

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Procurador-Geral da República:
GERALDO BRINDEIRO

Diretora Geral da Escola Superior do Ministério Público da União:
SANDRA CUREAU

Conselho Administrativo

Titulares: Ministério Público Federal: CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA – Procuradora Regional da República; **Ministério Público do Trabalho:** JOHNSON MEIRA SANTOS – Subprocurador-Geral do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES – Promotora de Justiça; **Ministério Público Militar:** EDMAR JORGE DE ALMEIDA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Suplentes: Ministério Público Federal: LUIS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE – Procurador Regional da República; **Ministério Público do Trabalho:** ANTÔNIO CARLOS ROBOREDO – Subprocurador-Geral do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** RODOLFO CUNHA SALLES – Promotor de Justiça; **Ministério Público Militar:** NELSON LUIZ ARRUDA SENRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Coordenadores de Ensino

Titulares: Ministério Público Federal: MARCOS ANTONIO DA SILVA COSTA – Procurador da República; **Ministério Público do Trabalho:** ADRIANE REIS DE ARAÚJO – Procuradora Regional do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** ARINDA FERNANDES – Procuradora de Justiça; **Ministério Público Militar:** CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Suplentes: Ministério Público Federal: CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA – Procurador da República; **Ministério Público do Trabalho:** RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITO PEREIRA – Procurador Regional do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** MAURO FARIA DE LIMA – Promotor de Justiça; **Ministério Público Militar:** MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA – Procurador da Justiça Militar.

Conselho Editorial

Coordenador: ROBERTO CARLOS BATISTA – Promotor de Justiça (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) – e-mail: robertob@mpdft.gov.br; **Conselheiros:** ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS – Procurador da República (Ministério Público Federal) – e-mail: aramos@prsp.mpf.gov.br; GUSTAVO ERNANI DANTAS – Procurador Regional do Trabalho (Ministério Público do Trabalho) – e-mail: dantas@prt0.mpt.gov.br; PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ – Subprocurador-Geral da Justiça Militar (Ministério Público Militar) – e-mail: pericles@mpm.gov.br.

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ANO 1 – NÚMERO 1 – OUTUBRO/DEZEMBRO 2001
BRASÍLIA, DF



BOLETIM CIENTÍFICO-ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, SI. 230

70200-901 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5502 – Fax: (61) 3313-5501

Home page: <www.esmpu.mpu.gov.br>

E-mail: <esmpu@mpu.gov.br>

© *Copyright* 2001. Todos os direitos autorais reservados.

Diagramação, fotolitos e impressão

Archip Editora Multimídia Ltda. ME

www.artchip.com.br-artchip@terra.com.br - (11) 5044-7679 - 5041-8899

Revisão: Francisca Pimenta Evrard

Capa: Fábio Lyra

Tiragem: 3.000

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

Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 1, n.º 1, out./dez., 2001

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1
20.ed.

APRESENTAÇÃO

O despertar de um horizonte de relevo belo e de aragens ricas colore de alegria e perspectivas os rumos da Escola Superior do Ministério Público da União. Nasce o primeiro número do Boletim Científico desta Instituição de Ensino como veículo disponível aos membros e servidores do MPU, para descortinar a paisagem infinita do saber e compartilhar as idéias, os estudos, as pesquisas, as investigações doutrinárias e científicas.

Um espaço plural e democrático, que congrega e divulga trabalhos, reflexões e pensamentos sobre o Direito e sua interação com outros setores do conhecimento humano, frente a um universo pós-moderno e desafiador, eis a proposta do Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.

A contribuição dos quatro ramos integrantes do Ministério Público da União faz do Boletim um periódico e fonte de pesquisa valiosa, dada a diversidade de temas e a qualidade dos trabalhos.

O primeiro número desponta com treze artigos inéditos de membros e servidora dos quatro ramos do Ministério Público da União, versando sobre aspectos relevantes de assuntos que comparecem freqüentemente na pauta da contemporaneidade.

A publicação terá periodicidade trimestral. Além de congregar artigos, conta com uma sessão destinada à divulgação do lançamento de obras de integrantes do MPU e reservará espaço, nos números futuros, à sessão de resenhas de livros, dissertações e teses acadêmicas.

Compromissado com a qualidade e dando preferência ao ineditismo dos trabalhos, o Boletim Científico dependerá da inestimável colaboração dos colegas e servidores, que iluminarão o trabalho da Comissão Editorial, que se sente honrada em apresentar-lhes a primeira publicação oficial da ESMPU.

Roberto Carlos Batista

Coordenador da Comissão Editorial da ESMPU



COLABORADORES

Ana Carolina Papacosta Conte - Advogada em São Paulo, Mestranda em Direito Ambiental na PUC/SP

Inês Virginia Prado Soares - Procuradora da República em São Paulo, Mestranda em Direito Ambiental na PUC/SP

Bruno Amaral Machado - Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Camila Ceroni Scarabelli - Servidora Pública Federal. Assessora Substituta da CODIN - PRT 15ª Região. Advogada. Membro eleita da Comissão de Servidores integrantes do Núcleo Estadual da ESMPU da PRT15ª.

Denise Neves Abade - Procuradora da República - mestranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo

Dicken William Lemes Silva - Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Elvécio Moura dos Santos - Procurador do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 18ª Região. Professor de Direito Processual do Trabalho da Universidade Católica de Goiás, da Escola Superior de Advocacia de Goiás - ESAG e do Curso de Pós-graduação da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO. Coordenador do Núcleo Estadual da Escola Superior do Ministério Público da União em Goiás. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás. Membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho.

Maria Aparecida Gugel - Subprocuradora-Geral do Trabalho, Coordenadora da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho e Presidente da Comissão de Saúde e Segurança no Trabalho. Representante do Ministério Público do Trabalho na Comissão Intersetorial de Saúde do Trabalho, do Conselho Nacional de Saúde. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Curitiba/PR.

Geisa de Assis Rodrigues - Procuradora da República na Bahia, atual Procuradora Regional dos Direitos do Cidadão, Mestre e Doutora em Direito pela UERJ e Professora da UFBA.

João Batista de Almeida - Subprocurador-Geral da República.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen - Procuradora Regional da República, Mestra em Direito do Estado pela PUC/SP e Doutoranda em Filosofia e Teoria do Direito na USP.

Marco Aurélio Dutra Aydos - Procurador da República em Santa Catarina, com ofício criminal, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Filosofia pela New School for Social Research, Nova Iorque, EUA.

Paulo Gilberto Cogo Leivas - Procurador da República no Rio Grande do Sul, Professor da Escola de Magistratura Federal/RS e Mestrando em Direito do Estado e Teoria do Estado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Ricardo de Brito A. P. Freitas - Promotor da Justiça Militar, Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco.

Waldir Alves - Procurador da República em Porto Alegre/RS.

SUMÁRIO

I ARTIGOS

Registro de agrotóxicos e controle social

Ana Carolina Papa costa Conte

Inês Virgínia Prado Soare 9

Ministério Público e controle penal na globalização da economia

Bruno Amaral Machado..... 24

Responsabilidade civil dos pais

Camila Ceroni Scarabelli 33

O Ministério Público e o acesso a justiça penal

Denise Neves Abade 41

Tratados internacionais de direitos humanos e hermenêutica constitucional

Dicken William Lemes Silva 53

O Ministério Público e as questões de segurança pública e saúde no trabalho

Elvécio Moura dos Santos

Maria Aparecida Gugel..... 65

Anotações sobre reexame necessário em sede de ação civil pública

Geisa de Assis Rodrigues..... 73

Ação Civil pública em matéria tributária

João Batista de Almeida..... 77

Algumas razões para escolher e acreditar na igualdade ou porque ninguém pode ser estrangeiro

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen 83

Direito Penal Militar - Buscando alguns fundamentos que justifiquem sua repercussão penal

Marcelo Weitzel Rabello de Souza 91

Publicar ou perecer

Marco Aurélio Dutra Aydos..... 101

Responsabilidade civil dos estados por ato publicado

Paulo Gilberto Cogo Leivas 112

O Sistema Penal Militar dos EUA

Ricardo de Brito A. P. Freitas 120

O Ministério Público Federal e o CADE na lei Antitruste

Waldir Alves 126

REGISTRO DE AGROTÓXICOS E CONTROLE SOCIAL*

Ana Carolina Papacosta Conte

Inês Virgínia Prado Soares

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a previsão legal do registro de agrotóxicos, sob o enfoque não só da legislação específica (Lei n. 7.802/89 e pelo Decreto n. 98.816/90), mas a partir da Constituição e das outras normas que proporcionem a participação da sociedade no procedimento administrativo de registro de substâncias agrotóxicas, com a valorização dos princípios ambientais da prevenção, da publicidade e da informação, insculpidos no artigo 225 da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988, articulada com a Política Nacional do Meio Ambiente, criada pela Lei n. 6.938/81, clama a participação efetiva da sociedade na gestão ambiental.

No que toca ao registro de substâncias agrotóxicas, além da regulamentação específica (Lei n. 7.802/89 e Decreto n. 98.816/90) e da orientação das normas ambientais (constitucionais ou infralegais), deve-se observar as disposições da recente Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, pela sua previsão da atuação da coletividade nas decisões administrativas.

A importância do estudo da participação da coletividade no procedimento de registro das substâncias agrotóxicas advém do alto potencial poluidor dessas substâncias, e da necessidade de se prevenir o dano ambiental, desde o início do procedimento de licenciamento dessa substância, ou seja, desde o registro.

Esse tipo de degradação ambiental é fruto do modelo de produção agrícola brasileira, caracterizado pelo alto consumo de substâncias tóxicas, que decorreu de uma política agrícola que não mais se adapta aos padrões de consumo e de expectativa de qualidade de vida exigidos pela sociedade.

Embora se denote a preocupação ambiental¹ da legislação específica sobre agrotóxicos, o procedimento de registro dessas substâncias afasta-se do complexo normativo ambiental e da legislação específica sobre processo administrativo da Administração Pública Federal (Lei n. 9.784/99).

A adequação da legislação específica sobre registro de agrotóxicos com a Lei n. 9.784/99 e com os princípios ambientais, com enfoque na participação da sociedade, é o objetivo do presente trabalho.

* Tese apresentada, aprovada e publicada nos Anais do 4º Congresso Internacional de Direito Ambiental- Agricultura e Meio Ambiente, enquadrada no tema Agrotóxicos e Qualidade de Vida.

1 O termo preocupação ambiental é utilizado na acepção ampla, abrangendo saúde, meio ambiente do trabalho, consumo, qualidade de vida, meio ambiente natural, etc.

2 Complexo normativo ambiental

2.1 A importância da participação da sociedade na defesa do meio ambiente

A preocupação com o meio ambiente deve levar em conta o ser humano. A Constituição Federal, quando garante a todos um ambiente ecologicamente equilibrado, o fez com o escopo de preservar a vida humana com dignidade, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos moldes do artigo 1º, III, da CF/88. A busca de ambientes ecologicamente equilibrados deve compreender condições decentes de vida, o que envolve as condições de trabalho, moradia, educação e saúde, ou seja, um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social dos homens.

A delimitação do direito ambiental é complexa, porque a proteção do meio ambiente apresenta-se como tarefa transversal (o direito ambiental perpassa todo o ordenamento jurídico, não lhe cabendo uma delimitação rígida e estática) para resolver problemas inter-relacionados, e exige regras inter-relacionadas de proteção ambiental, permeando praticamente todo o ordenamento jurídico, superando, com isso, toda classificação tradicional sistemática do direito.

A legislação ambiental tem a tarefa de: a) apresentar um arcabouço legislativo para uma luta eficiente contra a imensa variedade de problemas ambientais (viabilidade da proteção ambiental); b) trabalhar para uma coordenação entre interesses concorrentes e conflitantes, inclusive reescrevendo os conceitos que se encontram nos mais diversos ramos do direito; c) compreender e ampliar os conceitos de bem-estar e qualidade de vida humana.

A Constituição Federal estabelece a natureza jurídica do bem ambiental como bem de uso comum do povo. O bem ambiental tem que ser essencial à sadia qualidade de vida, englobando tudo que é considerado constitucionalmente como essencial à sadia qualidade de vida, ressaltado na interpretação sistemática dos artigos 1º, 5º e 6º da Carta de 1988.

Assim, o artigo 225, *caput*, da CF/88, além de tornar um direito de difuso (de toda a coletividade) o meio ambiente ecologicamente equilibrado, também transferiu para a coletividade o dever de defender e preservar o bem ambiental. E é a partir desse preceito constitucional que se desenvolve toda a sistemática de participação da coletividade em todos os atos, genericamente considerados, que sejam atentatórios ao meio ambiente.

Em relação à participação da sociedade civil, preceitua Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer: “Um dos aspectos da reengenharia política e administrativa do Estado é a demanda da sociedade por participação nas decisões administrativas. A reivindicação de um meio ambiente equilibrado é justamente um dos interesses sociais que determinam a ampliação da agenda política das democracias contemporâneas. Ademais, muitas vezes a gestão ambiental fica a cargo de órgãos da Administração indireta, normalmente, compostos por técnicos pertencentes à estrutura administrativa permanente do Estado, constituindo verdadeiros ‘anéis burocráticos’, suscetíveis, assim, de menor controle político”.²

Continua o citado autor: “Dessa forma, é importante a participação da sociedade no processo de formação das decisões das questões relacionadas com o meio ambiente, mesmo porque a Constituição Federal impõe o dever de sua defesa e preservação não somente ao Poder Público, mas à própria coletividade. Aliás, a própria estrutura jurídica do direito ao meio ambiente hígido, exponencia a pertinência desta constatação: é constitucionalmente definido como bem de uso comum do povo, pelo artigo 225, *caput*, da Carta Maior.”³

2 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. A publicidade e o direito de acesso à informações no licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 8, p. 20-23 out./dez. 1997.

