCKI, 1995, p. 15-32.

sejam afetos ao litigante, pois o Poder Público vale-se da segurança jurídica para defender suas posições.

Tudo o que já foi dito aqui de nada vale se não puder sair da abstração e ser aplicado na prática. Por isso, nada mais salutar do que passar aos casos concretos.

Certo indivíduo pretendia, por meio da antecipação de tutela, receber crédito contra a Fazenda Pública sem submeter-se ao regime dos precatórios sob o fundamento de que estaria seriamente doente e em estado de necessidade, não lhe sendo possível aguardar o pagamento pela via legal do precatório.

O valor objeto da execução excedia o limite de dispensa do precatório. O douto julgador entendeu que havia uma colisão de princípios entre a efetividade da prestação jurisdicional e a sistemática do precatório.

Assim discorreu o juiz:

a regra do precatório, que constitui verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, não é absoluta. Eventualmente, diante de situações verdadeiramente caracterizadas pela excepcionalidade, poderá ceder em benefício da eficácia da prestação jurisdicional. Não sendo a regra do precatório absoluta, o princípio da razoabilidade impõe que se prestigie, por seu maior peso, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional e, porque não dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana, seriamente ameaçado no caso concreto<sup>94</sup>.

Como visto, diante das específicas circunstâncias do caso concreto, verificou-se que os princípios da dignidade da pessoa humana e da efetividade da tutela jurisdicional prevalecem sobre a sistemática dos precatórios.

---

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG 2002.04.01.042525-9, 5ª Turma, v. un., relator desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz, *DJU* de 19 mar. 2003.

Não defendemos, em hipótese alguma, o fim da segurança jurídica ou o direito alternativo, pois consideramos a segurança um princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito. Contudo, precisamos estar atentos a esses casos específicos<sup>95</sup> em que as circunstâncias clamam por uma ponderação e uma predominância da dignidade da pessoa humana e de todos esses direitos fundamentais que realizam a justiça no caso concreto.

Medidas como essas não podem ser tomadas como regra geral, pois, como se sabe, a própria concessão da antecipação dos efeitos

---

<sup>95</sup> Outro julgado interessante para o estudo, apesar de não tratar da antecipação de tutela: “CREDOR PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE E DE PROGNÓSTICO SOMBRIO. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIO. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREPONDERÂNCIA DESTES. EXECUÇÃO DIRETA QUE SE IMPÕE. A sistemática de precatórios pode ser considerada como autêntico princípio constitucional apto a reger situações nas quais a Fazenda Pública está obrigada a adimplir obrigação imposta por título executivo judicial, mediante gozo do privilégio da execução indireta. Evidencia-se a existência de zonas de tensão entre princípios que encontram abrigo constitucional quando se chocam as sistemáticas do precatório e a imposição de efetividade da tutela jurisdicional, de respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, que se vêem ameaçados vulneração pela tardança no pagamento ao credor que experimenta deterioração de seu estado de saúde em razão da moléstia grave e de prognóstico sombrio. Nesses casos, têm lugar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ‘que impõem ao juiz ponderar os interesses em conflito, para adotar a solução mais justa e adequada ao caso concreto’, harmonizando e integrando-os, ainda que estabelecendo preponderância de uns em relação a outros, ‘mas sempre buscando a paz social e a preservação dos direitos e garantias constitucionais’. A regra do precatório não é absoluta, impondo a razoabilidade que prepondera, em razão do maior vulto que assumem, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Os trajetos percorridos nos campos do Direitos não estão balizados apenas por lei. Ausência desta não significa carência de plausibilidade jurídica. Execução direta determinada” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, Agravo de Petição n. 00265.1998.012.13.00-0, relator juiz Carlos Coelho de Miranda Freire, *DJ* de 10 ago. 2005. Veja-se, ainda, no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 397.275/SP, relator ministro Francisco Falcão, *DJU* de 2 dez. 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 447.668/MA, relator ministro Felix Fischer, *DJU* de 4 nov. 2002; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 409172, relator ministro Felix Fischer, *DJU* de 29 abr. 2002).

da tutela já requer uma situação de urgência, de excepcionalidade. Nesses casos, a ponderação das normas constitucionais, por meio do princípio da proporcionalidade, deve privilegiar o bem maior que é, sem dúvida, a vida.

Outro caso que se encaixa perfeitamente na argumentação desenvolvida neste artigo é o REsp n. 275.649/SP, julgado no Superior Tribunal de Justiça.

Prudente é o entendimento do STJ, segundo o qual a Lei n. 9.494/1997 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipóteses excepcionais, sendo de se impor a antecipação da tutela nos casos em que houver risco à vida e, em última análise, à dignidade da pessoa humana. Veja-se a ementa:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – TRANSPLANTE DE RIM MALSUCEDIDO – TUTELA ANTECIPADA – APELAÇÃO RECEBIDA EM AMBOS OS EFEITOS – EXCEPCIONALIDADE DOS EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO PARA GARANTIR PAGAMENTO DE PENSÃO INDISPENSÁVEL À SOBREVIVÊNCIA DO APELADO – INAPLICABILIDADE, NO CASO, DO ARTIGO 1º DA LEI N. 9.494 DE 1997. A Lei n. 9.494/1997 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, sendo de se impor a antecipação da tutela, no caso, para garantir ao apelado o tratamento necessário à sua sobrevivência. Decisão consonante com precedentes jurisprudenciais do STJ. Recurso improvido (STJ. REsp n. 275.649/SP. Primeira Turma. Relator ministro Garcia Vieira. DJU de 17 set. 2001).

O caso é interessante e merece atenção, pois demonstra bem o que vimos defendendo durante todo este estudo. O autor da ação submeteu-se a um transplante de rim nas dependências do Hospital das Clínicas da UNICAMP. Posteriormente, apresentou quadro febril e ficou constatado pela equipe médica que, em decorrência do transplante, havia contraído a Doença de Chagas.

Desse modo, tendo o rim transplantado perdido sua função, foi retirado, retornando o paciente a utilizar-se do processo de hemodiálise, desta feita já portador do Mal de Chagas.

Inconformado com a ocorrência de tais fatos, sobretudo por saber o hospital que o cadáver doador era portador da moléstia de Chagas, ingressou com ação indenizatória contra a universidade, postulando o pagamento de pensão, que foi deferido em todas as instâncias, inclusive em sede de antecipação de tutela.

O ministro relator, em seu voto, asseverou que se estava diante de um daqueles casos excepcionais em que se permite a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Vale a pena transcrever parcialmente as razões contidas no seu voto:

No caso em exame [...] se trata de [...] antecipação de tutela em caso especialíssimo de estado de necessidade e de preservação da vida humana, concedida em procedimento ordinário com toda a possibilidade de ser acolhido pelo Judiciário e a antecipação de tutela visa garantir ao agravado o tratamento necessário a sua sobrevivência. Ou se concede a antecipação ou a sentença final pode ser inócua e o recorrido perder a vida em decorrência de doença por ele adquirida no transplante de rim. Não haverá para a requerente prejuízo de monta e irreparável, mas, para o agravado o prejuízo será por certo irreparável. O artigo 100 da Constituição não impede a execução provisória, porque nele são excepcionados os créditos de natureza alimentícia.

Se o autor depende da importância referente a antecipação da tutela para sobrevivência, cabe a execução provisória, minha conclusão é a de que estamos diante de um caso típico da concessão de tutela antecipada, porque existe prova inequívoca do dano sofrido pelo agravado e a relação de causalidade entre este e o ato danoso praticado pelos agentes públicos e existem elementos mais do que suficientes para convencer o julgador da verossimilhança das alegações do autor. Também é inegável haver o fundamento do receio de que,

se o recorrido não continuar a receber os 10 (dez) salários mínimos, não terá como continuar o tratamento e sem este ele poderá perder a vida e o dano será irreparável. De nada adiantará a procedência, a final da ação. É, para a ré, insignificante a importância a ser paga mensalmente ao autor, não havendo o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado<sup>96</sup>.

Em síntese, é notável que os dispositivos que restringem a concessão de liminares contra o Poder Público, apesar de terem sua constitucionalidade confirmada, por motivos de integridade do interesse público, devem dar espaço à efetividade do processo em casos concretos, quando essas restrições representarem óbices ao livre acesso à ordem jurídica justa.

Os direitos fundamentais dos litigantes, citados e discutidos no capítulo anterior, sem dúvida, representam um papel fundamental nesses casos excepcionais, que exigem atenção e sensibilidade do magistrado para decidir.

Ademais, a matéria discutida no presente capítulo serve de substrato para a fundamentação das decisões judiciais, pois, como ensina Didier Júnior:

O magistrado tem necessariamente que dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela antecipada; tem que dizer de que modo as provas confirmam os fatos alegados pelo autor. [...] Em outras palavras, o julgador tem que ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento<sup>97</sup>.

Toda a discussão aqui travada visa, pois, conceder subsídios argumentativos aos magistrados para que possam analisar esses casos

---

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 275.649/SP, voto do ministro Garcia Vieira, *DJU* de 17 set. 2001.

<sup>97</sup> DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 236.

difíceis com mais sobriedade e sensibilidade, sem ficar no legalismo extremo e sem decidir ao arrepio da lei, dando o merecido destaque à efetividade da tutela jurisdicional e aos direitos fundamentais.

Diante de todo o exposto, percebe-se claramente a necessidade de se debruçar sobre o tema, com um amplo diálogo entre processualistas e constitucionalistas.