3 Idem, *ibidem*, p. 25.

Os mecanismos para assegurar a participação da sociedade nas decisões relacionadas a todas as matérias ambientais estão dispostos tanto nas normas constitucionais, como nas legislações ordinárias. A democracia no campo ambiental exige a observância de ampla publicidade no processo de licenciamento ambiental, ou seja, em todas as etapas previstas para a concessão de licença de obra ou atividade potencialmente causadora de impacto ambiental. Demanda, ademais, a prestação de informações ambientais por parte do Poder Público aos interessados, que em matéria ambiental é toda a coletividade. A não vivência dos princípios constitucionais ambientais, pela ausência de integração normativa, dificulta a participação da coletividade nas decisões concernentes ao meio ambiente.⁴

2.2 *Licenciamento ambiental como instrumento de preservação ambiental*

Atualmente, a prevenção ambiental é um dos fundamentos do direito ambiental. Em sede principiológica de direito ambiental, não há como escapar do preceito fundamental da prevenção. Esta é e deve ser a palavra de ordem, já que os danos ambientais, tecnicamente falando, são irreversíveis e irreparáveis. Diante da impotência do sistema e face à impossibilidade lógico-jurídica de fazer voltar a uma situação igual à que teria sido criada pela própria natureza, adota-se, com inteligência e absoluta necessidade, o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como verdadeira chave-mestra, pilar e sustentáculo da disciplina ambiental, dado o objetivo fundamentalmente preventivo do direito ambiental.⁵

Atualmente, a preservação ambiental vem associada à idéia de desenvolvimento sustentável, que consiste “na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras”.⁶

Dentre os mecanismos administrativos de prevenção ambiental existentes, merece especial destaque o licenciamento ambiental. É o licenciamento um processo administrativo composto por várias etapas, nas quais o Poder Público autoriza ou licencia – dependendo do caso e das normas pertinentes – o exercício de determinada atividade.

E por essa razão que o artigo 10, *caput*, da Lei n. 6.938/81 determina que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento.

3 **Agrotóxicos**

3.1 *Agrotóxicos e produtividade*

O uso de agrotóxicos que, num primeiro momento, representava a possibilidade da produção agrícola acompanhar o crescimento demográfico e a demanda por alimentos, é hoje o responsável pela degradação ambiental, colocando em risco a própria prática da agricultura para as gerações atuais e futuras.⁷

4 Idem, *ibidem*, p. 25.

5 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 140.

6 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 7-8.

7 A Revolução Verde que viabilizou o processo de modernização da agricultura, com a utilização intensiva de automecanização, agrotóxicos, equipamentos pesados, irrigação e expansão da monocultura trouxe consequên-

A utilização de agrotóxicos vem gerando um crescente prejuízo para a saúde pública. Tal fato foi alertado por Helita Custódio, quando afirma que, “tornam-se patentes que as substâncias e os produtos correlatos, diante dos notórios impactos contra o meio ambiente e a saúde pública, constituem graves e inquietantes fontes de poluição ambiental. A destruição progressiva dos recursos naturais (animais e vegetais), com repercussões danosas contra a vida e a saúde pública, resultante do uso maciço de agrotóxicos e de seus componentes e afins, como produtos e substâncias altamente tóxicos ou contaminantes notadamente na agricultura, nos alimentos em geral”.⁸

Continua a autora, afirmando que “nosso país, lamentavelmente, vem distinguindo-se, de forma especial, pelo uso inadequado de agrotóxicos ‘como terceiro maior consumidor do mundo’ (...). O resultado da aplicação indiscriminada e excessiva de produtos contaminantes e altamente tóxicos já é a elevadíssima taxa de veneno no sangue da população brasileira, com preocupante perigo imediato e mediato à saúde pública”.⁹

Os países subdesenvolvidos, entre os quais o Brasil, absorvem 20% dos agrotóxicos no mundo; e esses países, ao mesmo tempo, são responsáveis por 75% das intoxicações com agrotóxicos.¹⁰

O uso de agrotóxicos, de forma desregrada por trabalhadores desorientados e desprotegidos, está causando irreparáveis prejuízos à população brasileira e, em especial, aos trabalhadores rurais, que ainda carecem de proteção adequada.¹¹

O saldo da última safra agrícola no Paraná – considerando-se apenas o período de outubro de 1982 a janeiro de 1983 – é de vinte e seis mortos e mil e seiscentos intoxicados. A causa: pesticidas.¹²

Como prova de tal fato, há dados científicos, neste sentido: os ingleses têm 14,4 ppb (partes por bilhão) de veneno no sangue, os americanos 22,7 ppb, os argentinos 43,3 ppb, e os brasileiros têm a impressionante taxa de 572,6 ppb.¹³

Para a implementação da qualidade de vida dos homens, é muito mais importante estimular técnicas que degradem menos a natureza e comprometam menos o alimento, possibilitando o estabelecimento de alternativas à utilização de agrotóxicos, do que aceitar sem restrições os critérios determinados pela indústria agroquímica que influenciam o *modus operandi* da agricultura, sem considerar aspectos do meio ambiente e da saúde dos homens.¹⁴

O direito deve contribuir com essa proteção da qualidade de vida dos homens, fazendo valer os instrumentos jurídicos de prevenção e repressão – mecanismos instrumentais materiais e mecanismos instrumentais processuais, alguns de natureza constitucional, como o “Estudo Prévio de Impacto Ambiental” e os critérios determinados na Lei n. 7.802/89 e no Decreto n. 98.816/90, com o fim de minimizar os efeitos dos agrotóxicos na atividade agrícola.

cias: altos índices de erosão e degradação do solo; comprometimento da qualidade/quantidade de recursos hídricos; devastação das florestas e campos naturais; empobrecimento das diversidades genéticas nos cultivares, plantios e animais e, sobretudo, contaminação dos alimentos.

8 CUSTÓDIO: Helita Barreira. Agrotóxicos no sistema legal brasileiro. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 8, p. 143, out./dez. 1997.

9 Idem.

10 BONTEMPO, Márcio. Relatório Orion – Denúncia. Porto Alegre: L&PM, 1986. p. 124.

11 DA PALMA, João Augusto. Resumo de artigo. LTr – Supl. Trab. 74-309/85 e Revista Trabalhista Brasileira, n. 11, nov.1984.

12 O Jornal do Meio Ambiente, n. 17, abr. 1983 – publicado pela Assessoria de Imprensa do ITC, órgão vinculado à Secretaria de Estado da Agricultura.

13 CUSTÓDIO, Helita Barreira, op. cit., p. 143.

14 DAMASCENO, Marcos José Pereira. A utilização de agrotóxicos: risco ambiental e condição para a sobrevivência do homem. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 1997.

3.2 Constitucionalização da substância agrotóxica

A preocupação com as substâncias agrotóxicas como potencialmente danosas à vida e ao meio ambiente só adquiriu *status* constitucional a partir da Constituição Federal de 1988.

A tutela jurídica da qualidade do meio ambiente se torna imperiosa, desde o momento em que se começam a sentir os efeitos nocivos dos agrotóxicos. Mas, apenas com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, é que houve a determinação específica da necessidade da tomada de providências para controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comprovassem risco à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente.

O ordenamento jurídico brasileiro foi extremamente cuidadoso no trato da matéria referente a agrotóxicos, quando determinou:

“Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

O primeiro momento desse controle advém, no caso dos agrotóxicos, da primeira etapa do licenciamento, que é a do procedimento de registro.

3.3 Regime jurídico dos agrotóxicos

A definição legal de agrotóxicos está no artigo 2º, I, “a” e “b” da Lei n. 7.802/89, nestes termos:

“Art. 2º. Para efeitos desta Lei, consideram-se:

I - agrotóxicos e afins:

a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na produção florestal, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;

b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimulantes e inibidores de crescimento;

(...).”

Tal definição tem grande importância, pois resolveu a questão da abrangência da proteção legal e da fixação da propriedade do termo utilizado na designação dessas substâncias. Com essa definição, a ordem jurídica brasileira reconhece os agrotóxicos como substâncias tóxicas.¹⁵

A lei citada regulamenta a produção e comercialização dessas substâncias, estabelecendo alguns pré-requisitos a serem cumpridos antes da disponibilização de tais produtos no mercado.

A definição legal de agrotóxico parte de dois critérios de adequação artificial do meio à atividade: a) minimizar a ação danosa de seres vivos com conteúdo nocivo direto

¹⁵ Paulo Afonso Leme Machado observa que ainda que o Brasil não tenha inserido na nomenclatura oficial o termo “pesticida”, a acolhida do termo “agrotóxico” já coloca em relevo a presença de produto perigoso. (MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 491).

ou indireto ao homem; b) alterar as condições pré-existentes do meio, estabelecendo as consideradas mais adequadas para um determinado uso.

Portanto, a regulação da Lei n. 7.802/89 deve se prestar a alcançar um potencial de maior proteção no uso dos agrotóxicos, sobretudo se articulada às prescrições constitucionais e da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente.

4 Registro dos agrotóxicos

4.1 Natureza do registro: licenciamento ambiental

O registro de substância agrotóxica é o instrumento apto para obtenção de licenciamento de atividade. Essa afirmação decorre da leitura dos textos legais que tratam especificamente da matéria (Lei n. 7.802/89 e Decreto n. 98.816/90). Dessa forma, o artigo 3º da referida Lei diz que:

“Art. 3º - Os agrotóxicos, seus componentes e afins, de acordo com a definição do art. 2º desta Lei, só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura”.

Já o artigo 2º, XIII, do Decreto, conceitua registro como “ato privativo de órgão federal competente, destinado a atribuir o direito de produzir, comercializar, exportar, importar e utilizar agrotóxicos, seus componentes e afins, sem prejuízo das condições de autorização de uso.”

A Lei n. 7.802/89 exige o registro em órgão federal (art. 3º, *caput*). No mesmo sentido, o direito regulamentador da lei esclarece ser privativo de órgão federal, o registro.

A compatibilização do inciso V do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal, que afirma incumbir ao Poder Público controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida e o meio ambiente, com a definição legal de registro de agrotóxicos (art. 3º, *caput*, da Lei n. 7.802/89 e art. 2º, XIII, do Decreto n. 98.816/90, supramencionados), leva-nos ao entendimento de que o licenciamento das substâncias agrotóxicas começa com o registro.

Assim, o licenciamento ambiental dos agrotóxicos é composto por fases ou por procedimentos administrativos distintos e interligados, que juntos formam o processo de licenciamento.

Não se pode admitir que o procedimento de registro seja considerado uma etapa anterior e distinta do processo de licenciamento das substâncias agrotóxicas, pois é a partir do registro que as substâncias agrotóxicas são consideradas potencialmente poluidoras, existindo uma aceitação legal de que tais substâncias são impactantes. Por essa razão, a legislação pertinente busca minimizar os efeitos que os agrotóxicos causam ao meio ambiente e à saúde humana, dispondo o artigo 14 do Decreto n. 98.816/90 que “o registro para novo produto agrotóxico, seus componentes e afins será concedido se a sua ação tóxica sobre o ser humano e o meio ambiente for comprovadamente igual ou menor de que a daqueles já registrados, para a mesma finalidade”.

No mesmo sentido é o artigo 3º, parágrafo 6º, da Lei n. 7.802/89, que dispõe, *verbis*:

“Art. 3º - (...)”

§ 6º Fica proibido o registro de agrotóxicos, seus componentes e afins:

a) para os quais o Brasil não disponha de métodos para desativação de seus componentes, de modo a impedir que os seus resíduos remanescentes provoquem riscos ao meio ambiente e à saúde pública;

b) para os quais não haja antídoto ou tratamento eficaz no Brasil;

c) que revelem características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, de acordo com os resultados atualizados de experiências da comunidade científica; (...).”

Ao admitir que a substância agrotóxica necessita de antídoto ou tratamento eficaz, ou ainda que elas podem ter características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, está a lei aceitando o caráter impactante do agrotóxico, desde o seu registro.

No caso de registro de novo agrotóxico, o artigo 14 do Decreto n. 98.816/90 impõe critérios mais rigorosos, vinculando a aprovação à condição de que a sua ação tóxica sobre o ser humano e o meio ambiente seja menor ou igual aos dos já registrados. Esse artigo demonstra o caráter preventivo do procedimento de registro, bem como sua natureza de licenciamento ambiental, já que se não se estivesse frente a um produto altamente impactante ao meio ambiente, e se não existisse ameaça de dano ambiental apenas com o registro de substâncias agrotóxicas, não haveria sentido tal exigência.

Daí porque a possibilidade de dano ambiental – e, por conseguinte, a necessidade de licenciamento ambiental – verificar-se a partir do registro, e não na fase seguinte, denominada legalmente de licenciamento. Isso ocorre porque o procedimento é caracterizado pela sua natureza jurídica e não pela nomenclatura adotada.

Por essa razão, ao trabalhar com o conceito de agrotóxico do Decreto n. 98.816/90 (art. 2º, XIII, supramencionado), o Professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo conclui que “o registro reveste-se de características de licenciamento de atividade, que encontra fundamento legal no art. 10 da Lei n. 6.938/81”.¹⁶

Dessa forma, a Constituição Federal, as normas ambientais gerais e as normas específicas sobre agrotóxicos tratam do processo de licenciamento ambiental dessas substâncias, através de fases procedimentais.

A relevância do licenciamento ambiental é extrema, já que tem relação intrínseca com os princípios da prevenção e da informação, bem como com as funções a serem desenvolvidas pela Administração Pública e pela sociedade. Por essa razão, diz Bessa Antunes que “o mais importante dentre todos os mecanismos de controle é o licenciamento ambiental. Através do licenciamento, a Administração Pública, no uso de suas atribuições, estabelece condições e limites para o exercício de determinadas atividades.”¹⁷

Mas, embora a atividade a ser licenciada seja uma atividade ambiental, o procedimento de registro de substância agrotóxica, da forma em que está regulamentado, não se enquadra nas exigências impostas ao licenciamento ambiental¹⁸, podendo-se perceber flagrante desrespeito às normas e princípios ambientais, no que tange especialmente à publicidade e à participação da sociedade, na gestão ambiental.

Dessa forma, o procedimento de registro, mesmo sendo uma etapa do processo de licenciamento ambiental, rege-se por regras próprias, mais restritas do que as exigidas nos Estudos de Impacto Ambiental, embora denote-se que a finalidade das normas seja resguardar os bens ambientais em questão.¹⁹

16 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 157.

17 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 86.

18 O termo licenciamento ambiental será utilizado de forma mais ampla do que o definido no artigo 1º, I, da Resolução n. 237/97 (Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso), por entendermos que os órgãos federais envolvidos no procedimento de registro estão lidando com bem ambiental: vida com saúde e qualidade.

19 Pode-se inclusive enquadrar as exigências do artigo 8º do Decreto n. 98.816/90, tanto do requerimento quanto especificamente dos relatórios técnicos, como Estudos Ambientais, de forma definida no inciso III do artigo 1º

Pois bem, a Lei n. 7.802/89 e o Decreto n. 98.816/90, que a regulamenta, dispõem sobre o procedimento de registro das substâncias agrotóxicas. Fixada a natureza desse procedimento, abordaremos, em largas linhas, sua previsão legal para que possamos compatibilizá-lo com a Constituição Federal.

4.2. Procedimento de registro

O artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei n. 7.802/89 determina que “protocolado o pedido de registro, será publicado no *Diário Oficial da União* um resumo do mesmo”.

A publicidade prévia prevista pela lei e pelo regulamento deve ser aperfeiçoada, exigindo que outros dados sejam publicados, não só em relatórios técnicos endereçados aos órgãos administrativos federais, mas também às pessoas e às associações de defesa do meio ambiente.²⁰

As observações que foram enviadas aos órgãos públicos intervenientes no registro deverão ser juntadas ao processo, ainda que não se trate de impugnação do registro – de inegável caráter público.²¹

O procedimento, prioritariamente, visa defender os interesses sociais e individuais nas áreas de alimentação, saúde e meio ambiente.²²

A ausência da publicação, a publicação fora da época regulamentar ou a ausência de dados mencionados acarretam a nulidade do procedimento do registro, que deverá recomençar a partir do procedimento obrigatório da publicação.²³

O procedimento de registro tem caráter público, já que o direito à informação tem amparo na Constituição Federal, artigo 5º, XXXIII.

O registro de produto agrotóxicos é um procedimento administrativo, no qual se busca verificar se os requisitos necessários e estabelecidos em lei para o exercício da atividade foram cumpridos pelo requerente.

Esse procedimento deve ser visto como um instrumento de *controle ambiental prévio*, pois sua função é eminentemente preventiva: antes mesmo de se iniciar uma determinada atividade, o Poder Público verifica se a maneira como ela será desenvolvida não contraria os requisitos legais a elas impostos, evitando-se, assim, futuros danos à coletividade.²⁴

O Decreto n. 98.816/90, que estabelece que, para efeito de registro dos produtos agrotóxicos, os interessados devem apresentar um requerimento e três relatórios técnicos em duas vias cada, pois em face do teor das informações contidas, eles serão submetidos à análise dos órgãos federais responsáveis pelos setores da agricultura, da saúde e do meio ambiente.

O registro federal de agrotóxicos, conforme a Lei n. 7.802/89, é ato administrativo complexo, não podendo ser concedido por um órgão, sem que os outros órgãos estejam de acordo. Portanto, somente havendo consenso ou unanimidade dos órgãos administrativos intervenientes (órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura – art. 3º, *caput*, da Lei n. 7.802/89) poderá ocorrer o registro.

da Resolução n. 237/97, nestes termos: Estudos Ambientais são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

20 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 494.

21 Idem, ibidem.

22 Idem, ibidem.

23 Idem, ibidem.

24 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, A publicidade e o direito de acesso a informações no licenciamento ambiental, cit., p. 23.

O princípio da publicidade está previsto no artigo 10 do Decreto n. 98.816/90, que dispõe que, protocolizado o pedido de registro, o órgão federal competente deverá promover a publicação no *Diário Oficial da União* de um resumo do mesmo, em até quinze dias úteis, a contar da data do protocolo de recebimento. Essa publicidade é apenas formal e não material, contrariando a exigência expressa na Constituição Federal de 1988.

4.3 *Requerimento do registro*

O artigo 8º do Decreto n. 98.816/90 determina os critérios mínimos exigíveis para a solicitação de registro. O inciso I do citado artigo elenca os requisitos nos itens “a” a “r”, valendo enfatizar as exigências constantes nos itens “h” (classificação taxonômica do agente, em caso de agente biológico de controle); “n” (informações sobre o registro em outros países, inclusive o de origem, ou as razões do contrário, em casos de produtos novos importados ainda não registrados); “p” (concentração, dosagem utilizada, época de aplicação, frequência, forma de apresentação e de aplicação e restrições de uso); “q” (intervalo de segurança); e “r” (métodos para desativação do agrotóxico e de seus componentes e afins). O inciso II diz respeito ao relatório técnico a ser encaminhado ao Ministério da Agricultura e os seus requisitos. O inciso III elenca os requisitos do relatório técnico exigido pelo Ministério da Saúde. E, finalmente, o inciso IV informa sobre os requisitos exigidos no relatório técnico a ser encaminhado ao Ministério do Meio Ambiente (IBAMA).

O artigo 9º do Decreto n. 98.816/90 foi modificado pelo Decreto n. 991/93, que extinguiu a obrigação de renovação de registro de extensão de uso dos agrotóxicos. Do ponto de vista da estrita legalidade, não há o que criticar, pois a Lei n. 7.802/89 não prevê a obrigação da renovação de registro e de extensão de uso de agrotóxicos, tendo sido essa obrigação de renovação criada pelo Decreto n. 98.816/90, em seu artigo 9º. Contudo, do ponto de vista da política ambiental brasileira, foi um retrocesso no controle da poluição por agrotóxicos, já que as substâncias ficam regulares eternamente, caso não exista ação da sociedade ou da Administração.

Há possibilidade de reavaliação desse registro, a qualquer tempo. Essa reavaliação pode ser feita em prazo até anterior aos cinco anos – prazo anteriormente fixado – mas, para tal reavaliação, é necessária a atitude da coletividade ou da Administração. Para a atitude da coletividade, é preciso que a mesma tenha acesso às informações necessárias.

Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado não apenas esclarece o assunto, mas alerta para a imprescindível importância da participação social: “Com a abolição da renovação obrigatória do registro de agrotóxicos, a Administração Federal concedeu um salvo-conduto perene para o produto. A possível reavaliação, a ser determinada pelos órgãos federais, na prática, ocorrerá somente quando danos à saúde humana e ao meio ambiente já tiverem ocorrido e tais danos tenham sido noticiados. Se os fatos não vierem a público, teremos a omissão do Poder Público Federal, na reavaliação periódica desses produtos. Se depender da rotina administrativa, sem que haja solicitação fora dos quadros da Administração, não ocorrerá a chamada reavaliação do registro de agrotóxicos, mesmo porque as pressões econômicas serão no sentido da eternização do registro”.²⁵

A participação social no licenciamento ambiental das substâncias agrotóxicas, desde o registro, oferece elementos cognitivos que podem embasar ações futuras e preventivas da coletividade, ações essas imprescindíveis, diante da sistemática instaurada pela abolição da renovação obrigatória e a conseqüente situação perene de aparente regularidade das substâncias.

25 MACHADO, Paulo Affonso, Leme Direito ambiental brasileiro, cit, p. 551-552.

Essa aceitação de “salubridade permanente” dos agrotóxicos é inadmissível na época atual, em que os avanços tecnológicos e científicos trazem respostas rápidas às possibilidades de minimização dos efeitos das substâncias danosas à saúde humana e ao meio ambiente, estabelecendo novos padrões aceitáveis para uma sadia qualidade de vida.²⁶

4.4 *Relatórios técnicos enquanto estudos ambientais*

Os relatórios têm teor diferentes, já que conterão informações pertinentes às áreas de atuação dos órgãos responsáveis pela análise, valendo ressaltar que, no que toca à questão ambiental, os relatórios de números II e III, que estarão submetidos à apreciação do Ministério da Saúde e do IBAMA, têm maior importância, pois, conforme disposto nos incisos III e IV, do artigo 8º, do Decreto n. 98.816/90, dentre outros aspectos técnicos, devem estar previstos os métodos para avaliação do resíduo de agrotóxico remanescente, persistência dos resíduos (tempo necessário para que a substância aplicada perca sua atividade, sua biodegradabilidade e tolerâncias disponíveis), toxicidade para animais superiores, intervalo de reentrada de pessoas, etc.

Diz Damasceno que “esses relatórios constituem-se ‘quase’ num Estudo de Impacto Ambiental, visto que incluem, em seu conteúdo, além dos referidos acima, dados relativos à toxicidade para microorganismos, microcrustáceos, peixes, algas e organismos de solo e plantas; à bioacumulação, persistência, biodegradabilidade, mobilidade, absorção e des-sorção; à toxicidade em animais superiores; ao potencial mutagênico, embriofetotóxico e carcinogênico em animais. (Relatório Técnico III – art. 8º, IV, a, b, c, d e e)”.²⁷

Porém, logo em seguida constata que “infelizmente, as semelhanças entre o Relatório III e um R.I.M.A se referem apenas a alguns aspectos do conteúdo das informações prestadas e não ao procedimento, a começar pela complexidade bem maior do Relatório de Impacto sobre o Relatório Técnico, senão vejamos: (...) O mais importante de todos os aspectos diferenciadores diz respeito à participação da sociedade civil. A publicidade do R.I.M.A. vai além da prevista para o procedimento do registro do produto – este mera publicação do “resumo” do pedido em Órgão Oficial – sendo feita mediante disponibilização das cópias do Relatório aos interessados nos centros de documentação ou no órgão estadual de controle ambiental correspondente, podendo inclusive resultar em audiência pública que será divulgada pela imprensa local e não pela imprensa oficial, com o objetivo de expor e dirimir dúvidas sobre a atividade e acatar sugestões, e, mais importante, servir de base para sua aprovação ou não”.²⁸

4.5 *Diferença entre o EIA/RIMA e relatórios exigidos para o registro de agrotóxicos*

A publicidade do EIA/RIMA vai além da prevista para o procedimento do registro do produto. Enquanto a publicidade prevista para o procedimento de registro de agrotóxicos se resume na mera publicação do resumo do pedido em órgão oficial, a publicidade prevista para o EIA/RIMA é feita mediante disponibilização das cópias do Relatório aos interessados nos centros de documentação ou no órgão estadual de controle ambiental correspondente, podendo inclusive resultar em audiência pública que será divulgada pela imprensa local e não pela imprensa oficial, com o objetivo de expor e dirimir dúvidas sobre a atividade e acatar sugestões, e, mais importante, servir de base para aprovação ou não.

²⁶ Para se utilizar de uma terminologia constitucional.

²⁷ DAMASCENO, Marcos José Pereira, op. cit., p. 92.

²⁸ DAMASCENO, Marcos José Pereira, op. cit.

Como já exposto, o procedimento do registro de substância agrotóxica é um tipo de licenciamento ambiental. É relevante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 impede qualquer forma de limitação taxativa dos casos de elaboração do estudo de impacto ambiental. Nesse sentido, preceitua José Afonso da Silva: “O estudo de impacto tem por objetivo avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento, público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente. Trata-se de um meio de atuação preventiva, que visa evitar as conseqüências danosas, sobre o meio ambiente, de um projeto de obras, de urbanização ou de qualquer atividade”.²⁹

O procedimento de licenciamento da atividade, característica de que se reveste o procedimento do registro de substância agrotóxica, deve obedecer, em todas as etapas, aos critérios estabelecidos na Constituição Federal e na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, especialmente quanto à publicidade.

Ao dizer que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, quer-se identificar quais seriam os titulares desse direito. Recaindo sobre todos essa titularidade, significa que o direito ao meio ambiente é ao mesmo tempo de cada um e de todos, no sentido de que o conceito ultrapassa a esfera do indivíduo, para repousar sobre a coletividade. O titular do meio ambiente ecologicamente equilibrado, portanto, são todos (*rectius* = povo) que se encontram sob a custódia do nosso ordenamento jurídico.

A Lei Maior dispõe, em seu artigo 225, parágrafo 1º, IV, a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbindo ao Poder Público exigir, na forma da lei, para atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (como é o caso do uso de agrotóxicos), estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Assim, os critérios menos exigentes da Lei de Agrotóxicos (Lei n. 7.802/89) – publicação de um resumo do pedido de registro no *Diário Oficial da União* – contraria claramente os preceitos constitucionais e legais da participação da sociedade civil nos procedimentos de licenciamento ambiental, dificultando consideravelmente o acesso à informação, o que é indispensável para a efetivação da participação da sociedade no procedimento de registro de substância agrotóxica.

4.6 Vantagens da lei específica do registro

O registro é uma das fases do procedimento de licenciamento das substâncias agrotóxicas. A princípio, poder-se-ia concluir que o registro de substâncias agrotóxicas deveria ser regido por essas normas, resolvendo-se assim o problema da omissão da participação da coletividade nesse processo, já que com o Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo relatório (EIA/RIMA), estaria garantida a publicidade e a realização de audiências públicas.

Mas, o licenciamento ambiental em comento tem um procedimento específico que decorre de ato administrativo complexo, formado pela aprovação dos Relatórios e do requerimento, por três órgãos federais diversos (Saúde, Meio Ambiente e Agricultura), do que se pressupõe que existe um maior rigor na apreciação, já que não só aspectos ambientais (*stricto sensu*) serão apreciados, mas também os aspectos técnicos que, numa acepção constitucional, constituem-se matéria ambiental, já que são inerentes à vida e à sua qualidade.

Mantida a “vantagem” do maior rigor no registro das substâncias tóxicas, com a aceitação do disposto na legislação específica (Lei n. 7.802/89 e Decreto n. 98.816/90),

²⁹ SILVA, José Afonso da Silva, Direito constitucional ambiental, cit., p. 197-198.

somente com a previsão da participação da sociedade no procedimento é que se pode concebê-lo como constitucionalmente adequado.

A adequação se faz com a previsão da Lei n. 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal. Esta prevê que é direito do administrado, perante a Administração, ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas, e formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente (art. 3º, II e III).