#### **4 Considerações finais**

Diante de todas as idéias aqui desenvolvidas, algumas conclusões podem ser compendiadas.

A Fazenda Pública necessita de prerrogativas processuais por estar tutelando o interesse público nas lides judiciais, porém essas prerrogativas encontram limites na isonomia material e nos direitos e garantias constitucionais.

O direito processual civil contemporâneo procura medidas que venham a prestigiar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, pois, caso contrário, o processo torna-se inócuo.

Nessa perspectiva, vem a lume o instituto da tutela antecipada, para garantir a efetividade do processo naqueles casos excepcionais em que a urgência do pedido não comporta dilatações indevidas, sob pena de dano irreparável para a parte que tiver uma posição jurídica de vantagem. É uma verdadeira garantia de acesso a uma ordem jurídica justa.

Ademais, infere-se que, apesar das restrições legais, é plenamente admissível a tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Os tribunais, como visto, adotam a exegese de que é legal, desde que atendidos os pressupostos processuais específicos, a concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública.

Em virtude das restrições à concessão de antecipação de tutela contra o Poder Público contidas na Lei n. 9.494/1997, excetuadas as hipóteses de vedação legal, os casos não alcançados pela lei são passíveis de concessão da tutela. E mesmo diante da decisão pela constitucionalidade da referida lei, nada impede o exame judicial em cada caso concreto de constitucionalidade da aplicação da norma proibitiva. Isso porque a incorporação da tutela antecipada no nosso sistema processual indica uma opção do legislador em prestigiar a efetividade da prestação jurisdicional diante da segurança jurídica, nos casos excepcionais já mencionados.

De outra banda, a sistemática dos precatórios não é absoluta, impondo a proporcionalidade que prepondere, em razão da maior relevância que assumem, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Esses direitos fundamentais dos litigantes, tais como a inafastabilidade, o devido processo legal, a tempestividade da tutela jurisdicional e a dignidade da pessoa humana, garantem aos particulares que devem ser usados todos os instrumentos jurídicos necessários conducentes à efetividade na entrega da prestação jurisdicional.

Assim, mesmo diante das restrições, nas hipóteses especialíssimas, em que ficam caracterizados o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, resta plenamente cabível a tutela antecipada contra o Poder Público, além de outras medidas que venham a assegurar o bem da vida pleiteado e provado em juízo.

O Estado não pode, por ter receio de sua justiça, torná-la praticamente inefetiva e ineficaz quando a pretensão é dirigida contra ele, criando quase uma imunização ao Poder Judiciário.

Mostra-se, outrossim, de suma importância na solução desses embates judiciais, a utilização da técnica da ponderação e da pro-

porcionalidade, para que se sopesem os diferentes valores e normas em conflito e se faça a opção pelo de maior peso, sem, no entanto, anular completamente o outro.

Esses chamados *hard cases* merecem atenção diferenciada dos julgadores, que podem utilizar-se das técnicas descritas para fundamentar de forma satisfatória as suas decisões.

Como dito, em virtude da impossibilidade de o legislador prever todas as possibilidades de situações passíveis de gerar efeitos jurídicos, é mais prudente estabelecer princípios gerais, que permitam adaptações necessárias aos mais variados casos que surgem diuturnamente.

Assim sendo, como os julgadores não podem decidir ao seu bel-prazer as questões que lhe são submetidas, emerge para eles o ônus de bem argumentar, especialmente nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento. O fundamento de legitimidade da atuação do Poder Judiciário passa para o processo argumentativo, devendo o intérprete demonstrar claramente que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

Diante dessa necessidade de bem argumentar, infere-se a primordial utilidade dos princípios aqui explanados, especialmente no capítulo 3, como fundamento de legitimidade para o Judiciário poder decidir corretamente nesses casos difíceis.

A ponderação, a proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, o direito à vida, o bom senso, enfim, todos esses são recursos dos quais se pode utilizar o julgador para argumentar e bem fundamentar sua decisão, quando se depara com um desses casos que não são tão facilmente resolvidos pelas regras positivadas na legislação.

A discussão chamada de pós-positivismo, sobre as regras e os

princípios, veio para revolucionar a aplicação do direito, trazendo soluções mais racionais e razoáveis para os casos difíceis e, ainda, valorizando a materialidade do direito, não apenas seu formalismo. Busca-se uma reaproximação entre direito e moral.

Desse modo, o juiz, ao decidir um caso difícil, estará limitado pelos princípios, que condensam os valores norteadores do ordenamento jurídico, condicionam a atividade do intérprete e, na medida do possível, dão unidade ao sistema jurídico.

Isso nos leva a crer que o magistrado não deve pautar-se no legalismo extremo nem no jusnaturalismo e muito menos no direito alternativo. Deve, contudo, estar atento aos valores humanos, às prementes necessidades de cada um, afinal o direito busca pacificar satisfatoriamente os conflitos intersubjetivos, independentemente de quem sejam as partes.

Das teses aqui defendidas conclui-se que há possibilidade de fugir daquele dilema em que a lei se dissocia da justiça, e o magistrado ou fica preso na lei ou desvia-se dela e decide com justiça.

Com a defesa dos direitos fundamentais e da ponderação, pode-se dar efetividade ao processo, como instrumento de acesso a uma ordem jurídica justa, trazendo pacificação com justiça, no contexto de um Estado de Direito, onde vige o Império da Lei.

## **Referências**

ALBUQUERQUE, Eduardo Henrique Videres de. A Emenda 45 e o direito à duração razoável do processo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, n. 13, p. 180-197, 2005.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 67-79, 1999.

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. Curitiba: Juruá, 1999.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Palestra proferida no CEPAD*. Hotel Glória, Rio de Janeiro, 3 de junho de 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 abr. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934. v. 6.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, p. 65-78, 1998.

———. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernismo, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

———; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 54, p. 210-276, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

———. *O poder público em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CONTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, ago. 1995.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2003.

DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário: art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-371.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

———. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. *Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública*. Palestra proferida no auditório da Associação dos Advogados de São Paulo em 29.4.1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2006.

FRIAS, J. E. S. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, n. 728, p. 60-79, 1996.

FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 13-32, maio/ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005a.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RCS, 2005b.

HARTMANN, Denise. Comentários ao princípio constitucional do prazo razoável do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 996, 24 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8152>>. Acesso em: 15 abr. 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. 5.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 54, p. 276-292, 2006.

SCHIER, P. R. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

———. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, p. 89-95, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

———. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutela antecipada na seguridade social*. São Paulo: LTr, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.



# Em torno do sistema brasileiro de integridade nacional: princípios e valores como parte da atividade diária da Administração Pública

Daisy de Asper y Valdés\*

**Sumário:** 1 Introdução. 1.1 Quais são os princípios e valores mais importantes? 1.2 Definição dos princípios e valores utilizada no questionário. 1.3 Histórico. 1.4 Os cinco valores mais importantes da Administração Pública de modo geral, na sua unidade, no âmbito local e no setor privado. 1.5 Os valores mais negligenciados na Administração Pública. 1.6 Mudança de valores na Administração Pública. 2 Discussões acerca dos princípios da ética no serviço público. 3 Procedimentos e situações eticamente problemáticas. 4 Transparência e abertura da Administração Pública. 5 Gestão e desenvolvimento de pessoal. 6 Estado atual e futuro da ética no serviço público. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

Os sistemas da integridade são culturalmente limitados e dinâmicos. Este estudo examina, mediante um questionário que visa avaliar a percepção, por parte dos servidores públicos, dos princípios e valores centrais à Administração Pública, aqueles que

---

\* Daisy de Asper y Valdés é Subprocuradora-Geral da República aposentada, pós-doutora em Administração Pública, pesquisadora plena da Universidade de Brasília (UnB/CEAM/NEORG). Desenvolveu a presente pesquisa de pós-doutorado como professora visitante da Escola de Política, Planejamento e Desenvolvimento da Universidade do Sul da Califórnia (USC/SPPD), nos Estados Unidos (setembro de 2006 a dezembro de 2007).

estão arraigados na cultura brasileira, bem como os princípios e valores de cada órgão ou entidade presentes no cotidiano do serviço público brasileiro.

### 1.1 Quais são os princípios e valores mais importantes?

O propósito do questionário é proporcionar uma compreensão da clareza, do significado e da aplicabilidade de princípios e valores éticos expressos na Constituição Federal brasileira e em legislação específica. Esses princípios devem ser obrigatoriamente observados por toda a Administração Pública. Servidores da Controladoria-Geral da União (dirigentes e servidores em geral) foram solicitados a responder a perguntas acerca da clareza dos princípios éticos. Como os servidores avaliam cada situação – os princípios são claros?

A definição de cada um dos princípios é bastante concisa, visando estabelecer uma linguagem comum. Nesse sentido, alguns dos conceitos básicos utilizados no projeto sobre princípios e valores são os seguintes:

- ✎ *Princípios*: referem-se a normas, direitos e obrigações baseados em valores.
- ✎ *Valor*: refere-se a uma questão ou objetivo considerado importante.
- ✎ *Ética*: diz respeito a princípios para avaliar se ações são corretas ou não.
- ✎ *Moral*: constitui um senso de compromisso em relação a determinados valores e princípios.
- ✎ *Ética profissional*: diz respeito aos valores e princípios próprios da profissão.
- ✎ *Ética do servidor público*: diz respeito aos valores e princípios a serem observados por funcionários públicos e autoridades.

## 1.2 Definição dos princípios e valores utilizada no questionário

Os princípios e valores definidos abaixo são, usualmente, considerados essenciais na atuação da Administração Pública. Alguns deles estão expressamente enunciados na nossa Constituição Federal.

1. *legalidade*: atuar em conformidade com o sistema legal, regulamentos, instruções etc.;
2. *imparcialidade*: atuar de modo independente, sem influências externas ou pressões indevidas;
3. *interesse público*: atuar com vistas na realização da finalidade pública, no bem comum;
4. *moralidade*: atuar de modo ético, sabendo distinguir o certo do errado, o bem do mal;
5. *publicidade*: atuar de modo transparente na divulgação dos atos oficiais, sem subterfúgios;
6. *eficiência*: atuar na base da competência técnica, com empenho e economia;
7. *efetividade*: atuar diligentemente, visando conseguir o melhor resultado com o menor custo;
8. *integridade*: atuar com dignidade, sendo responsável por sua ação;
9. *lealdade*: atuar de acordo com ordens e decisões legítimas dos superiores hierárquicos;
10. *responsabilidade*: atuar diligentemente, prestando contas de suas ações a quem de direito;
11. *honestidade*: atuar de acordo com a verdade, cumprindo o esperado;
12. *justiça*: atuar de acordo com a idéia de justiça, igualdade e fraternidade;

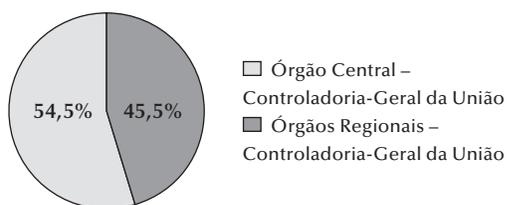
13. *cooperação*: atuar de modo solidário, em harmonia com os colegas;

14. *outros*: especificar.

### 1.3 Histórico

Em julho de 2007, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência, doutor Jorge Hage, concordou com a aplicação do questionário piloto sobre a ética no serviço público elaborado pela autora do presente estudo, sob a orientação do professor Gerald Caiden<sup>1</sup>, para concluir uma pesquisa de pós-doutorado. Criada em 2006, como uma unidade da Controladoria-Geral da União, a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI) implementou o projeto disponibilizando o referido questionário, via intranet, aos seus funcionários. Um total de 143 (cento e quarenta e três) servidores daquela instituição responderam voluntariamente às perguntas formuladas. O gráfico a seguir mostra a composição dos participantes que forneceram os dados esclarecedores. Desses, 54,5% eram respondentes da sede da Controladoria-Geral da União. As unidades regionais da organização contribuíram com 45,5% das respostas.

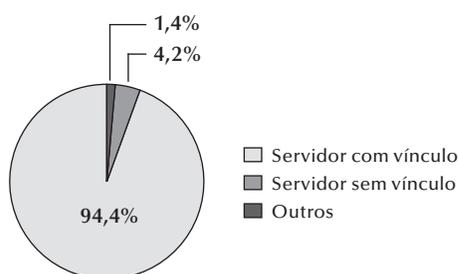
Gráfico 1 – Órgão / Entidade



<sup>1</sup> Doutor Gerald Caiden é Ph.D. em Economia e Ciência Política pela London School of Economics and Political Science. É professor de Administração Pública da Escola de Política, Planejamento e Desenvolvimento da Universidade do Sul da Califórnia e é autor de mais de 35 livros e 280 artigos acadêmicos em diversas áreas, principalmente sobre ética no serviço público, reforma administrativa, auditoria, corrupção administrativa, *ombudsman*, sistemas de gerenciamento público, desenvolvimento internacional.

No gráfico abaixo, pode-se perceber a homogeneidade da população que participou da pesquisa. Ela revela que quase todos os respondentes eram servidores públicos de carreira da Controladoria-Geral da União, somando 94,4%. Somente 4,2% haviam sido livremente nomeados para suas funções, e uma minoria (1,4%) pertencia a outras categorias. Essa coerência garante confiabilidade e relevância às respostas.

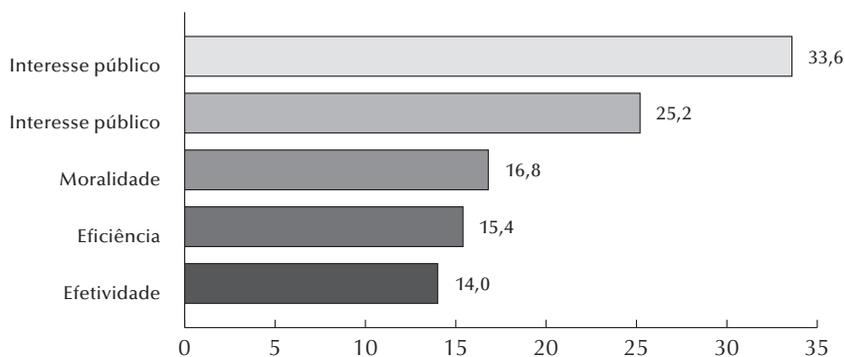
Gráfico 2 – Cargo ou função



#### 1.4 Os cinco valores mais importantes da Administração Pública de modo geral, na sua unidade, no âmbito local e no setor privado

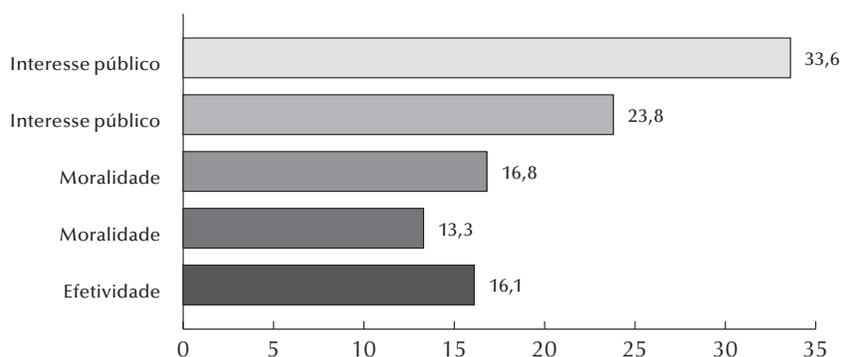
O *interesse público* é considerado o mais importante dos cinco valores gerais da Administração Pública. De acordo com a pesquisa piloto, mais da metade dos respondentes apontaram o interesse público como sendo o mais importante dos cinco valores. Esse valor ocupou a primeira e a segunda posições (33,6% e 25,2%), totalizando um percentual de 58,8%. *Interesse público* foi definido como “atuar com vistas na realização da finalidade pública, no bem comum”. Os valores *moralidade* (16,8%), *eficiência* (15,4%) e *efetividade* (14,0%), os três mais mencionados em segundo lugar, também estiveram entre as quatro primeiras opções no plano municipal.

**Gráfico 3 – Valores considerados de maior importância na Administração Pública em geral – 5 primeiros**



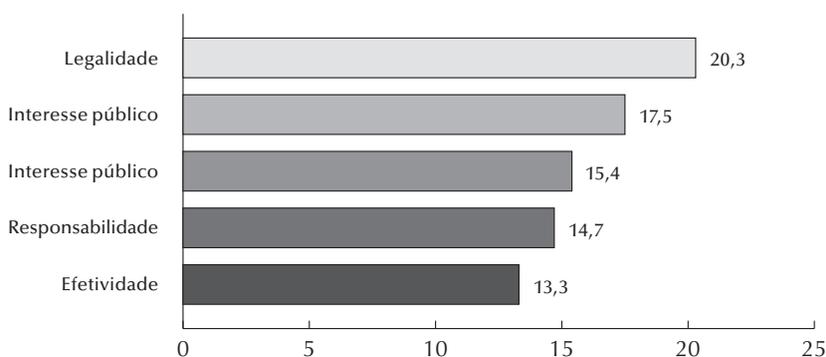
Para mais da metade dos respondentes, o valor considerado como o mais importante no âmbito local também foi o *interesse público*, como primeira (33,6%) e segunda opções (23,8%), totalizando 57,4%. A *moralidade* foi a terceira (16,8%) e quarta (13,3%) opções, num total de 30,1%, seguida pela *efetividade* (16,1%). Tanto de modo geral como no âmbito local, os resultados para os cinco valores mais importantes da Administração Pública são iguais. A única diferença entre os mais citados foi que, no plano local, a *moralidade* (13,3%), quarta opção, precedeu a *eficiência* (15,4%), quarta opção para a Administração Pública em geral. A *efetividade* (14,0%) é o quinto valor mais importante para a Administração Pública de modo geral e no âmbito municipal (16,1%).

**Gráfico 4 – Os cinco valores mais importantes da Administração Pública local (municipal)**



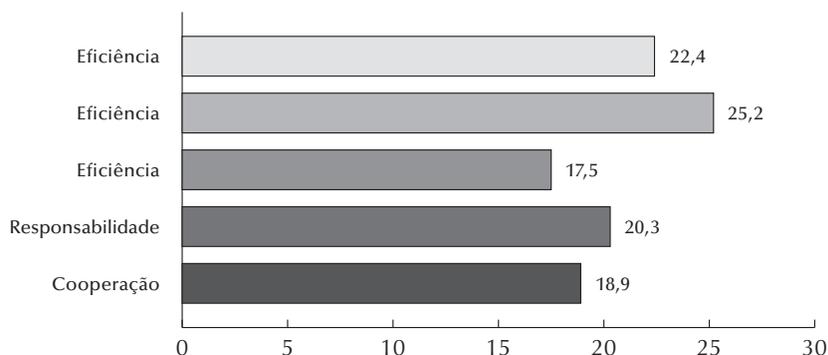
Os servidores que preencheram o questionário acreditam que os valores adotados em seus órgãos não são significativamente diferentes dos valores gerais da Administração Pública. A única diferença está no fato de a *legalidade* (20,31%) ter sido considerada como o valor mais importante, em vez do interesse público. À luz dos documentos recolhidos, percebe-se que os valores das diferentes unidades são muito semelhantes no geral: o *interesse público* assume a mesma precedência, como segunda (17,5%) e terceira (15,4%) opções, seguido da *responsabilidade* (14,7%) e da *efetividade* (13,3%). Outros valores citados em suas próprias organizações ou unidades foram: *honestidade* (9,8%), *imparcialidade* (9,1%) e *eficiência* (7,0%).