Especificamente ao processo administrativo, dispõe no artigo 31 abertura de período de consulta pública para manifestação de terceiros, quando a matéria envolver assunto de interesse geral. Prevê a realização de audiência pública para debates sobre a matéria do processo (art. 32), bem como estabelece que, em matéria relevante, os órgãos e entidades administrativas poderão determinar outros meios de participação dos administrados (além dos debates em audiência pública), diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas (art. 33).

As palavras-chaves utilizadas nos aludidos dispositivos (assunto de interesse geral, consulta pública, relevância da questão, audiência pública, debates sobre a matéria do processo, outros meios de participação de administrados, etc.) guardam pertinência com a proteção constitucional do meio ambiente e com os bens que devem ser resguardados no procedimento específico de registro de substâncias agrotóxicas: vida, saúde, informação, participação da coletividade e do Poder Público.

Porém, quando se consideram os registros de substâncias agrotóxicas um procedimento administrativo, e estando esse licenciamento sob a esfera federal, aplicável é a Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal.

4.7 Embasamento legal da participação efetiva da sociedade no registro

Existe uma necessidade de compatibilização das normas que dispõem sobre a atuação da sociedade na gestão ambiental, que encontram amparo na Lei Maior, que declara ser da coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente (art. 225, *caput*, da CF/88), com o procedimento de registro de agrotóxicos. A Lei n. 9.784/99 entende ser direito dos administrados o acesso e conseqüente participação nos processos administrativos, no âmbito da Administração Pública Federal. Nesse sentido, válida é a transcrição do artigo 31, que dispõe, *verbis*:

“Art. 31 - Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º - A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º - O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.”

A Lei dos Agrotóxicos (Lei n. 7.802/89) legitima as entidades de classe, representativas de profissões ligadas ao setor, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e as entidades legalmente constituídas para a defesa dos interesses difusos relacionados à proteção do consumidor, do meio ambiente e dos recursos naturais, no requerimento de cancelamento ou impugnação do registro de agrotóxicos e afins (art. 5º, I a

III). Porém, tal rol não é taxativo, já que o vetor normativo da legitimidade ambiental é a Carta Maior, que prevê que todos albergados pela soberania nacional são legitimados para a tutela do bem ambiental, que é um bem difuso por natureza.

Assim, o rol está aberto a novos legitimados, seja pela natureza do bem em questão, seja pelo amplo acesso dos administrados aos procedimentos administrativos, dado pela Lei n. 9.784/99.

Consideram-se interessados todos os cidadãos, pela natureza difusa do bem em questão – bem ambiental. A aplicação do artigo 29 da Lei n. 9.784/99 impõe-se, no caso de necessidade de pareceres ou estudos técnicos, podendo-se dizer que, especificamente em relação ao parágrafo 2º desse artigo, combinado com os artigos 37 e 38, os interessados podem utilizar os profissionais conveniados dos órgãos públicos, bem como escolher outros reconhecidamente habilitados para feitura do trabalho técnico que dê à Administração elementos suficientes para aceitação ou não do pedido.

Importantíssimo também é o disposto no artigo 32 da lei em comento, que prevê audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Essa norma tem teor semelhante ao previsto no artigo 1º, da Resolução n. 9/87 do CONAMA e item V, artigo 10, da Resolução n. 237/971 do CONAMA. Com a audiência pública, atinge os objetivos da participação da sociedade civil no processo de formação da decisão administrativa, transparência da administração pública e controle popular do processo licenciatório.³⁰

Cabe ressaltar ainda que, apesar da construção da possibilidade de efetivação da participação da sociedade nesse tipo de licenciamento ser feita a partir de um complexo de normas específicas, é a Constituição Federal que ampara e direciona todo o argumento desenvolvido, trazendo as normas aludidas para o âmbito do seu artigo 225, encarando toda a atuação do Poder Público e da coletividade, voltada para a defesa do meio ambiente, reciprocamente, como um direito e um dever.

Nesse esteio, não se pode falar em discricionariedade administrativa para chamamento da sociedade no procedimento de registro de substâncias agrotóxicas. Está o administrador vinculado aos princípios ambientais da prevenção, da informação e da publicidade, pois a discricionariedade é limitada aos ditames legais e atrelada à satisfação dos direitos sociais.

Sendo o uso de agrotóxicos uma atividade altamente impactante para o meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitui direito da sociedade a participação no licenciamento dessas substâncias, em todo o processo de licenciamento (desde o seu início – com o registro – até o seu fim).

A presença da coletividade nesse processo impõe-se também como uma das formas de cumprir o seu dever de defender e preservar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações.

Essa participação é essencial para o estabelecimento de uma efetiva democracia participativa, onde a coletividade influencie o processo de formação de atos decisórios relevantes para o seu bem-estar.

5 Conclusões

1. A constitucionalidade do meio ambiente no Brasil, além de caracterizar a essencialidade e importância do bem ambiental nas sociedades modernas, como pressuposto de desenvolvimento e sobrevivência do homem, estabeleceu o modo de interpretação e aplicação do direito no Brasil.

³⁰ Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos A publicidade e o direito de acesso à informações no licenciamento ambiental, cit., p. 31.

2. A preservação do meio ambiente depende do desenvolvimento da cidadania, pois a sociedade civil tornou-se, juntamente com o Estado, depositária de direitos e deveres, nos moldes do artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Tal desenvolvimento deve ser percebido com a vivência dos princípios da informação e da publicidade, já que, a partir dos mesmos, a coletividade integra parcela de decisão nas questões ambientais.

3. O ordenamento jurídico brasileiro trata de forma cuidadosa do agrotóxico, ao responsabilizar o Poder Público pelo controle da produção, comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

4. O registro de substâncias agrotóxicas é um procedimento administrativo de licenciamento de atividade ambiental e, como tal, deve atender às normas ambientais em vigor.

5. As exigências de teor técnico previstas no Decreto n. 98.816/90, para a realização dos Relatórios Técnicos a serem apresentados aos órgãos federais da Saúde, Agricultura e Meio Ambiente, correspondem à conceituação de Estudos Ambientais da Resolução CONAMA n. 237/97, mas não se pode dizer que tais Relatórios sejam Estudos de Impacto Ambiental, já que faltam aos mesmos a publicidade e a garantia da realização de audiências públicas.

6. A manutenção do atual procedimento de registro, no que toca ao controle dos diversos órgãos federais, através da análise dos Relatórios Técnicos, é válida e compatível com os ditames ambientais, já que deles se pressupõe um controle mais rígido e mais amplo, pois analisa a matéria sob vários ângulos.

7. Por se tratar o registro de substâncias tóxicas de um procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a implementação dos princípios ambientais da prevenção, da publicidade e da informação, com a efetiva participação social, dá-se com a conjugação da Lei e do Decreto que regulamentam o uso de agrotóxicos, com a Lei n. 9784/99, que regulamenta o processo administrativo, no âmbito da administração pública federal.

8. A Lei n. 9784/99 complementa as disposições específicas do procedimento de registro. A previsão legal da participação dos administrados nos procedimentos administrativos vincula o administrador nos casos de substâncias agrotóxicas, devendo o mesmo chamar a sociedade para participação, já que os princípios ambientais da prevenção, da informação e da publicidade não comportam liberdade de aplicação.

6 Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. Direito constitucional e meio ambiente. Revista do Advogado, n. 37, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BENJAMIM, Antonio Herman V. Função ambiental. In: BENJAMIM, Antonio Herman V. (Coord.). Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Agrotóxicos no sistema legal brasileiro. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 8, p. 139-164, out./dez. 1997.

DAMASCENO, Marcos José Pereira. A utilização de agrotóxicos: risco ambiental e condição para a sobrevivência do homem. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

DA PALMA, João Augusto. Resumo de artigo. LTr – Supl. Trab. 74-309/85 e Revista Trabalhista Brasileira, n. 11, novo 1984.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, ano.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

PFEIFFER, Roberto Augusto C. A publicidade e o direito de acesso à informações no licenciamento ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 8, p. 20-34, out./dez. 1997.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. Direito ambiental, meio ambiente do trabalho rural e agrotóxicos. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, p. 106-122, abr./jun. 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.

MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE PENAL NA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Bruno Amaral Machado

Sumário: 1. Introdução. 2. A origem do Ministério Público em Michel Foucault. 3. O Ministério Público na Carta de 88. 4. O Ministério Público na globalização econômica. 5. O controle penal na globalização econômica. 6. Ministério Público e garantias constitucionais. 7. Conclusão.

1 Introdução

Tornou-se lugar comum afirmar-se o relevante papel do Ministério Público no período que se seguiu à “Carta de 88”, enaltecendo as suas várias funções, dentre as quais se destaca a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos chamados direitos difusos. Não menos destacada é a atuação que ganha espaço na mídia, onde cada vez mais os holofotes se voltam para os embates entre o Ministério Público e setores da ‘casta’ política e pessoas economicamente privilegiadas, situação impensável em outro momento histórico.

Muito se discute sobre as novas funções constitucionais do Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos, destacando-se a relevância dos instrumentos fundamentais, como a ação civil pública e ação de improbidade administrativa. Porém, as novas determinações de um controle penal democrático parecem deslocadas das principais discussões sobre a instituição.

O presente artigo tem por objetivo resgatar o processo de consolidação do Ministério Público e sua função tradicional como agência persecutória e responsável pelo controle penal. Pretende-se assim recuperar as relações entre Ministério Público, controle penal e poder central, destacando-se a relevância das prerrogativas constitucionais para o exercício de um controle penal democrático.

2 A Origem do Ministério Público em Michel Foucault

Foucault¹, analisando o processo de constituição dos rudimentos do Estado moderno, da transição das instituições feudais para uma maior centralização das funções burocráticas, aponta, no final do século XII, o surgimento de um novo personagem, o procurador, representante do soberano, do rei ou do senhor, que passa progressivamente a substituir a vítima, na condição de representante do poder lesado. Nesse sentido², “o soberano, o poder político vêm, desta forma, dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado pelo dano”. Ocorre assim uma apropriação da lesão pelo soberano. A infração ganha nova determinação, transforma-se em lesão do indivíduo à ordem, à lei e ao Estado. A infração, grande invenção do pensamento medieval, nas palavras do filósofo francês, possibilita o confisco do procedimento judicial e os mecanismos de liquidação interindividual dos litígios. Como consequência, a invenção do confisco, como forma institucionalizada, não apenas de punição, mas de enriquecimento das monarquias nascentes.

1 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 65-67.

2 Ibidem, p. 66.

Esse processo implica acelerada modificação dos mecanismos belicosos de produção de prova, característicos do direito germânico, e que está na origem do inquérito e modelos de investigação. Na lição de Foucault, a gênese do moderno inquérito policial está vinculada às técnicas de governabilidade exigidas pela época, maneiras específicas do exercício do poder.

Sem pretender prolongar esse tema, que foge do objetivo central do artigo, há que se resgatar dessa análise alguns pontos-chaves para compreensão do Ministério Público e suas reais funções. A primeira a ser destacada é a idéia original do promotor de justiça, como burocrata que nasce para representar os interesses de um poder soberano, no início com fundamento religioso, que justificava o poder exercido por uma dinastia ou pessoa que incorporava e personalizava esse poder. As idéias contratualistas do século XVIII, hegemônicas no Iluminismo, e coerentes com o ideal de uma classe que buscava o fundamento ontológico de sociabilidade que possibilitasse a sua ascensão ao poder, não alteram as funções desse burocrata, que continua, embora não mais vinculado a um poder soberano de origem religiosa, mas a uma racionalidade dita humanística, apoiada sobre a vontade desse soberano, que representaria o desejo popular. Não se imagina nesse esquema – por mais que teoricamente fosse admitido por alguns a deposição do soberano pelo exercício do direito de resistência – investigações que se voltassem contra aqueles que representavam diretamente a vontade popular. O estabelecimento de um controle rígido dos órgãos investigatórios e persecutórios permite assim compatibilizar-se com um modelo de Judiciário independente e inerte.

Sem pretender analisar os vários modelos de Ministério Público existentes (atrelados ao Poder Judiciário, submissos ao Executivo ou independentes), o fato é que a função específica do Ministério Público como agência de controle penal foi historicamente a de engrenagem do poder político para disciplina de massas, identificando-as sob o fundamento de idéias positivistas, em voga com os postulados de Lombroso, Ferri e Garófalo, e sob forte inspiração darwinista e spenceriana, como classes perigosas a serem recuperadas ou eliminadas.

A reestruturação das relações entre Estado e mercado, já no final do século XIX, que se consolida com a crise de 29, difundindo-se políticas keynesianas de intervenção do Estado na economia para os fins de manutenção do *status quo*, em face da ameaça de desagregação do Estado capitalista, coincide com os primeiros diplomas de direito penal econômico, possibilitando em tese a condenação de sujeitos tidos como ‘privilegiados’. Todavia, a atuação seletiva das agências penais, incluindo-se o Ministério Público, não implicou alteração substantiva na lógica do controle penal. O *Parquet* continua assim exercendo suas atribuições de forma seletiva e *estigmatizadora*, pouco incomodando os grupos ligados ao poder central.

3 O Ministério Público na Carta de 88

De fato, sob a ordem constitucional anterior, seria impróprio falar-se dessa instituição (ao menos nos moldes em que se encontra estruturada atualmente) que, sob o regime autoritário, não passava de “apêndice do Executivo”, diretamente subordinado ao Ministério da Justiça. Contudo, uma análise mais detida revela que o marco que se costuma assinalar representou unicamente a condição política de existência do Ministério Público. De forma embrionária, assim como outras instituições indispensáveis para a democracia, como a imprensa verdadeiramente livre, já se encontrava latente nos movimentos sociais que emergiam no final da década de 70 e que ganharam corpo e expressão nos anos que se seguiram³.

3 SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Movimentos sociais. Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direitos. Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 131-142.

No Brasil, o Ministério Público historicamente esteve associado ao direito penal e à função acusatória, tornando-se o arquétipo do acusador implacável. Porém esse agente (afirmação a ser considerada como regra sujeita a exceções) não incomodava as figuras ligadas ao poder central, vez que destituído de qualquer independência funcional. Também em face dos complicados arranjos sociais do *Estado Patrimonialista* e do *personalismo* que permeia a burocracia brasileira, sem mencionar os longos períodos ditatoriais que sufocavam qualquer ação que se chocasse com o poder constituído. A mudança significativa do *Parquet* ocorre de fato no momento em que há maior pressão, exercida inclusive por movimentos populares, em busca de instituições de garantia à ordem democrática e de controle dos agentes políticos.