**Gráfico 5 – Os cinco valores mais importantes em sua organização / unidade**



No setor privado, a *eficiência* (como primeira, segunda e terceira opções) é o valor que prevalece. Em seguida vêm a *responsabilidade* (20,3%) e a *cooperação* (18,9%). Embora a *eficiência* (15,4%) tenha ficado em quarto lugar para a Administração como um todo, a *responsabilidade* e a *cooperação* não parecem relevantes para a Administração Pública de modo geral. Essa verificação deveria gerar algumas reflexões, uma vez que a Administração Pública moderna segue um padrão gerencial.

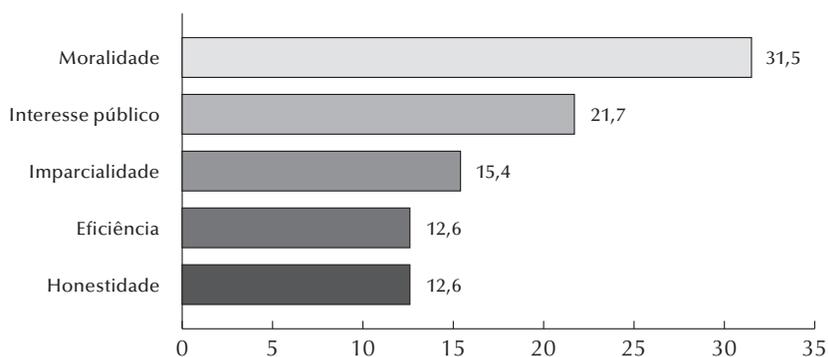
Gráfico 6 – Os cinco valores mais importantes no setor privado



### 1.5 Os valores mais negligenciados na Administração Pública

A *moralidade* aparece como o primeiro valor mais negligenciado na Administração Pública nos dias de hoje. Declarada na Constituição brasileira como um princípio obrigatório no serviço público desde 1988, verifica-se que sua aplicação não atende às expectativas, segundo os ditames constitucionais. Conseqüentemente, a *moralidade* (31,5%), o *interesse público* (21,7%), a *imparcialidade* (15,4%), a *eficiência* (12,6%) e a *honestidade* (12,6%) são, na opinião dos que preencheram o questionário, os valores menos respeitados.

Gráfico 7 – Os cinco valores mais negligenciados na Administração Pública atualmente

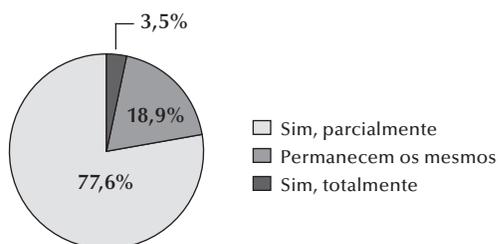


Outros valores citados como negligenciados foram os seguintes: comprometimento com a qualidade; confiabilidade; proteção ambiental e respeito mútuo; probidade (como honestidade, decência, integridade); zelo; isonomia; transparência (a publicidade não é suficiente); meritocracia (capacidade – mérito – e talento confirmados, e não por parentesco, privilégios de classe ou apadrinhamento); eficácia (em vez de eficiência ou efetividade); propósito; prontidão; igualdade; razoabilidade; integridade; economia; lucro (resultados); diligência; resposta oportuna; controle e otimização de recursos.

## 1.6 Mudança de valores na Administração Pública

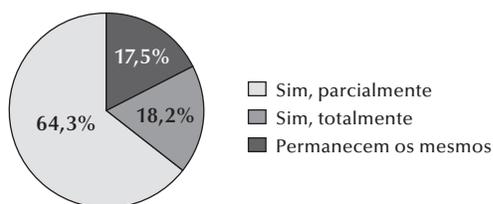
A maioria dos respondentes (77,6%) acredita que os valores da Administração Pública mudaram parcialmente nos últimos anos. Uma minoria (3,5%) acredita que houve uma mudança completa, e 18,9% acreditam que os valores continuam os mesmos de sempre.

Gráfico 8 – Houve alguma mudança nos valores da Administração Pública em geral nos últimos anos?



O resultado em termos de sua própria organização/unidade foi parecido: 64,3% acreditam que houve uma mudança parcial nos valores, enquanto 17,5% acham que nada mudou, e 18,2% acreditam que houve uma mudança completa de valores no âmbito organizacional.

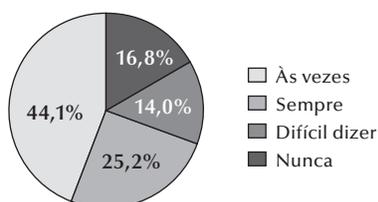
Gráfico 9 – Houve alguma mudança nos valores da sua entidade ou órgão nos últimos anos?



## 2 Discussões acerca dos princípios da ética no serviço público

Em termos de ações concretas, a avaliação dos princípios e valores fornece modelos práticos para a determinação de valores e sua incorporação às atividades dos órgãos. O objetivo é fazer com que os valores sejam comuns à organização e parte de suas atividades cotidianas. Essa pergunta procurou abordar com que frequência a ética é discutida em cada organização/unidade por supervisores, gerentes, diretores e servidores. O resultado mostrado no gráfico abaixo revela a necessidade de se discutirem questões relacionadas à ética e aos princípios da boa governança. Em relação a esse tipo de discussão entre gerentes, diretores e supervisores, os respondentes afirmaram que a discussão é freqüente (25,2%), que ocorre de vez em quando (44,1%), que nunca ocorre (16,8%) ou que não sabem (14,0%). Portanto, observa-se um valor acentuado entre “às vezes” e o somatório de “nunca” e “não sei ao certo”, revelando a necessidade de se acompanhar essa tendência no sentido de aprimorá-la.

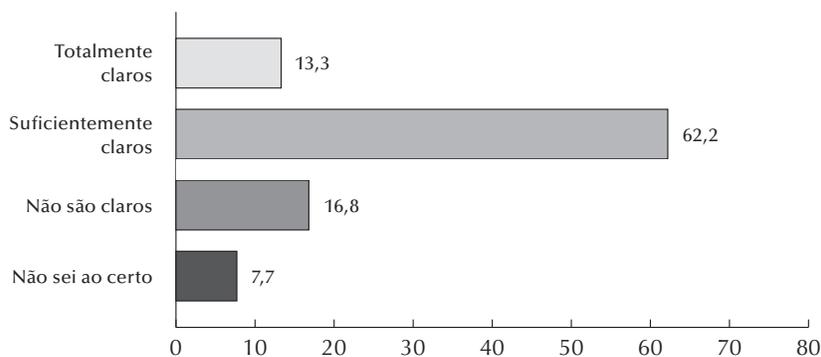
Gráfico 10 – Com que frequência o tema ética é discutido no seu órgão / entidade por dirigentes?



A discussão de valores e princípios de boa governança por parte de servidores revela o mesmo padrão: às vezes (55,2%), sempre (30,1%), nunca (9,8%) e não sei ao certo (4,9%). Em ambas as situações (diretores/servidores), quase metade dos respondentes afirmou que precisa discutir valores às vezes (44,1% e 55,2%). De acordo com os dados, 30,8% declararam que valores nunca são discutidos (ou que não sabem) pelos diretores, e, entre os servidores, 14,7% dos respondentes não reconhecem a questão.

Embora a idéia central do princípio do serviço público, de ser essencial ao interesse público, pareça ser muito bem compreendida, o questionário procurou identificar se os referidos princípios estão claros ou não, ou seja, “acaso os servidores entendem bem tudo que precisam saber para desempenhar tarefas públicas?”

**Gráfico 11 – Os princípios éticos do serviço público são claros, expressam os princípios constitucionais aplicados à Administração Pública e permitem que os servidores compreendam facilmente o que se espera deles no desempenho de tarefas públicas?**



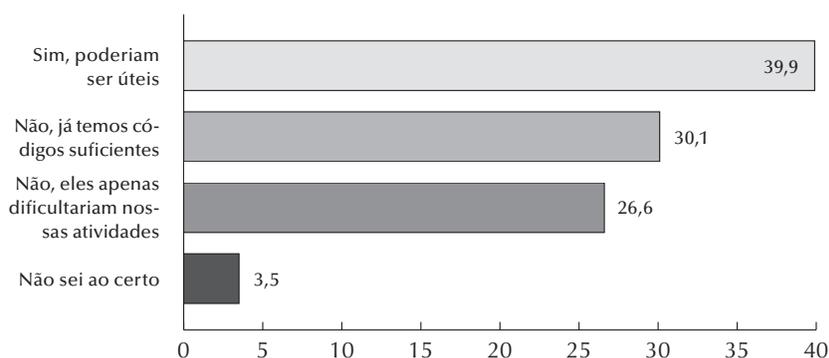
Entre os respondentes, a maioria (62,2%) afirmou que os princípios aplicados à Administração Pública em geral são suficientemente claros, 13,3% acreditam que eles são totalmente claros e uma parcela significativa considera que eles não são claros (16,8%) e/ou

que não sabem (7,7%). Combinando as categorias mencionadas acima, a proporção dos que acreditam que os princípios são claros (ou seja, “suficientemente” ou “totalmente” claros) é de 75,5% e a proporção dos que acreditam que eles não são claros ou que não sabem é de 24,5%.

É muito provável que esse resultado se deva ao fato de os princípios éticos centrais do serviço civil não poderem, na prática, ser definidos de forma clara e precisa; e provavelmente diferem entre si de acordo com sua oficialidade e os setores administrativos envolvidos.

Muitas profissões têm um código de ética próprio. No caso dos servidores brasileiros, a normatização da ética é apoiada por diversas disposições gerais, como o Estatuto do Servidor Público – Lei n. 8.112/1990; a Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/1992; o Decreto do Código de Ética do Serviço Público n. 1.171/1994, bem como por normas específicas, como, por exemplo, no campo das licitações públicas (Lei n. 8.666/1993). Perguntou-se a respeito da necessidade de se definirem normas por escrito separadas para o serviço público como um todo ou códigos de ética específicos para cada ministério, organização ou unidade.

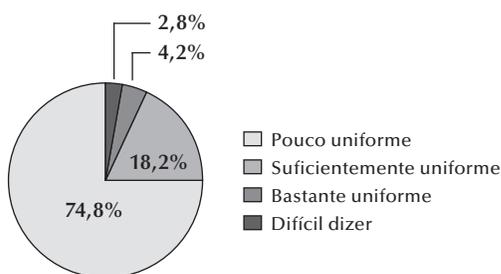
**Gráfico 12 – Você considera necessário desenvolver códigos de ética diferentes para cada ministério, organização ou unidade do serviço público?**



Ainda assim, mais de um terço dos respondentes (39,9%) concordaram que as normas poderiam ser úteis para orientar suas atividades. No entanto, 30,1% afirmaram que mais normas não são necessárias, 26,6% afirmaram que as normas apenas dificultariam suas atividades, e 3,5% afirmaram que não sabem. Portanto, mais da metade dos entrevistados consideraram suficiente a quantidade de normas em vigor atualmente. Para eles, a implementação de mais normas tornará ainda mais difusa a sua compreensão.

A pergunta seguinte procura abordar a questão da uniformidade: *os servidores têm uma idéia uniforme do que sejam procedimentos eticamente corretos?* A grande maioria dos respondentes afirmou que raramente tem uma idéia uniforme (74,8%), devido, em grande parte, ao fato de não desejar mais normas, como suas respostas à pergunta anterior sugerem. Apenas 18,2% concordam que os procedimentos são suficientemente uniformes, enquanto 4,2% os consideram bastante uniformes. No entanto, 2,8% dos respondentes afirmam que não sabem ao certo.

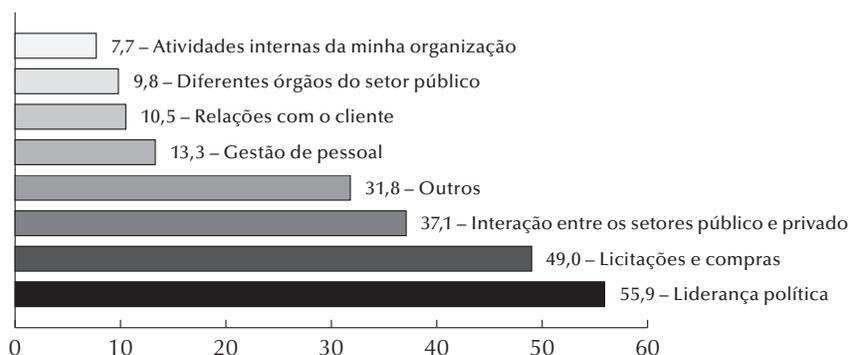
Gráfico 13 – Os servidores têm uma idéia uniforme sobre procedimentos eticamente corretos?



### 3 Procedimentos e situações eticamente problemáticas

Para identificar situações eticamente problemáticas, o questionário enunciou aspectos que podiam dar margem a conflitos.

Gráfico 14 – Em que situações você sempre se depara com situações eticamente problemáticas?



A grande maioria dos respondentes indicou que situações problemáticas ocorrem, em grande parte, quando trabalham com lideranças políticas (55,9%), talvez em decorrência da dicotomia existente entre administração e política, em que se espera da administração uma atuação neutra e imparcial. Uma outra área considerada sensível foi a das licitações e compras públicas (aquisição de bens, contratos de consultoria): 49,0% dos entrevistados apontam dificuldades nessa área. A terceira área mais difícil foi a da interação e cooperação entre os setores público e privado (37,1%). Outras questões foram apontadas como as mais complexas após as mencionadas acima, somando 31,8%. A gestão de pessoal foi referida por 13,3% dos respondentes; relações com o cliente foram mencionadas por 10,5%; atividades envolvendo diferentes órgãos do setor público foram assinaladas por 9,8% e atividades internas no próprio órgão foram citadas por 7,7% dos respondentes.

No campo *outras questões* (31,8%) que geram situações problemáticas foi especificado: uso não autorizado de bens públicos; aplicação de leis anticorrupção; tratamento preferencial a amigos e parentes (nepotismo); nomeações políticas; terceirização de serviços públicos; contratação de pessoas ou empresas de fora; falta de publi-

cidade e transparência; falta de avaliações baseadas em resultados; medidas disciplinares para estabelecer responsabilidades e *accountability*<sup>2</sup>; favoritismo político (*versus* mérito); prioridades na transferência de recursos e solicitações diretas; tomada de decisões políticas; barreiras que impedem o acesso de cidadãos a serviços; e controle de qualidade de empresas que interagem com organizações públicas.

A frequência com que situações não-éticas surgem na organização foi avaliada na pergunta seguinte. O questionário listou vinte diferentes práticas administrativas que caracterizam situações éticas problemáticas, ou mesmo delitos graves, a saber:

1. Resistência a mudanças (59,5%).
2. Outros problemas (58,4%): inflexibilidade gerencial; discriminação baseada na idade; discriminação em razão de cargo ou função; nepotismo (favorecimento de parentes); beneficiar-se de lacunas na legislação; nomeação sem controle de pessoas não qualificadas.
3. Tomar decisões sem a devida preparação (54,5%).
4. Tratar questões de maneira desnecessariamente complicada (41,3%).
5. Corporativismo (proteção de colegas de trabalho) (38,5%).
6. Protelação desnecessária de uma questão (37,8%).
7. Favorecimento de um grupo de interesse específico (34,3%).
8. Retenção de informações (32,2%).
9. Colocar uma tarefa individual acima do benefício geral (29,4%).
10. Não assumir responsabilidade quando um erro é cometido (27,3%).
11. Discriminação política (25,9%).

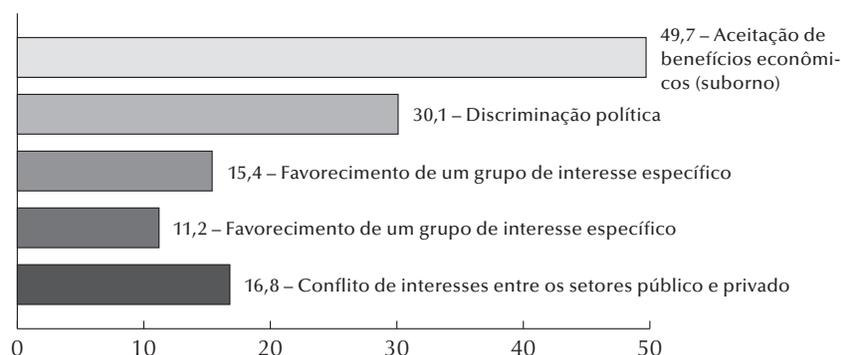
---

<sup>2</sup> O termo “accountability” mencionado pelo respondente refere-se à responsabilidade funcional, ao dever de prestar contas em seu cargo ou função.

12. Favorecimento de amigos (24,5%).
13. Uso de linguagem oficial excessivamente complicada (23,1%).
14. Influenciar como uma determinada questão é tratada, sem ter as qualificações necessárias para fazê-lo (22,4%).
15. Assédio moral no local de trabalho (14,0%).
16. Negociar ou “vender” uma função ou cargo ocupado (12,6%).
17. Não fornecer informações adequadas sobre alguma questão (10,5%).
18. Conflito de interesses entre os setores público e privado (9,8%).
19. Discriminação racial ou sexual (3,5%).
20. Assédio sexual no ambiente de trabalho (2,8%).
21. Aceitar benefícios econômicos (propinas, suborno) (2,1%).

Entre todas essas práticas, as cinco consideradas mais prejudiciais e que deveriam ser eliminadas da Administração Pública são as seguintes: em primeiro lugar, de acordo com a opinião da maioria (49,7%), aceitar benefícios econômicos (propina, suborno); em segundo lugar (30,1%), a discriminação política; em terceiro e quarto lugares (15,4% e 11,2%), favorecer um grupo de interesse específico; e, em quinto lugar (16,8%), o conflito de interesses entre os setores público e privado.