Nesse contexto, Kerche⁴ discute a lógica da inserção no âmbito constitucional das prerrogativas e atribuições ministeriais que se revelam extremamente incômodas para o poder central. A conclusão a que ele chega, ao que parece acertada, é de que não houve cochilo do poder constituinte originário, mas que havia uma confluência política, um momento histórico específico que justificava a consolidação de uma instituição tão incômoda para o exercício do poder, com tradição ligada a interesses historicamente não coincidentes com a vontade da maioria.

O professor Juan Carlos Torres⁵, pesquisador do Instituto Torquato Di Tella, de Buenos Aires, em análise dos movimentos sociais na América Latina, em acurada síntese do populismo, mostra como o Estado buscou apoio das massas recém incorporadas ao mercado político urbano, efetuando, em troca, a política de intervencionismo social. O *Varguismo* parece se inserir nessa dinâmica. As massas, assim, se tornam componente tanto da legitimidade das novas tarefas assumidas pelo Estado, como de sua própria legitimação política.

A compreensão desses antecedentes históricos da Carta de 88, os movimentos populares que ganharam nova determinação no final da década de 70, são relevantes para a compreensão da constitucionalização do Ministério Público, com o espectro de prerrogativas e atribuições da forma como restou definida. A chave para a leitura desses movimentos sociais vincula-se à ausência de uma revolução burguesa no Brasil, em que a industrialização não é obra de uma burguesia, mas fortemente direcionada pelo Estado, coexistindo padrões de dominação social heterogêneos. Em outras palavras, a ordem oligárquica convive com a industrialização. Assim, não havia equivalência entre relação exploratória e a dominação política, contexto europeu. A luta por cidadania não é levada contra privilégios ditos burgueses, mas oligárquicos, situação que se altera no decorrer da década de 60, com a guerrilha urbana. O texto final da atual Constituição, que consagrou o Ministério Público como instituição de defesa da ordem jurídica e do regime constitucional e democrático, seguramente refletiu mais de 20 anos de ditadura militar e desrespeito a direitos humanos. Porém, também foi condicionado pelo surgimento dos novos sujeitos, a que se refere Sousa Júnior⁶, e as novas perspectivas dos movimentos populares.

4 O Ministério Público na globalização econômica

A complexidade dessa análise é que a produção do texto constitucional, fortemente influenciado pelos valores do Estado Democrático e Social de Direito, ocorre em um momento em que o mundo passava por grandes modificações. A globalização econômica

4 KERCHE, Fábio. Ministério Público e a constituinte de 1987/1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 26, p. 232-252, abr./jun. 1999

5 TORRE, Juan Carlos. Esquema para a análise dos movimentos sociais na América Latina. *Revista de Cultura Contemporânea*, v. 1, n. 2, p. 67-74, jan. 1979.

6 SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de, op. cit.

implicava alteração dos padrões de produção, sepultando o *fordismo* e o *taylorismo*, instaurando modelos produtivos mais flexíveis, como o *toyotista*, implicando forte heterogeneidade das classes sociais. A transnacionalização do capital e a velocidade das operações financeiras alteraram profundamente a composição das classes sociais. O caráter poliédrico da sociedade não mais valida o modelo matricial marxista. A burocratização das relações de poder e a proliferação das sociedades anônimas permitiram desvincular-se a propriedade do capital do exercício do poder, nos países centrais. Nesse contexto, consolidam-se as ONGs, surgem os blocos econômicos e acentua-se tremenda heterogeneidade da classe trabalhadora. Assim, ocorre grande dificuldade de se estabelecer unidade de objetivos, em face da estigmatização dos grupos não especializados, que se tornam desempregados crônicos, e cooptação pela empresa dos setores importantes, que exercem funções decisivas para o capital. Enfraquecem-se as organizações sindicais, seja pela heterogeneidade dos membros, setorizando-se pleitos e reivindicações e reduzindo o papel dessas instituições como organismos de exercício político nacional.

Essa nova configuração político-econômica também coloca em xeque o poder estatal. Cada vez mais as decisões econômicas, que exercem grande repercussão sobre as populações, estão à margem da atuação estatal. O Estado, assim se sente impotente para manter suas políticas públicas, em face da perda real de soberania. Os chamados direitos reflexivos e o ressurgimento da *lex mercatoria*, voltada para a resolução dos conflitos nessa nova fase, ocorrem fora do domínio do poder judiciário nacional. O custo jurídico das ações econômicas voltadas para a racionalização do lucro é a supressão de direitos sociais consolidados na “Constituição Cidadã”.

A situação que recentemente era noticiada a respeito dos Tigres Asiáticos atinge cada vez mais a América Latina. Consoante ressaltado por Farias⁷, observam-se hoje duas tendências: uma força centrífuga de deslocamento das decisões políticas para os novos sujeitos que surgem no contexto globalizado e uma força centrípeta de se tentar controlar em nível nacional os acontecimentos, que parecem cada vez mais distantes do controle do Estado-nação. Qual o papel do Ministério Público nesse novo contexto? Lutar contra essa forte tendência econômica que esfacela a soberania estatal? Quais os meios disponíveis? Obrigar o Estado a assumir suas responsabilidades políticas, por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis, impedindo a substituição de políticas sociais pelo uso indiscriminado do direito penal?

5 Controle penal na globalização econômica

No âmbito penal, observa-se um endurecimento das penas para a criminalidade tradicional. O Estado, em face do enfraquecimento constante no âmbito de suas políticas públicas, e tendo que resolver as questões sociais pertinentes a uma população marginalizada em número crescente, responde com a solução mais fácil, cuja eficácia foi desmentida pela história: o direito penal. Assim, os movimentos da lei e da ordem e as políticas de tolerância-zero se contextualizam no momento histórico em que o Estado de Bem-Estar Social é desacreditado na sua base social e matriz *keynesiana*, produzindo-se discursos que tendem a *metamorfosar* problemas sociais em caso de polícia. O modelo americano de crescente criminalização dos negros nos últimos 10 anos, consoante demonstra Wacquant⁸, confirma essa constatação. A transformação do controle penal em indústria

7 Palestra proferida por José Eduardo Farias no auditório do Ministério Público da União e exibida pela TV Nacional, em 23.6.2001, às 9h.

8 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. Instituto Carioca de Criminologia, 2001. p. 99-112.

extremamente rentável também justifica os elevados números da estatística americana, consoante descreve Christie⁹. A Lei n. 9.099/95 e seus instrumentos *despenalizadores* parecem se enquadrar naquilo que Shering e Stenning¹⁰ denominam de clientela adaptada e economicamente útil, sujeita a controles mais brandos e às vezes *infantilizantes*.

Os meios de comunicação, ao invés de auxiliarem para reflexão quanto à questão criminal, apenas consolidam a visão de que existiriam classes de fato perigosas que necessitam da repressão penal. A falácia da recuperação do preso é substituída pelo *neo-retribucionismo* tão em voga nos Estados Unidos. As penas alternativas, em verdade substitutivas às privativas de liberdade, embora sejam de fato menos danosas, também são *estigmatizantes*. O uso indiscriminado do direito penal como resposta esquizofrênica do Estado Centauro – para usar a expressão cunhada por Wacquant – se insere no contexto *globalizante* em que as medidas sociais são excluídas das agendas públicas e o controle penal assume a condição de gestão possível das massas. Das agências penais, onde se inclui o Ministério Público, freqüentemente se exige maior rigor na persecução penal. Que os indivíduos ‘perigosos’ sejam afastados do convívio social pelo maior tempo possível, quando não exterminados – idéia que teima em ressurgir em determinados momentos. Qual o papel do Ministério Público nesse novo contexto? Até que ponto as pesquisas de opinião pública reproduzem as idéias da maioria, de forma que se possam identificá-las como direito vivo, expressão cara à sociologia jurídica? Deve o Ministério Público encampar as idéias de direito penal máximo porque se coadunam com a opinião pública ou deve enfrentar o cerne e complexidade da questão penal, buscando alternativas mais democráticas e efetivas, fruto da reflexão popular e não do extremo das visões contaminadas pela manipulação dos fatos sociais?

No âmbito penal, percebe-se ainda a proliferação das chamadas leis penais econômicas, consolidando-se o direito penal das classes privilegiadas. Embora seja inquestionável o elevado número de tipos penais a princípio voltados contra setores privilegiados da sociedade brasileira, percebe-se um controle extremamente seletivo desses delitos, situação demonstrada por Castilho¹¹ quanto aos crimes contra o sistema financeiro, em cuja obra se percebe como determinadas pessoas são excluídas do controle penal. Porém, não se nega a existência de um peculiar controle penal. Não o controle penal a que se refere Toron, os criminosos de colarinho branco como os novos perseguido¹², mas uma criminalização secundária diferenciada, com sanções mais brandas para determinados setores em situação de maior fragilidade social, embora se apresentem como ‘poderosos’ para o observador mais desavisado.

Uma criminalização que obedece a uma dinâmica específica e se constitui às vezes em mecanismo de disputa por mercado, como forma de exclusão dos ineficientes, situação que muitas vezes se esconde atrás da condenação por crimes contra a ordem tributária ou crimes ambientais. Qual o papel do MP quanto a essa criminalidade específica? É conhecida a atuação contra a corrupção arraigada nos espaços políticos e as relações entre poder público e grupos econômicos que estão na base do modelo sócio-econômico, com raízes no *estamento* transferido da metrópole ibérica para a colônia e que convive com a nova ordem engendrada pela globalização. A ação penal nesses casos não se justificaria, senão

9 CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito. Las nuevas formas del holocausto?* Tradução de Sara Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

10 Apud VAN SWAANINGEN, René. Reivindicando a la criminologia crítica: justicia social y tradición europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 8, n. 32, p. 248, out./dez. 2000.

11 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

12 TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 28, p. 73-93, out./dez. 1999.

pela eficácia no combate a essas condutas, ao menos no que tange à função simbólica do direito penal? A existência de uma instituição independente e atenta às ações dos grupos no poder parece ser fundamental para a diminuição da corrupção que está arraigada na cultura brasileira. O ataque à corrupção não esgota as frentes de combate à delinquência econômica. É preciso que sejam investigados os processos de produção desses novos textos legislativos – criminalização primária – para que se tenha a real compreensão dos interesses protegidos, embora a aparência de defesa da coletividade e o viés positivista muitas vezes camuflem a função verdadeiramente cumprida pelas agências penais.

Exatamente em um momento em que o enfrentamento dos grupos que detêm o poder político fica mais evidente, percebe-se a fragilidade das conquistas históricas e o risco sempre presente do retrocesso, pela supressão de garantias constitucionais para a independência funcional e efetivo exercício das funções constitucionais conferidas ao Ministério Público. Nesse contexto, se insere o *projeto mordaza*, dentre outras investidas contra a atuação ministerial que incomoda os interesses de grupos privilegiados.

6 Ministério Público e garantias constitucionais

À atual Constituição não se pode atribuir o *status* de certidão de nascimento de uma instituição, cuja existência não é definida por um marco histórico, já que não se trata de entidade pronta, edificada, mas que está sempre se construindo no jogo político.

Nessa perspectiva, na condição de importante instrumento da sociedade civil, não está imune aos embates travados pelos atores sociais. Por um lado, encontra-se permeado por anseios e, muitas vezes, interesses legítimos dos chamados “novos sujeitos”, categoria a que se refere o movimento do direito achado na rua¹³. Por outro lado, percebe-se ainda o peso de interesses cartoriais, cuja origem remonta ao período colonial, com a transposição do “arquétipo” português, tipo ideal a que se refere Faoro¹⁴. Adiciona-se ainda o surgimento das novas instituições e grupos que alteraram esse esquema (acima simplificado) e que se inserem no contexto de uma economia globalizada. O Estado Social brasileiro, sem que tivesse cumprido sua função anunciada pelo ideário do Estado do Bem-Estar Social, já anuncia sua transição para a nova fase mundial, neoliberal e alheia aos principais dilemas sociais.

Nesse contexto (extremamente simplificado) que se constrói e é construído o Ministério Público, distante da abstração da norma e inserido na dialética dos interesses em jogo. Exatamente por isso não se imagina a instituição como “obra pronta”, assim como é impensável imaginar-se a realidade social dissociada do processo de contraposição entre teses e antíteses.

Em outra perspectiva, essa correlação entre forças se projeta e é projetada na atuação política, nas mais diversas manifestações, inclusive na “práxis” ministerial. Vale salientar que essa situação reflete a coexistência entre valores perseguidos pelo Estado Social de Direito e princípios do Estado liberal acomodados na Constituição Federal. Dessa forma, falar-se em defesa da ordem jurídica constitucional implica considerar não apenas a finalidade do Ministério Público, mas identificar tais valores, definir prioridades e tomar decisões concretas quanto aos vários interesses projetados na Magna Carta, sem que isso signifique vinculação a partidos políticos ou mera oposição, conforme se costuma alardear.

Não se abandona ainda nesse enfoque a coordenação entre “constituição real” (relações de poder) e “constituição jurídica” (dimensão normativa) que, nas palavras de Konrad

13 SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de, op. cit., p. 137-142.

14 FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 1989.

Hesse, “condicionam-se mutuamente, mas não dependem pura e simplesmente uma da outra”¹⁵. Sob esse enfoque, o Ministério Público não é mera resultante de forças políticas, mas realidade que se manifesta na força ativa, projetada também pela dimensão normativa, na medida em que há disposição na consciência geral, em particular na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, em reconhecê-lo como instituição essencial para a justiça.