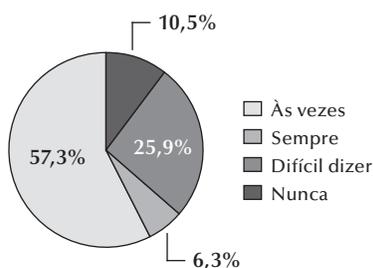
**Gráfico 15 – Cinco piores práticas que deveriam ser eliminadas da Administração Pública em geral**



A pergunta seguinte dizia respeito ao uso de dois pesos, duas medidas: *no seu local de trabalho, você se depara com situações nas quais a percepção de servidores quanto à ética no serviço público difere dos valores oficialmente estabelecidos?* Os dados mostram que, para mais da metade dos respondentes (57,3%), situações desse tipo ocorrem às vezes. Apenas 10,5% afirmaram que disparidades desse tipo nunca ocorrem, enquanto 6,3% afirmaram que elas ocorrem o tempo todo. Parece não haver uma correlação muito boa entre a idéia do que seria ético e a prática oficial, já que a resposta de um quarto dos respondentes (25,9%) foi “não sei ao certo”.

A estratégia seria estabelecer mecanismos que promovessem um significado e um entendimento comuns. O resultado ideal do processo seria uma idéia comum da “nossa maneira” que fosse aceita e adotada em ambos os níveis, tanto por diretores quanto por servidores subordinados.

Gráfico 16 – Por acaso as percepções do seu órgão / entidade relacionadas à ética no serviço público diferem dos valores oficialmente estabelecidos?

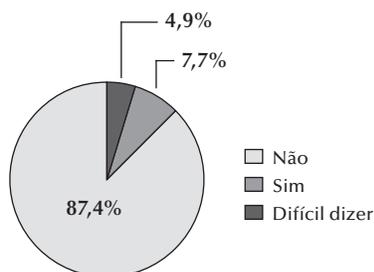


#### 4 Transparência e abertura da Administração Pública

A ênfase na transparência e na necessidade de se agir com o devido respeito para com os cidadãos e de ajudá-los efetivamente não foi confirmada por esses resultados. À pergunta que procurava

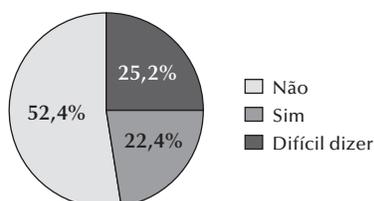
avaliar se as atividades da Administração Pública são suficientemente abertas de modo geral, apenas 7,7% responderam afirmativamente. A grande maioria (87,4%) negou que essa abertura existisse, e 4,9% disseram que não sabiam.

Gráfico 17 – As atividades da Administração Pública são suficientemente abertas ao público?



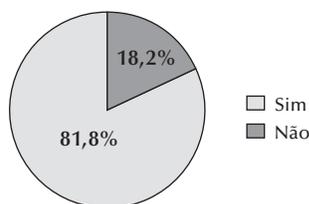
Em resposta à pergunta que dizia respeito a mecanismos desenvolvidos para mensurar a satisfação dos cidadãos com seu acesso a uma determinada organização ou unidade e à sua abertura aos cidadãos (para ouvir suas opiniões, por exemplo), mais da metade dos respondentes afirmou que não há mecanismos desse tipo disponíveis (52,4%), um quarto deles respondeu que não sabe (25,2%), e apenas 22,4% confirmaram a existência de algum mecanismo para avaliar a abertura e o acesso.

Gráfico 18 – O órgão / entidade em que trabalha monitora a opinião dos cidadãos quanto à facilidade de acesso (por exemplo, por meio de consultas aos usuários)?



À pergunta que procurava sondar se há mecanismos para o processamento de reclamações sobre abusos ou comportamentos antiéticos, a grande maioria respondeu afirmativamente (81,8%), enquanto 18,2% negaram a existência de mecanismos dessa natureza. A incoerência entre a falta de mecanismos de comunicação externa com os cidadãos, para colher suas opiniões e mensurar o lado positivo (satisfação), e a ênfase na necessidade de se dispor de mecanismos pelos quais eles possam apresentar reclamações poderia ser corrigida por meio de uma revisão dos propósitos desses mecanismos.

Gráfico 19 – A sua entidade ou órgão possui métodos de recebimento de denúncias de abusos ou outros comportamentos antiéticos?



Entre os mecanismos desenvolvidos para processar reclamações especificados na pergunta, o mais popular e citado foi o da Ouvidoria, que integra a estrutura da Controladoria-Geral da União. Os ouvidores têm a função de processar reclamações em unidades ou na organização como um todo, mas não têm poderes para iniciar uma investigação. É interessante observar a ênfase colocada em órgão responsável por processar reclamações mais do que uma unidade envolvida em relações públicas, no sentido de interagir ou receber *feedback* sobre a satisfação de cidadãos, o que também se compreende nas atribuições da Ouvidoria.

Outros mecanismos sugeridos foram: o uso de um “canal aberto” disponibilizado pela CGU, como, por exemplo, um meio de comunicação; o *site* do órgão na Internet; comunicação

via *e-mail*; o Portal da Transparência; teoricamente, por meio da Comissão de Administração e Desenvolvimento (CAD); por meio do *banner* “reclamações” ou linha 0800.

Além disso, vale observar que a própria natureza do trabalho desenvolvido pela CGU – auditoria – exige transparência para a comunicação de atos indevidos por meio de diversos canais: pesquisas de campo, Internet, representações formais etc.

## **5 Gestão e desenvolvimento de pessoal**

Na última década, observa-se, pelo menos no âmbito federal, uma clara ênfase na necessidade de a Administração Pública basear sua atuação em valores. A normatização em curso, a criação de comissões de ética e muitas outras iniciativas contra a corrupção também revelam a importância de se manterem elevados padrões éticos na seqüência de mudanças em um ambiente operacional que está tornando-se cada vez mais exigente e complexo.

Essa parte do estudo procura avaliar o nível de inclusão logrado na gestão de pessoal e no desenvolvimento de questões éticas. Procurou-se saber se a ética do serviço público está sendo aplicada à gestão de pessoal do órgão ou unidade na qual o servidor trabalha. Surpreendentemente, quase metade dos respondentes assinalou “não sei ao certo” (49,0%), enquanto 26,6% assinalaram “não”. Isso revela a fragilidade das medidas tomadas nessa direção ou que os respondentes não reconhecem esse problema. A pergunta foi formulada de forma bem simples, mas talvez não tenha transmitido o seu correto significado, uma vez que 49,0% dos respondentes demonstraram dúvidas.

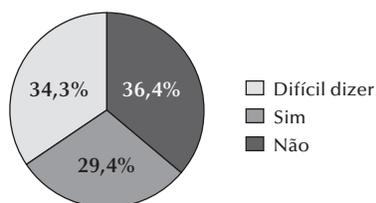
A pergunta solicitava que os respondentes especificassem que padrões éticos do serviço público estariam incluídos na gestão de

pessoal (“Sim, favor especificar”). Alguns registraram a necessidade de se divulgar a questão mais amplamente; outros mencionaram a necessidade de se oferecer mais oportunidades de participação em cursos de capacitação; uma orientação permanente sobre o papel que servidores públicos devem desempenhar em seu órgão; seminários; publicações; afixar materiais de conteúdo ético em locais visíveis; fornecimento de informações básicas antes de designar alguém para um cargo ou função; participação em cursos sobre o tema, como o Seminário Brasil–Europa de Prevenção da Corrupção; pequeno curso interno de certificação ética; desenvolver cursos de carreira e uma política mais ampla para a ética no setor público, por se tratar de uma unidade de controle interno.

Alguns respondentes afirmaram enfaticamente que há muitos cursos e seminários sobre certificação ética, uma vez que o órgão (CGU) deve dar o exemplo nessa área. A ética faz parte de suas funções e é freqüentemente discutida entre gestores. Há também diversos estudos de caso, cursos de treinamento e seminários disponíveis na Internet.

A pergunta sobre a gestão de pessoal aborda questões relacionadas à ética no serviço público que foram levadas em consideração no processo de seleção de novos funcionários. Os percentuais das respostas foram semelhantes: 29,4% dos respondentes confirmaram que essas questões são relevantes e foram consideradas na seleção de novos funcionários; 36,4% responderam que elas não são levadas em consideração; e 34,3% afirmaram não saber ao certo. Logo, o percentual de servidores que não consideram essas questões como um problema atual chega a 70,7% (36,4% somado a 34,3%).

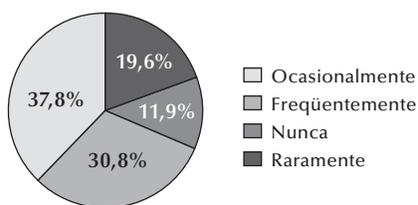
Gráfico 20 – A ética no serviço público é matéria considerada no momento da escolha de novos servidores?



O processo de capacitação de novos funcionários foi o tema abordado na última pergunta acerca da gestão ética. As respostas revelam uma grande preocupação por parte dos respondentes com o fato de que processos de capacitação devem ensinar adequadamente o que se espera de servidores em suas funções. Na verdade, quase um terço (30,8%) afirmou que essa questão é sistematicamente considerada, enquanto outro terço (37,8%) indicou que ela só é considerada às vezes. Somente 11,9% afirmaram que ela nunca é levada em consideração, enquanto 19,6% afirmaram que ela raramente é considerada. O que se deduz é que essa necessidade é abordada por meio de mecanismos já estruturados de capacitação ou que tal estrutura é inexistente, em razão de quase um terço (11,9% de respostas “nunca” somado a 19,6% de respostas “raramente”) dos respondentes não ter consciência dessa questão.

Entretanto, a questão aberta “Sim, favor especificar” gerou muitas manifestações. Alguns sugeriram que a ética do serviço público deveria ser incluída nas provas escritas para admissão à instituição. Além disso, deveria ser feita uma investigação antes da nomeação para cargos de confiança. Foi mencionada a necessidade de um atestado de bons antecedentes por parte dos candidatos a cargos na organização. Outros afirmaram categoricamente que esses requisitos já existem e fazem parte do concurso de admissão, sendo complementados por cursos de treinamento.

Gráfico 21 – Os requisitos éticos relacionados ao papel de um servidor público são discutidos no momento do treinamento de um novo servidor?

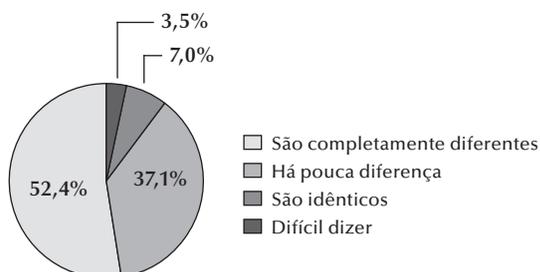


## 6 Estado atual e futuro da ética no serviço público

Na percepção dos servidores, os valores mais importantes do serviço público diferem-se substancialmente dos do setor privado, sendo o interesse público (58,8%) o mais valorizado na esfera pública, e a eficiência (47,6%) o mais importante no setor privado. A questão tenta determinar até que ponto os valores dos servidores públicos e dos trabalhadores do setor privado divergem.

Mais da metade dos respondentes (52,4%) afirmaram que esses valores são completamente diferentes. Alguns os consideraram razoavelmente diferentes (37,1%). Somente 7,0% afirmaram que são idênticos, enquanto 3,5% não souberam responder. Isso requer uma reflexão sobre as bases éticas, particularmente levando-se em conta que as interações entre público e privado são cada vez mais complexas e, na maioria dos países, as compras públicas são a área isolada mais vulnerável à corrupção.

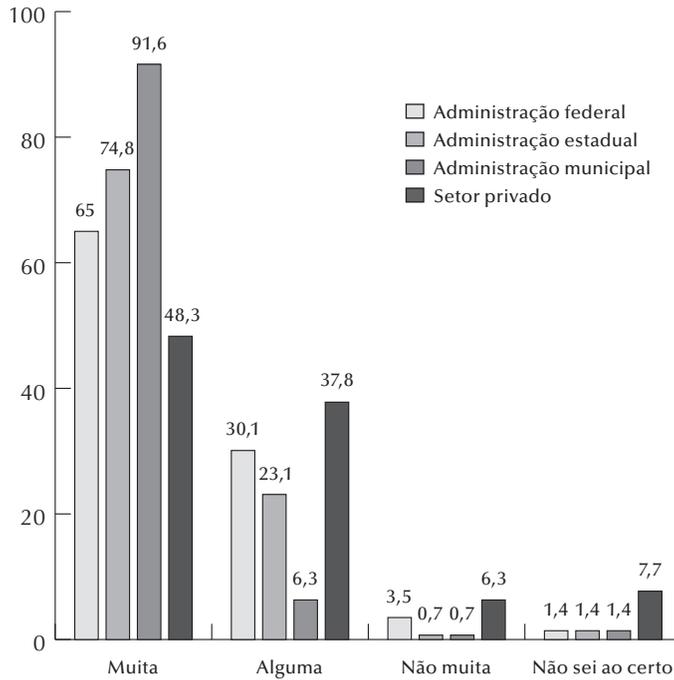
Gráfico 22 – Como você avalia os valores dos servidores públicos em relação aos dos trabalhadores do setor privado?



A questão seguinte tentou determinar o “estado da arte” no campo da ética do serviço público: *na opinião dos respondentes, como a ética no serviço público hoje se compara à situação no passado?* A situação atual é ligeiramente melhor para mais da metade dos servidores (55,2%), consideravelmente melhor para 10,5%, a mesma para 16,1%, ligeiramente pior para 9,1%, e consideravelmente pior para a mesma percentagem de respondentes. Conclui-se, portanto, que os esforços de promoção da ética no serviço público tiveram algum efeito.

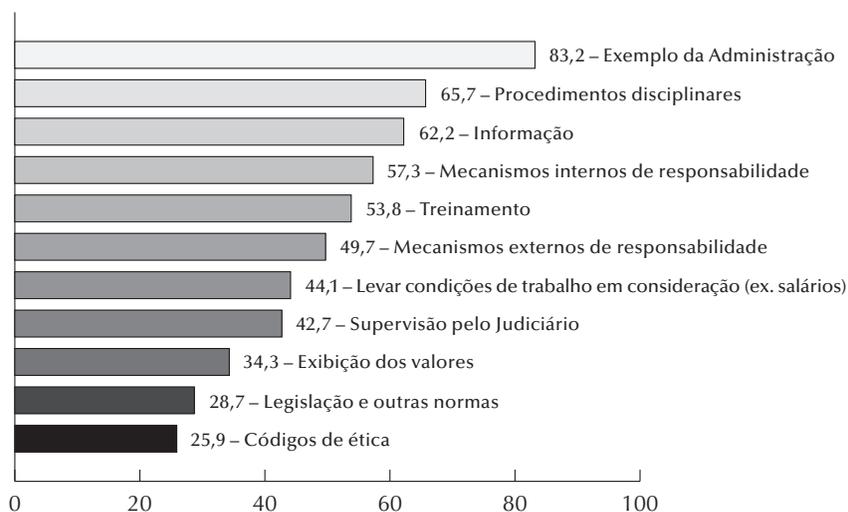
A quantidade de corrupção percebida por essa população específica foi o tema da próxima questão de avaliação da ética do serviço público no momento atual. Para fins de comparação, perguntou-se aos respondentes como eles avaliavam o nível de corrupção na Administração Pública, nos planos federal, estadual e municipal (local), e no setor empresarial. Há uma percepção de níveis crescentes de corrupção entre as administrações federal, estadual e municipal. Portanto, segundo os respondentes, a corrupção é elevada nos planos federal (65%), estadual (74,8%) e municipal (91,6%). No setor empresarial, 48,3% apontaram corrupção. Outros afirmaram que existe alguma percepção de corrupção nos âmbitos federal (30,1%), estadual (23,1%) e municipal (6,3%), bem como no setor privado (37,8%). A opinião de que não há muita corrupção nos planos federal (3,5%), estadual (0,7%) e municipal (0,7%), bem como no setor empresarial (6,3%), foi minoritária. Além disso, 1,4% dos respondentes não souberam responder se havia corrupção nos planos federal, estadual e municipal e 7,7% no setor privado.

**Gráfico 23 – Em sua opinião, qual é a quantidade de corrupção existente na Administração Pública em geral e no setor privado?**



Em termos proativos, e com o objetivo de estabelecer as melhores práticas para aprimorar a governança, perguntou-se aos servidores em questão quais seriam as medidas mais eficazes para promover elevados padrões éticos. O questionário solicitou a opinião sobre como o nível ético do serviço público poderia ser mantido e melhorado no futuro. O gráfico abaixo refere-se a alguns desses instrumentos que poderiam exercer um efeito substancial, um pequeno efeito ou praticamente nenhum efeito na promoção do nível ético do serviço público.

**Gráfico 24 – Como o nível ético do serviço público poderia ser mantido e melhorado no futuro?**



Somente um quarto dos respondentes (25,9%) avaliou que a adoção de códigos de ética poderia exercer um efeito substancial na promoção da ética pública. O segundo fator considerado de baixo efeito sobre a gestão ética no futuro foi legislação e outras normas (28,7%), seguido de exibição dos valores (34,3%), que teria um impacto relevante na educação sobre ética. Quarenta e dois vírgula sete por cento dos respondentes avaliaram que a supervisão pelo Poder Judiciário teria um efeito significativo, ao passo que 44,1% acreditavam que a devida consideração às condições de trabalho (salários, benefícios de saúde etc.) afetaria o futuro da ética nas organizações. A promoção de mecanismos internos de responsabilidade, em modo reativo, também foi amplamente aceita (57,3%). Já a informação, como elemento de promoção, foi considerada extremamente importante (62,2%) para a obtenção de um efeito significativo. A segunda opção mais apontada como um fator de impacto sobre a ética no serviço público, também em modo repressivo, foi a adoção de procedimentos disciplinares, citada em

65,7% das respostas. Finalmente, o mecanismo considerado mais importante para o futuro da ética no serviço público foi o *exemplo da administração*, apontado pela grande maioria como portador de um efeito considerável sobre a manutenção e o futuro da ética no serviço público por 83,2% dos respondentes. Portanto, ao dar o exemplo, diretores, gerentes e líderes fornecem os padrões que serão adotados progressivamente por toda a organização.