Percebem-se nos embates recentes entre o Executivo e o Ministério Público (excluída dessa análise a situação de ilícito penal ou administrativo) o choque entre forças políticas (não confundir com política partidária), às vezes vindo à tona como divergência quanto a ações ideais para se atingir certos fins, às vezes como reflexo de um Estado *patrimonialista* a serviço de interesses particulares. Essa realidade é percebida em planos de expansão urbana que muitas vezes subestimam impactos ambientais, nas chamadas políticas tributárias, que muitas vezes conferem isenções que implicam em maior incidência para os demais contribuintes e nas políticas de tolerância-zero que ignoram as causas da violência e o princípio de intervenção mínima do direito penal.

Não raramente, a divergência se dá quanto ao meio, a atividade engendrada para obtenção de um fim às vezes comum. Depreende-se, contudo, que muitas vezes, particularmente na problemática ambiental, a ofensa a bens tutelados em sede constitucional expõe graves problemas sociais não redutíveis a “casos de polícia”, demanda políticas alternativas que considerem a proporção dos valores em jogo, substituindo a relação verticalizada da caridade (patente em ações populistas) pelo incremento de soluções fundadas na solidariedade, na relação entre iguais. Nesses espaços, onde a discussão se limitava aos partidos e representações políticas formais, se consolida o Ministério Público, assumindo relevante papel, potencializado pelos meios de comunicação.

Situação radicalmente diversa ocorre quando membros do Executivo ou servidores públicos se utilizam ou possibilitam a utilização da máquina administrativa para fins privados. No auge do neoliberalismo, em que a privatização se tornou verdadeiro dogma, a primeira tarefa é excluir da “coisa” pública a ação de grupos privilegiados que se utilizam do Estado como instrumento não do bem comum, mas para satisfação de interesses próprios. Evidentemente, o Ministério Público não pode mais estar alheio a essa realidade, legado do Estado colonial. Exatamente por ir de encontro a poderosos interesses arraigados no corpo social, dissimulados por discursos ideológicos e técnicas de neutralização¹⁶, não se estranha a forte reação contrária ao Ministério Público.

O Ministério Público deve buscar o seu lugar nessa ordem globalizada, em que determinadas ONGs, embora às vezes distantes da realidade do povo, revelam coerência com políticas benéficas para a coletividade (embora reconheça-se a existência de organizações não governamentais vinculadas a fortes interesses econômicos), revelando sin-

15 HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 13.

16 “(...) Sykes e Matza sustentam que a maioria dos delinquentes compartilha os valores convencionais da sociedade, de modo que o que aprendem são certas técnicas capazes de neutralizá-los, racionalizando e autojustificando assim a conduta desviada dos padrões das classes médias. (...) Referidas técnicas de autojustificação constituem genuínos mecanismos de defesa com os quais o infrator neutraliza seu complexo de culpa, autojustifica e legitima sua conduta e, assim, diminui a intensidade da resposta social. As principais técnicas de neutralização ou autojustificação seriam, conforme tais autores: a exclusão da própria responsabilidade, a negação da ilicitude e nocividade do comportamento, a desqualificação das pessoas incumbidas de perseguir e condenar o delito, a apelação à suposta inexistência de vítima e a invocação de instâncias ou motivações superiores. Vide Sykes M, Matza D, (1957), *Techniques of Neutralization. A theory of Delinquency* in ‘American Sociological Review’, XXII, cit., p. 664.” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.009/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 315).

tonia a ser melhor canalizada. A limitação do Ministério Público às funções junto a um Judiciário cada vez mais impotente, em face do novo contexto das soluções jurídicas encontradas pela nova ordem mundial, implicará necessariamente uma menor efetividade de suas ações. A busca pela coesão entre instituições que se coadunem com as tendências centrípetas (mencionadas por Farias), desde que voltadas para interesses não puramente cartoriais ou de reduzidos setores econômicos, parece ser a melhor saída para uma ação comprometida com direitos fundamentais.

7 Conclusão

Assim como não se pode fixar data de nascimento, não há garantias para instituições. Se o Ministério Público, por um lado, representa anseios de movimentos que foram decisivos na transição para o regime democrático, não se pode desconsiderar a influência dos já mencionados interesses cartoriais, que subsistem em um Estado marcado pela ausência de rupturas significativas. Exatamente por isso, há sempre o risco do retrocesso, muitas vezes sob forma de desprestígio e ameaças, ou ainda o risco de cooptação política, dissimulada sob o argumento de defesa da ordem jurídica e do Estado Liberal.

Ronda ainda o discurso *globalizante*, que teima em sublinhar a importância do controle penal de massas perigosas. É tarefa fundamental desmistificar o papel do direito penal e o Ministério Público não pode mais simplesmente ser espectador. Deve buscar mecanismos que harmonizem uma discussão aberta e democrática com amplos setores da sociedade civil. No momento em que se discute a necessidade de que o Ministério Público desenvolva uma política criminal – no Distrito Federal já é uma realidade – deve-se assumir postura direcionada a uma política penal alternativa, que implique a redução do uso do direito penal. Deve-se contrapor ao *neo-retribucionismo* uma visão coerente com os problemas sociais subjacentes a grande parte da questão criminal. Deve-se buscar assim compatibilizar-se o direito penal com os direitos fundamentais da pessoa humana, sob padrões que respeitem a proporcionalidade dos bens jurídicos violados. Por um lado, o uso indiscriminado do direito penal, assim como a proliferação esquizofrênica de leis penais, elevam a seletividade das agências de controle, amesquinhando ainda mais o direito penal. Por outro lado, a manutenção das prerrogativas ministeriais é condição indispensável para a democratização do controle penal, permitindo-se a perseguição de setores privilegiados que se utilizam para fins ilícitos da máquina administrativa, ações cuja *lesividade* social é muito superior à maioria dos crimes patrimoniais.

Nesse sentido, torna-se fundamental manter diálogo com setores organizados da sociedade civil, não se excluindo os novos sujeitos inseridos pela globalização, preservando-se canais que possibilitem a divulgação de funções a serem desempenhadas e convergência de interesses. Essa sintonia representa não apenas condição *sine qua non* para conservação do espaço conquistado, mas também é a base do processo em que se constrói o Ministério Público, e de extrema relevância em um contexto em que o *Estado-nação* passa por forte crise, no que tange à eficácia de suas políticas públicas, e em que o direito penal se torna panacéia para resolução dos graves problemas sociais.

Bibliografia

CASTILHO, Ela Wiecko V de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito. Las nuevas formas del holocausto?* Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro: Globo, 1989.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

———. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado; Eduardo Jardim Morais. Sup. Léa Porto de Abreu Novais et al. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.009/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. Trad. Luiz Flávio Gomes. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KERCHE, Fábio. Ministério Público e a constituinte de 1987/1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 26, p. 232-252, abr./jun. 1999.

SADER, Eder. *Quando novos personagens entraram em cena*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Movimentos sociais. Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direitos. Lições de direito alternativo*. São Paulo; Acadêmica, 1991. p. 131-142.

SWAANINGEN, René Van. Reivindicando a la criminologia crítica: justicia social y tradición europea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 32, p. 229-268, out./dez. 2000.

TORRE, Juan Carlos. Esquema para a análise dos movimentos sociais na América Latina. *Revista de Cultura Contemporânea*, v. 1, n. 2, p. 67-74, jan. 1979.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, n. 28, p. 73-93, out./dez. 1999.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001. (Coleção Pensamento Criminológico).

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

Camila Ceroni Scarabelli

A teoria geral da responsabilidade civil consagra que somente deve responder pelo ato ilícito quem lhe der causa. Há, entretanto, casos em que o agente causador do dano não pode ser responsabilizado pelo ilícito que cometeu, quer seja pela ausência de desenvolvimento mental suficiente para se auto determinar (por imaturidade ou insanidade mental), quer seja por haver um terceiro sujeito que tenha o ônus de exercer, sobre o agente causador do dano, um dever de guarda e vigilância. É nesse diapasão que pode ser situada a responsabilidade dos pais.

Os genitores possuem vários deveres para com seus filhos, os quais podem ser, basicamente, reunidos em dois grandes grupos: a) o *dever de assistência*, consistente na prestação material (satisfação das necessidades econômicas e alimentares) e na moral (instrução e educação); e b) o *dever de vigilância*, complemento da educação, que é mais ou menos necessária, conforme o desempenho dos pais na prestação do primeiro dever.

Desses deveres do pátrio poder, emanam duas responsabilidades dos pais: a primeira, decorrente de atos próprios dos pais na criação e educação dos seus filhos, e a segunda, em consequência de atos praticados por seus filhos menores.

1 Responsabilidade civil dos pais, por atos próprios, na criação e educação dos filhos

As crianças são frutos do meio onde vivem e apenas repetem, com raras exceções, os atos de seus pais (os filhos são o reflexo dos genitores). Se existe falta de respeito, ofensa, rivalidade, provocação e agressão, é legado da vida familiar.

Durante a fase de desenvolvimento, os filhos necessitam de ambiente saudável, cuidados constantes e proteção contra companhias inadequadas e locais impróprios ao seu crescimento e desenvolvimento. A atuação diária dos pais na família, juntamente com boa escola, deve conduzir à boa convivência, à fraternidade, ao respeito e à urbanidade, propiciando dessa maneira o autodomínio, qualificação e o respeito aos seus semelhantes.

É nessa fase que se deve manifestar o mais alto grau de assistência a ser prestada pelos pais, na criação, instrução, educação, alimentação e satisfação das necessidades básicas. Os genitores devem, com seus próprios recursos, propiciar ao menor, ao lado da prestação de conhecimentos compatíveis com as suas aptidões e situação social, um ambiente sadio para seu desenvolvimento moral.

A responsabilidade dos pais por falhas na criação e educação dos filhos é inegável, face à conjunção dos artigos 231, IV, e 384, I e II, do Código Civil, de modo que, ao infringirem esses deveres, devem se submeter ao disposto no artigo 159 do Código Civil, ensejando a obrigação dos pais em repararem os danos causados aos seus filhos. Essa indenização é totalmente independente do direito a alimentos.

Nos tribunais alienígenas, é possível encontrar decisões condenando os genitores a ressarcirem os danos causados ao filho, desde a fase pré-natal, ou até em momento anterior à concepção, e que possam repercutir no futuro da criança, como exemplifica

Antonio Junqueira de Azevedo: “O Supremo Tribunal Federal da Alemanha reconheceu o direito à indenização para filho prejudicado pelo fato de a mãe, antes da procriação, ter sido submetida a uma transfusão de sangue procedente de sífilítico. Igualmente, o mesmo tribunal afirmou o direito a ressarcimento para filho nascido com danos na saúde por causa de lesões causadas à sua mãe.”¹

Os tribunais brasileiros têm se posicionado no sentido de responsabilizar terceiros (escolas, clubes, municipalidade) por lesões irreparáveis nas crianças, causadas por sua negligência ao cuidar delas. A responsabilização dos pais nesses casos ainda é escassa, mas não está vedada a possibilidade de que, no futuro, os filhos possam acionar seus próprios pais, em casos semelhantes, por exemplo quando a mãe persiste em beber e fumar durante a gravidez, apesar de alertada, e depois, quando nasce seu filho, já prejudicado pelos efeitos daqueles vícios, praticamente o abandona. Todavia, não deverá ser permitida a transformação desse mecanismo em meio de vingança dos filhos que odeiam seus pais.

2 Responsabilidade civil dos pais por atos de seus filhos

Os pais, além de serem responsáveis pelos prejuízos que causem aos seus filhos por negligência na criação e educação, poderão ser responsabilizados por danos causados a terceiros, por condutas de seus filhos menores, em decorrência do segundo ônus do pátrio poder: o dever de vigilância. É nesse sentido do inciso I, do artigo 1.521, do Código Civil.

Apesar desse dispositivo legal não se referir expressamente à culpa do agente – o que ensejou discussão acerca da dissociação da teoria da culpa – o legislador de 1916 estabeleceu, no artigo 1.523 do CC, a necessidade de se provar a culpa do causador do dano e da pessoa por ele responsável, mas isso não vigorou por muito tempo. Em 1927, o Código de Menores (Decreto n. 17.943-A, de 12.10.1927) revogou tal dispositivo do Código Civil, promovendo, através do parágrafo 4º, do artigo 68, duas grandes alterações na responsabilidade dos pais: a) suprimiu o requisito de o menor ter que estar sob o poder e em companhia do genitor; e b) reverteu o ônus da prova de culpa. Esse dispositivo, todavia, perdeu sua vigência em razão da Lei n. 6.697, de 10.10.1979 – o Código de Menores de 1979 (atualmente revogado pela Lei n. 8.069/90-ECA), mas que nem por isso restabeleceu o artigo 1.523, ante a Lei de Introdução ao Código Civil vedar expressamente a repristinação (art. 2º, § 3º, da LICC), salvo previsão expressa, o que não foi o caso.

Permanece, atualmente, o posicionamento de a responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos dos filhos ser presumida, noção essa que já estava presente no artigo 1.521 do Código Civil. Tal presunção é *juris tantum* porque admite que o pai prove sua não-culpa para se liberar desse encargo. Há, portanto, inversão do ônus da prova.

A reparação civil por parte dos pais existirá sempre, e enquanto seus filhos tiverem idade inferior a 21 anos. Atingida a maioridade, todo ser humano adquire plena capacidade para a prática de todos os atos na vida civil, observadas as restrições dos artigos 5º e 6º do Código Civil.

Ser o menor púbere ou impúbere não provocará grandes conseqüências na responsabilidade dos pais, influyendo apenas na responsabilização do menor. Em sendo o menor impúbere, somente o pai tem o dever de reparar os danos provocados pela criança, mas se o menor for púbere (com idade entre 16 e 21 anos), por ser equiparado ao maior, nos termos do artigo 156 do Código Civil, responderá pelos ilícitos cometidos, com o seu próprio patrimônio. Nesse último caso, o menor responderá juntamente com seu pai, que é co-responsável, não só na insuficiência do patrimônio do filho. Esse fenômeno da co-

1 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 72.

-responsabilidade consiste na existência de dois sujeitos responsáveis pela mesma obrigação, sem que isso os torne solidários.

A responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos de seu filho persistirá ainda quando ocorra emancipação voluntária (por concessão do pai ou da mãe ou por sentença judicial), cessando totalmente apenas quando derivar do casamento ou de outras hipóteses previstas no artigo 9º, parágrafo 1º, do Código Civil (casos de emancipação tácita ou legal), porque não se pode, por um ato de vontade (emancipação voluntária), afastar-se a responsabilidade proveniente da lei. Somente a emancipação legal irá exonerar os pais do dever de indenizar terceiros pelos atos ilícitos de seus filhos.

Nesse sentido, comprovado o ilícito do menor, a consequência será a responsabilidade do pai, que concorre com culpa *in vigilando*, sempre presumida pelo legislador.

O próprio pátrio poder, exercido pelos dois genitores (arts. 380 e 384, I e II do CC; art. 226, § 5º, da CF, e art. 21, do ECA), inspira a responsabilidade paterna porque dá ao pai e à mãe o dever de velar *constantemente* pelos filhos, enquanto forem incapazes de dirigir suas ações e de prevenir suas faltas, seja pela vigilância atual, seja pela educação intelectual e moral que são obrigados a lhe dar. A *coabitação* dos filhos menores com os pais é um dever imposto a estes, como decorrência do direito de guarda. Impõe-se tal condição, a fim de que o genitor possa educar seu filho, dirigir-lhe a conduta e fiscalizá-lo convenientemente.

O artigo 1.521, inciso I, do Código Civil, determina que os pais são responsáveis “pelos filhos menores que estiverem *sob seu poder e em sua companhia*”. O simples afastamento do filho da casa paterna por si só não elide a responsabilidade do pai, principalmente se caracterizar descumprimento do pátrio poder. Da mesma maneira, o pai não deixa de responder pelo filho menor só porque ele esteja em lugar distante, com o seu consentimento, seja “vagabundando”, seja residindo fora, pois nenhum desses casos elimina o dever de guarda dos pais. Não prevalecerá, entretanto, a responsabilidade dos pais, se o filho menor não estiver com eles habitando por uma razão jurídica ou um motivo legítimo, como no caso de filho confiado a um terceiro, quer seja para assistência educativa, quer seja em decorrência do divórcio, ou simplesmente durante as férias escolares, quando estejam com os avós.

O Professor Antonio Junqueira de Azevedo afirma que “a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do pátrio poder”, para tentar explicar que, durante a separação do casal, a guarda, por ser indivisível, é transferida a um só dos pais, de forma que o genitor que detiver a guarda do menor será responsável pela sua vigilância, exceto se no exato momento em que o filho cometeu o ato ilícito, a guarda estivesse sendo exercida pelo outro genitor.

A intenção do legislador com a expressão “*sob seu poder e em sua companhia*” foi designar como responsável, no caso de separação do casal, o genitor que detiver a guarda do menor no momento da ocorrência do dano, ou seja, com quem o menor resida.

O dever de vigilância do pai é complemento da obra educativa, mas tal dever *não é absoluto*, porque os pais não estão obrigados a exercer vigilância em *todos* os instantes da vida do menor, pois se o fosse, os pais estariam obrigados a se desligarem de qualquer outra atividade que os impedisse de estar durante as 24 horas do dia à disposição dos filhos, criando-os, educando-os, vigiando-os. Seria até contraditório que o dever de vigilância implicasse na proibição do exercício de qualquer outra atividade porque, além do pai ter que cumprir com os deveres de chefe de família – apesar de que a Constituição Federal, promulgada em 1988, trouxe a isonomia para os cônjuges – tem a própria obrigação de sustentar a prole.

Ademais, o dever de vigilância não está sempre com os pais, podendo ser, eventualmente, delegado a outras pessoas. Por isso se diz que a responsabilidade dos pais é *intermitente*, uma vez que cessa e restaura-se, conforme a delegação da vigilância, efetiva e a título

de substituição, como acontece no caso de menores internados em instituições de ensino, ou mesmo os menores que trabalham.

Por ser presunção *juris tantum*, é possível que o(s) pai(s) se exonere(m) da responsabilidade, mas somente quando o(s) genitor(es) perder (em), jurídica e justificadamente, o poder de direção sobre o filho menor, cabendo-lhe(s), todavia, o ônus da prova.

Poderá ocorrer exclusão da responsabilidade do pai nos seguintes casos:

a) quando a guarda estiver somente com um genitor – no caso de os pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, ou for suspenso o pátrio poder, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tiver o filho sob a sua posse e guarda, e que exercer sobre ele o poder de direção. Assim, se o filho se encontra sob a guarda e companhia da mãe, por força do divórcio, responde esta, e não o pai, pelos ilícitos do filho.

Entretanto, se o pátrio poder estiver com a mãe, em consequência da falta de responsabilidade do pai, ou seja, em razão de sua conduta moral ou instabilidade emocional, ambos respondem pelo evento danoso, juntamente com os filhos maiores de 16 anos.

b) guarda com terceiro (avós, outros) – se, de maneira contínua e fora do domicílio paterno, o menor ficar confiado à guarda dos avós, a estes caberá a responsabilidade durante o período em que exercerem o poder de direção sobre o menor. Todavia, para a exclusão completa da responsabilidade dos pais, necessário se faz que a delegação da vigilância aos avós tenha caráter de substituição, permanente e duradoura, caso contrário permanecerá a responsabilidade dos pais. É o caso, por exemplo, de suspensão do pátrio poder dos pais, quando este é deferido aos avós, os quais serão responsáveis pelos ilícitos cometidos pelo neto, devendo ser contra eles proposta a ação de indenização, e não em face dos pais.

A responsabilidade atinge os avós, se a eles incumbir legalmente a vigilância do menor, mas não se estende ao padrasto ou madrasta, mesmo se tiverem recolhido os menores em tenra idade, nem a quem educa filho natural de nora.

c) menor empregado – quando o menor é empregado ou preposto de outrem, a responsabilidade será do patrão, por força do artigo 1.521, inciso III, do Código Civil. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 341, disciplinando a responsabilidade presumida do empregador, que envolve tanto os danos causados pelo menor a terceiros, como ao próprio patrão, não devendo o pai responder, nem mesmo nesse último caso:

“Súmula n. 341/STF – É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

d) menor está internado em estabelecimento de ensino – se o filho está internado em estabelecimento de ensino, vigora a responsabilidade do educandário, por força do disposto no artigo 1.521, IV, do Código Civil, não respondendo, pois, seus pais.

e) no caso de adoção – nela, o pátrio poder e a guarda são transferidos dos pais naturais para os adotivos, conforme dispõe o artigo 378 do Código Civil, deslocando-se, em consequência disso, a responsabilidade para o adotante, ficando, pois, exonerados os pais naturais.

Em alguns casos, os pais não respondem sozinhos pelos atos ilícitos de seus filhos:

a) pode haver cumulação da responsabilidade dos pais com a de terceiros, que também têm o dever de vigilância sobre o menor, quer seja ele o professor, o Estado, pais de outros menores, quem tinha o dever de vigilância sobre coisa perigosa, quem detém a posse e propriedade de veículo utilizado pelo menor para cometer o ato ilícito, etc.

b) se o filho menor tem idade entre 16 e 21 anos, equipara-se ao maior, por força do artigo 156 do Código Civil, respondendo juntamente com seus pais pelos danos que causar. Nesses casos, a vítima pode mover ação contra o menor, contra os pais do menor ou contra ambos (litisconsórcio passivo). A maioria dos doutrinadores considera essa responsabilidade como sendo solidária, pois, assim, a ação movida somente contra um deles (pai ou filho), pode propiciar ao réu o *chamamento do outro ao processo*, como permite o

artigo 77, inciso III, do Código de Processo Civil. Assim, paga a indenização, em execução, haveria, em tese, direito de regresso do devedor que pagou contra o outro (alguns juristas posicionam-se contra o direito de regresso).

Sabe-se que todo aquele que reparar dano causado por outrem, se este não for seu descendente, poderá reaver o que pagou, reembolsando-se da soma indenizatória que despendeu, conforme artigo 1.524 do Código Civil. O direito regressivo só deixará de existir quando o causador do prejuízo for um descendente, resguardando-se, assim, o princípio da solidariedade moral e econômica pertinente à família. Na realidade, não se trata de uma responsabilidade solidária entre menor púbere (com idade entre 16 e 21 anos) e seus pais, mas uma co-existência de sujeitos responsáveis pelo mesmo débito, ao que chamamos de co-responsabilidade.

Face à vedação legal do pai mover ação regressiva contra o filho, a única alternativa seria levar tal dispêndio à colação, conforme ensinam renomados juristas, como Pontes de Miranda e José de Aguiar Dias, consubstanciados na interpretação conjunta dos artigos 1.524 e 1.793 do Código Civil. Leciona este último: “Temos, no art. 1.524 do Código Civil, proibição formal a que o pai exerça regressiva contra o filho. Não obstante, sustenta Pontes de Miranda que o pai, nada podendo reaver do filho, pode, entretanto, ir à colação, conseqüência que o exímio jurista deduz da interpretação conjugada dos arts. 1.524 e 1.793, e que se não pode deixar de aceitar, sob pena de enfrentar inconciliável contradição entre esses dispositivos.”²

Melhor esclarecendo, o artigo 1.793 dispensa que se leve à colação os *gastos ordinários* do ascendente com o descendente no cumprimento de seu dever decorrente do exercício do pátrio poder, quais sejam os relativos a educação, alimentação, vestuário, medicamentos, despesas com o casamento e livramento em processo-crime de que tenha sido indiciado e absolvido. O valor despendido pelos pais com indenização de ato ilícito cometido por filho é gasto extraordinário e anormal, por isso entenderem, os renomados juristas, a possibilidade de tal dispêndio ser levado à colação. Dessa maneira, evita-se que os herdeiros recebam quinhão desproporcional, já que parte do valor de provável herança já foi utilizada em benefício de um dos descendentes.

3 Tendências agressivas anormais do menor

A regra apresentada pelo artigo 1.521, I, do Código Civil, é de presunção da responsabilidade civil dos pais pelos danos causados por seus filhos menores, quando da prática de atos ilícitos. Entretanto, em alguns casos, identifica-se que os ilícitos decorrem de tendências anormalmente agressivas, em virtude de *defeitos de caráter do menor*, normalmente como conseqüência de uma educação negligente, omissa ou falha. É o caso, por exemplo, de crianças que agredem coleguinhas, na escola, com tamanha violência que chegam a aleijá-las ou até matá-las, ou o caso de crianças que provocam incêndio, de forma voluntária e premeditada.

Esses casos são apontados por José de Aguiar Dias, que defende a responsabilidade dos pais, face à tendência da jurisprudência de afastar a responsabilidade de outros guardiões, como os professores. Considera que quando os pais confiam a terceira pessoa um filho especialmente brutal, devem alertá-la dessa anormalidade. A omissão dessa advertência atrai a responsabilidade dos pais.

Nesse sentido, quanto mais graves forem os defeitos de caráter do menor, mais difícil se torna a exoneração dos pais do dever de reparação civil, pois evidencia-se, cada vez mais, terem negligenciado na educação do filho.

2 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 515.

4 Projeto do novo Código Civil

O Projeto de Lei n. 634-B/75, que propõe um novo Código Civil, encontra-se em fase final de tramitação. Após a sanção presidencial e sua publicação, aguardará o período de *vacatio legi*, antes de entrar efetivamente em vigor.

Se aprovado com a redação atual, o novo Diploma Material Civil introduzirá, em relação aos genitores, a responsabilidade indireta, independentemente de culpa, baseada na teoria do risco. Assim dispõe:

“Art. 934 – São também responsáveis pela reparação civil:

I – Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;”

“Art. 935 – As pessoas indicadas nos ns. I a III do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”(grifei)

Há juristas que entendem a necessidade de aplicação imediata da presunção *juris et de jure* a todos os incisos do artigo 1.521 e não apenas ao inciso III. Entretanto, a solução apresentada pelo Novo Código Civil está sendo muito parabenizada, por criar uma responsabilidade objetiva, independente de culpa. Tal alternativa vem satisfazer o anseio por justiça, porque responsabilizando-se os pais pelos atos dos filhos menores, independentemente de culpa, amplia-se o âmbito da indenização, pois faz por ela responsáveis justamente aquelas pessoas que têm recursos para indenizar.

Por outro lado, critica-se a não-responsabilização dos filhos menores púberes pelos ilícitos civis que cometerem, já que, em outros ramos do direito, eles possuem capacidade para responder pelos seus próprios atos (maioridade penal aos 18 anos; maioridade trabalhista aos 16 anos), mas quanto a essa questão, ficou-se a nova lei.

Ademais, o Projeto veio resolver a questão muito discutida acerca da “lacuna” que surgiu com a revogação do artigo 1.523 do Código Civil pelo Código de Menores de 1927, inserindo, em seu texto, o artigo 935, que apenas disciplinou o que já está praticamente sedimentado pela jurisprudência: a desnecessidade de prova de culpa paterna. Tal fato reduz as possibilidades de exoneração dos pais.

Outra consideração a ser feita concerne à regulamentação do direito de regresso, disciplinado da seguinte maneira:

“Art. 936 – O que ressarcir dano causado por outrem pode reaver daqueles, por quem pagou, o que houver pago, exceto se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”(grifei)

Com essa pequena alteração, o legislador procura resolver qualquer divergência que possa advir da interpretação do Código Civil de 1916 (art. 1.524), de que somente era vetado ao pai mover ação regressiva contra filho menor impúbere, já que o artigo 156 do mesmo diploma legal estabeleceu responsabilidade solidária dos pais para com os filhos menores, com idade entre 16 e 21 anos.

O artigo que corresponderá ao artigo 156 é o artigo 930, que dispõe:

“Art. 930 – O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer, ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único – A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se ela privar do necessário o incapaz, ou as pessoas que dele dependerem.” (grifei)

A solução apresentada pelo Projeto é a seguinte: o pai será sempre responsável pelos atos dos filhos menores de 21 anos, ou melhor, sempre que incapazes. O incapaz somente responderá quando o seu responsável não tiver a obrigação de reparar o dano, entretanto, o artigo 934 c/c artigo 936 estabelece a obrigação legal dos pais pelos atos dos filhos incapazes. Por consequência, impedido está o direito de regresso.