Outras especificações expressas na pesquisa a respeito de como o nível ético no serviço público poderia ser mantido e melhorado no futuro merecem ser levadas em consideração. São elas:

- ✚ *Educação*: uso da repressão e da punição exemplar aos culpados; ensino da ética desde a escola elementar; ampla publicidade a ações anticorrupção; transparência; demonstração de valores desde a escola elementar; o exemplo da família; melhoria da carreira no serviço público; introdução à filosofia nos programas de treinamento; a ética compreendida como uma característica cultural que depende do nível de desenvolvimento do país.
- ✚ *Administração Pública*: aumento da conscientização sobre a necessidade de melhorar a Administração Pública; necessidade de reduzir os cargos comissionados e implementar a meritocracia; progresso nas carreiras públicas por meio da competição obrigatória; redução da interferência política; alteração dos requisitos para a indicação de ministros e membros do conselho nas instituições superiores de auditoria e tribunais superiores, adotando-se um sistema imparcial de nomeação; aplicação mais estrita da lei; abolição total das designações livres para cargos de nível superior.
- ✚ *Cidadania e justiça*: maior abertura e interação com o público, que é a parte mais prejudicada pela corrupção e pelo comportamento antiético; centros de mobilização e conscientização; estabelecimento de sistemas éticos, imparciais

e morais de investigação interna; criminalização do enriquecimento ilícito; aplicação de penas de prisão aos culpados; aumento da transparência e das discussões éticas; aprimoramento da cidadania; aplicação oportuna e imediata da justiça por meio de uma ampla reforma judiciária; punição exemplar.

No âmbito administrativo, flexibilidade e escolha aberta para cargos de liderança, renovação periódica do pessoal, reciclagem dos administradores, controle interno independente, punição eficaz nos procedimentos disciplinares, aplicação de multas pecuniárias por transgressões éticas.

Em termos de abertura e transparência, perguntou-se aos respondentes se consideravam necessário que os servidores públicos de alto escalão declarassem seus interesses econômicos e outros, e se essa prática deveria ser expandida aos gerentes de médio escalão. Com pequenas diferenças entre as altas autoridades (95,1%) e os servidores públicos em geral (90,9%), a opinião quase unânime foi a de que isso é necessário. Somente 2,1% negaram essa necessidade e 2,8% não souberam responder, no caso dos servidores públicos de alto escalão. Quanto à ampliação dessas medidas para todos os servidores públicos, somente 4,2% não consideraram isso necessário, enquanto 4,9% não souberam responder. Portanto, a declaração de bens ou de interesses, de fato, é importante em termos da abertura e transparência na Administração Pública.

## **7 Conclusão**

A suposição básica deste estudo é que os resultados de uma análise com base ética propiciam um ambiente profissional fortalecido em princípios e valores, e internalizados numa linguagem comum. O projeto piloto confirma com clareza que uma estratégia na busca da elevação dos valores éticos dos servidores públicos bra-

sileiros deve centrar-se em uma política de desenvolvimento pessoal, que reconheça a prática ética como fundamental na atividade cotidiana dos servidores. Toda atividade de formação e comunicação pessoal deve estar primeiramente orientada sob esse foco. A relevância dos valores éticos precisa ser demonstrada, cultivada, discutida e estimulada tanto por meio do exemplo quanto das palavras. Nesse sentido, vale lembrar que a grande maioria dos respondentes (83,2%) apontou o *exemplo da administração* como portador de um efeito considerável sobre a manutenção e o futuro da ética no serviço público.

A grande maioria dos respondentes indicou, também, que situações problemáticas ocorrem, em grande parte, *quando trabalham com lideranças políticas* (55,9%). Mencionaram, especificamente, que uma administração pública ética, eficiente e efetiva deve estar livre de interferência política e atuar de modo imparcial. Ofereceram os respondentes uma enorme riqueza de dados, em várias questões abertas, que incitam a reflexões e a reformas, por representarem problemas atuais que devem ser eliminados. Idéias de reforma, visualizadas como mecanismos de combate à corrupção, têm sido testadas em todo o mundo, e as experiências que delas resultam são divulgadas rapidamente, no sentido de determinar melhores práticas e boa governança.

Não há, entretanto, receitas prontas para estabelecer sistemas de integridade em democracias modernas. Os sistemas de integridade são culturalmente limitados e dinâmicos. Uma perspectiva positiva para inspirar medidas de combate à corrupção relaciona-se à prevenção. Pela primeira vez, qualificados servidores civis foram entrevistados sobre princípios e valores como parte de seu trabalho diário. Os resultados são a base para instrumentos de treinamento realisticamente estruturados. Com fundamento nas respostas e nas experiências dos voluntários, algumas conclusões e sugestões são

indicadas. Os princípios e os valores da organização guiam sua atividade e têm precedência sobre os valores do indivíduo em situações de conflito. Uma vez que os valores guiam a atividade e são internalizados, a atividade se beneficia com padrões éticos mais elevados. A execução dos princípios e dos valores requer, também, que os indivíduos reconheçam o seu papel na organização, exercitando-os em seu próprio trabalho diário. O questionário centrou-se em assuntos fundamentais: percepção dos princípios constitucionais e valores como ferramentas de gerência; situações e processos ao tratar dos conflitos éticos; acesso e transparência, treinamento e gerência no serviço público; presente e futuro da Administração Pública.

Com base nas respostas e experiências daqueles voluntários, inúmeras e valiosas conclusões e sugestões podem ser extraídas. As principais expectativas concentram-se no fortalecimento de ferramentas práticas, algumas já em uso e outras indicadas no estudo, que permitem incorporar e internalizar valores no ambiente de trabalho. A todos aqueles que participaram do experimento, o nosso reconhecimento por sua consciência cívica. Cidadania é participação. As sugestões e observações fornecidas enriquecem toda a pesquisa e contribuem como elementos de reflexão e fundamentos para futuras reformas e mudanças. São obra dos participantes e outros que auxiliaram na realização do estudo. Que esse mesmo sentimento cívico sirva de exemplo e inspiração para futuras aplicações, que complementem e consolidem a presente análise.

## **Referências**

- CAIDEN, G. E.; CAIDEN, N. J. Administrative corruption revisited. *Philippines Journal of Public Administration*, v. 38, n. 1, p. 1-16, 1994.
- \_\_\_\_\_. More on official misconduct. *Indian Journal of Public Administration*, v. 41, n. 3, p. 371-382, 1995.

CAIDEN, G. E.; DWIVEDI, O. P.; JABBRA, J. J. (Eds.). *Where corruption lives*. Bloomfield, CT: IIAS/Kumarian Press, 2001.

CAIDEN, G. E.; Stephen Ma. *Essays on administrative ethics*. Shanghai: Fud. University Press, 2003.

CAIDEN, G. E.; Tsai-Tsu Su. *The repositioning of public governance: global experiences and challenges*. Taiwan: NUT Press, 2007.

CAIDEN, G. E. Toward a general theory of official corruption. *Asian Journal of Public Administration*, v. 10, n. 1, p. 3-26, 1988.

\_\_\_\_\_. Undermining good governance: corruption and democracy. *Asian Journal of Political Science*, v. 5, n. 2, p. 1-22, 1997.

\_\_\_\_\_. The essence of public service professionalism. In: UNITED NATIONS SEMINAR ON PUBLIC SERVICE ETHICS. Thessalonica, Greece, 1998.

\_\_\_\_\_. An anatomy of official corruption. In: FREDERICKSON, G.; GHERE, R. K. (Eds.). *Ethics in public management*. Armonk, NY: M. E. Sharpe, 2005.

\_\_\_\_\_. Improving government performance. *Public Administration Review*, v. 66, p. 140-143, jan./feb. 2006.

\_\_\_\_\_. *Toward cleaner governance*. Paper presented at the University of Hong Kong, may 2007.

LAMBSDORFF, Johann Graf; NELL, Mathias. *Corruption: where we stand and where to go*. Disponível em: <<http://www.icgg.org/downloads/Corruption%20-%20Where%20we%20stand%20and%20where%20to%20go.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2007.

MORGAN, Gareth. *Images of organization*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1997.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. Corruption: diagnosis and treatment. *Journal of Democracy*, v. 17, n. 3, p. 86-99, 2006.

NYE, J. S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. In: HEIDENHEIMER, A. J. et alii (Eds.). *Political corruption*. New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1967. p. 963-983.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Survey of anti-corruption measures in the public sector. In: \_\_\_\_\_. *OECD Countries*. Paris: Public Management Service (Puma), 1998.

\_\_\_\_\_. *Public sector integrity: a framework for assessment*. OECD Publishing, 2005.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Corruption and good governance: discussion paper 3. Bureau for Policy and Programme Support, New York, 1997.

VALDÉS, Daisy de A. *Towards brazilian national integrity system: principles and values as part of Public Administration's daily job*. Disponível em: <<http://www.lulu.com/content/1264439>>. Acesso em: dez. 2007. ISBN 978-0-615-16908-8.

WERNER, S. B. New directions in the study of administrative corruption. *Public Administration Review*, v. 43, n. 2, p. 146-154, 1983.

WORLD BANK. *Understanding public sector performance in transition countries: an empirical contribution*. Washington DC: World Bank. Poverty Reduction and Economic Management Unit, 2003.

## NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de artigos que versem sobre matéria jurídica ou afim, de autoria de membros e servidores do MPU ou de colaboradores externos à Instituição; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

### 1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira (somente para autores estrangeiros), com no máximo quarenta laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, pelo fax (61) 3313-5185, o formulário de Cessão de Direitos Autorais e Autorização para Publicação em Meio Eletrônico, disponível na página da ESMPU, no endereço <[www.esmpu.gov.br](http://www.esmpu.gov.br)>, no *link* “Formulários”, devidamente preenchido e assinado.

- 1.4. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato RTF (Rich Text Format), ou .doc (Word), por meio eletrônico, para o endereço <editoracao@esmpu.gov.br>.
- 1.5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023).
- 1.6. O Núcleo de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelo telefone (61) 3313-5114.

## **2 Normas editoriais para publicação:**

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.4. Os artigos publicados pelo Boletim Científico da ESMPU poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

- 2.5. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.6. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.