Observe-se que não temos, ainda, uma nova Lei Civil, visto que o projeto que a pretende introduzir em nosso ordenamento jurídico precisa receber sanção presidencial, obedecer aos trâmites burocráticos para sua publicação, aguardar a *vacatio legis* estabelecida para, só após, iniciar a sua vigência, revogando o Código Civil de 1916.

5 Conclusão

Após todo o decorrido, não se pode negar a responsabilização dos pais pelas falhas e negligências no dever de assistência aos filhos, que envolve a instrução, educação, alimentação e satisfação de outras necessidades dos menores. A responsabilidade dos pais por falhas na criação e educação dos filhos é inegável, face à conjunção dos artigos 231, IV, e 384, I e II, do Código Civil, caso em que deverão se submeter ao artigo 159 do Código Civil. Somente os filhos poderão acionar os pais para repararem o mal que lhe fizeram.

Por outro lado, também respondem os pais pelos atos danosos de seus filhos. A presunção de culpa dos pais nesses casos é relativa, pois admite prova em contrário (presunção *juris tantum*). Os pais só poderão se exonerar dessa responsabilidade se comprovarem a ausência de culpa, demonstrando que a conduta deles foi incensurável relativamente à vigilância e educação do menor.

Um filho criado por quem observe à risca os deveres de assistência e vigilância não pode ser autor de injusto prejuízo para outrem. Daí decorre a responsabilidade dos pais, quer sejam eles naturais ou adotivos, ou parentes com quem viva o menor em caráter permanente, já que os deveres são os mesmos.

Um dos deveres fundamentais dos pais está contido no exercício do pátrio poder. Logo, deverão exercer a vigilância sobre os filhos menores púberes e impúberes com o máximo cuidado, sem omissões, até que os mesmos completem vinte e um anos, sob pena de responderem pelo ato danoso imputado aos mesmos, não obstante a lei dizer que os maiores de 16 anos respondem pelos atos ilícitos que praticarem. É que o fato destes haverem ultrapassado essa idade limite (16 anos) não desobriga aos pais de responderem pelos seus atos, se ilícitos. Assim, se o ato ilícito for cometido por menor púbere, haverá co-responsabilidade, ou seja, a existência de dois sujeitos responsáveis: o pai e o filho.

Por outro lado, parece-nos injusto permitir que o lesado assuma o prejuízo por ele sofrido, simplesmente porque aquele que, na forma do artigo 1.521, do Código Civil, deveria responder pelo dano, conseguiu provar que usou de todos os recursos possíveis no sentido de evitar o resultado lesivo. Tal solução importaria transferir à vítima a responsabilidade do prejuízo por ela sofrido, em decorrência de ato de outrem.

Se o pai põe filhos no mundo, corre o risco de que, dos atos daqueles, surja dano para terceiro. Por isso, é razoável que, se algum dano advier, face à co-responsabilidade entre pais e filhos, por eles respondam os genitores. A ação para reparação civil poderá ser proposta em face somente do genitor (no caso do filho ser menor impúbere), só do menor ou em face de ambos, sendo que esses dois últimos casos ocorrerão na hipótese da aplicação do artigo 156 do Código Civil.

Desse modo, é aceita a idéia de que a responsabilidade dos pais é presumida em todos os casos do artigo 1.521, sendo *juris tantum* a presunção estabelecida nos incisos I, II e IV, e *juris et de jure*, em razão da evolução jurisprudencial (Súmula n. 341 do STF), a presunção do inciso III.

O Projeto de Lei, que tramitou pelas Casas do Congresso Nacional, propondo a adoção de um novo Código Civil, e que aguarda sanção presidencial, adota a teoria do risco, transformando a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos em objetiva, com a adoção da presunção absoluta de culpa (*juris et de jure*).

Bibliografia

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 59– 73.
- CAHALI, Yussef Said (Org.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1988.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros. 1996.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995. v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva. 1995.
- . *Direito civil – Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. v. 7.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 1995. v. 4.
- SANTINI, José Raffaelli. *Sentenças e acórdãos célebres*. 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito. 1992.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ACESSO À JUSTIÇA PENAL

Denise Neves Abade

1 Ministério Público e o direito à prestação jurisdicional penal

O direito de ação tradicionalmente é conceituado como direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional. É um direito autônomo, abstrato e dirigido contra o Estado.¹

A Constituição assegura a todos o direito à tutela jurisdicional, dispondo no artigo 5º, XXXV, o acesso amplo e genérico à provocação dessa tutela. A garantia constitucional de ação “representa para as pessoas, em última análise, garantia ao devido processo constitucional, ao instrumento estatal de solução de conflitos. Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto”.²

O direito de ação, para tanto, deve ser efetivo. Essa efetividade, como afirma Bedaque, “significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); têm a seu dispor meios adequados (*effettività tecnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida³ reconhecida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*)”.

Questiona-se se o órgão acusador seria destinatário desse direito constitucional de invocar a tutela jurisdicional sempre que restar configurada a pretensão punitiva estatal, considerando-se que, via de regra, o Ministério Público tem o dever legal de exercer a ação penal, em decorrência do princípio da obrigatoriedade que vigora na ação penal pública.⁴

1 TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 242. No mesmo sentido, dentre outros, Ada Pellegrini Grinover: “(...) a orientação publicista do processo veio caracterizar o direito de ação como autônomo, independente do direito material a que visa instrumentalmente proteger” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 45-46).

2 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 58.

3 Ibidem, 72.

4 De forma que nos parece bastante acertada, a doutrina processual penal contemporânea vem entendendo que, a partir do advento da Lei n. 9.099/95, diante da possibilidade legal de o Ministério Público deixar de propor a ação penal em determinadas hipóteses, o princípio atualmente vigente no ordenamento é o da *obrigatoriedade ou legalidade mitigada*, abrindo-se espaço à *discrecionariedade regulada ou regrada* (vide, nesse sentido GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996). Manifestando-se contrariamente, afirma Afrânio da Silva Jardim: “Não há como reduzir a intensidade do dever de agir que recai sobre o Ministério Público. O princípio da obrigatoriedade é daqueles que não admitem aplicação parcial, sob pena de se desfigurar. Note-se que não estamos negando que o legislador possa, como na Alemanha, prever um poder discricionário para o Ministério Público exercer ou não a ação penal em casos específicos, em casos determinados. Em assim ocorrendo, temos o princípio da obrigatoriedade, mas permitiu-se a sua não-incidência para hipóteses menos relevantes” (SILVA JARDIM, Afrânio da. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53).

Parece-nos que, do ponto de vista do processo penal paritário, não há dúvida de que a parte acusadora tem o direito de, uma vez ocorrida a infração penal, ter acesso à via jurisdicional para, em juízo, pleitear o direito de punir estatal.

Filiamo-nos, assim, à corrente que entende a ação penal como um direito subjetivo de postular a prestação jurisdicional do Estado.

Discute-se se o direito à ação penal é verdadeiramente direito ou poder jurídico. Para alguns, a discussão é meramente terminológica, já que a expressão poder jurídico é usada às vezes como direito potestativo, e outras como sinônimo de direito subjetivo.⁵

Nesse sentido, afirma Fernando Tourinho Filho que “parte da doutrina define a ação penal como um poder jurídico ou simplesmente como um poder. Mas, de duas uma: ou a palavra poder está empregada no sentido de direito subjetivo, poder de exigir algo de outrem e, nesse caso, será questão de mera terminologia, ou, então, na acepção de direito potestativo, numa demonstração de adesão à teoria chiovendiana.”⁶

Acrescenta o autor que: “Processualmente, não há diferença entre ação penal e ação civil, salvo no que respeita à pretensão que lhes serve de suporte fático. Se a pretensão é de natureza penal, ação penal; ação civil, se extrapenal a pretensão. A circunstância de o Estado-administração ter o dever de exercer o direito de ação penal e, no cível, o particular ter apenas a faculdade de exercê-lo – *facultas agendi* – não desnatura o conceito de ação como um direito em frente ao Órgão Jurisdicional que está obrigado a se manifestar sobre a pretensão deduzida.”⁷

Não obstante o entendimento de Tourinho, parece-nos que o poder jurídico referido por grande parte da doutrina tem o sentido de direito potestativo. Tais autores compreendem a ação penal condenatória de forma bastante diversa da até aqui apontada.

Acolhendo o pensamento de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, para o qual a ação penal é *ação judiciária*⁸, para os adeptos dessa corrente doutrinária não existe direito de o Ministério Público reclamar à jurisdição a punição, mas tão-somente o poder-dever de o fazer. A idéia de direito subjetivo estaria, assim, ligada sempre à idéia de vantagem, de favorecimento.

E o Ministério Público não poderia ser titular dessa “vantagem”, arrogada individualmente.⁹ Contudo, o que essa corrente doutrinária não parece saber solucionar é a ques-

5 Chiovenda define a teoria da ação como direito potestativo exercido contra o réu, sujeitando-o ao processo, ou seja, o poder de produzir em face do réu o efeito jurídico da atuação da vontade concreta da lei (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. de Guimarães Menegale com notas de Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1).

6 TOURINHO FILHO, Fernando. Processo penal. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p. 270.

7 Ibidem, p. 271.

8 “O aparelho jurisdicional, também, tem duas ações: a própria, que é a jurisdição, e a instrumental, que é a ação judiciária comunicada. Recebe impulso exterior, do agente principal, exatamente em função das próprias virtudes que possui, intrínsecas, peculiares, de apreciação irrecusável e de efetivação coativa do direito. É assim como a ação do instrumento, enquanto instrumento, tão penetrada é da ação do agente motor, que ambas constituem uma e a mesma ação; assim como um e o mesmo efeito deve ser atribuído todo à causa principal e todo à causa instrumental, a observância coativa da lei tanto é obra da jurisdição como da ação judiciária” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Processo penal, ação e jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 148). Em obra anterior, o autor já distinguia ação civil da ação penal: “O contraste entre ação civil e ação penal deve ser substituído pelo contraste entre ação e acusação. Ou, ainda melhor, ação e direito de punir (...). Consiste a ação penal, pura e simplesmente, em acusar ou em também instruir, limitada ou ilimitadamente, o julgador, uma vez estabelecida por lei, constitui condição do funcionamento jurisdicional” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Ação penal: análises e confrontos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 37-38).

9 A corrente é esposada por Rogério Lauria Tucci, que correlaciona a promoção penal à regra da oficialidade: “Diz a regra da oficialidade, indubitavelmente, com um dever de ordem pública, cabente a funcionário público, com atribuição para o exercício do direito à jurisdição penal (órgão do Ministério Público) ou competência para a realização da ação judiciária ao mesmo correspondente (agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal)” (TUCCI,

tão do “poder-dever” de o Ministério Público ingressar com a ação penal (princípio da obrigatoriedade estrita da ação penal), em relação à sua posição de agente político.

Com efeito, entendemos que não há operacionalidade técnica do uso desse conceito. Isso porque, por exemplo, o magistrado também possui o poder-dever de condenar ou absolver, a depender do caso concreto.

Ora, se a marca distintiva do funcionário público/agente político é exatamente a independência funcional, é claro que lhe cabe analisar, com isenção, a existência ou não dos pressupostos constitucionais de sua atuação, sem que qualquer decisão futura em contrário possa obrigá-lo a alterar seu posicionamento.

Logo, analisando a conduta de um agente político, esta sempre terá sido compatível com o seu poder-dever, por presunção absoluta, já que não se admite a revisão do posicionamento do agente, mas, no máximo, a substituição desse posicionamento por outro, oriundo de uma instância revisional (Tribunais, no caso do magistrado, ou Procuradoria-Geral no caso do Ministério Público).

Refutamos, assim, a idéia de que há para o Ministério Público um “poder-dever” de ingressar com ação penal pública. O Ministério Público é destinatário, sim, do direito de acessar o Poder Judiciário e obter a prestação jurisdicional.

Não obstante a divergência doutrinária acima apontada, há franco predomínio no Processo Penal do conceito de ação penal como direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional do Estado, resguardadas algumas divergências pontuais.¹⁰

Nas palavras de Afrânio Silva Jardim, “urge distinguir o direito de ação do seu exercício. Aqui, o direito de ação surge da proibição da auto-aplicação do chamado *jus puniendi* do Estado, enquanto o dever de seu exercício surge do interesse público em sancionar os violadores das normas penais materiais, sem que a jurisdição seja prestada de ofício, independentemente de provocação, o que comprometeria a estrutura dialética do processo e, por conseguinte, a imparcialidade do juiz.”¹¹

O autor conclui que o fato de, geralmente, o exercício da ação penal ser obrigatório para o Ministério Público, em nada obstaculariza a concepção da ação como

Rogério Lauria et illi. Princípio e regras do novo processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 73). No mesmo sentido, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: “a ação judiciária termina, primacialmente, por emergir como direito autônomo do réu à tutela jurídica, assestado contra o Estado, obrigado este sempre a prestá-lo, em defesa da liberdade jurídica do demandado (...). Pode-se, então, falar em pretensão à tutela jurídica, mas do réu, ínsita em toda a atividade processual. A ação seria, na realidade, o preço necessário a ser pago pelo autor, para sujeitar, depois, o réu aos efeitos da coisa julgada, se tiver razão. O autor, no processo, suporta a tutela jurisdicional de liberdade, como ônus de demandar”. (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Ainda o direito de ação. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Dir.) Ciência penal 3. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 433-434). Vide também, PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal. In: MORAES, Bismael B. de (Coord.) A polícia à luz do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais). Cite-se, também, a posição de COUTINHO, Jacinto Neto Miranda. O ato administrativo de instauração do inquérito policial, In: BARRA, Rubens Preste; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 171 e de COSTA, Paula Fernandes Martins da. Ação penal condenatória. São Paulo: Saraiva, 1995, p.83-87).

10 Neste sentido, cite-se Ada Pellegrini Grinover (As garantias constitucionais do direito de ação, cit., p. 23-68). A autora aponta inúmeros autores que acolhem a doutrina dominante sobre a natureza do direito de ação. Ressalva a teoria de Calmon de Passos, que vê na ação um poder genérico de direito público, outorgado pela Constituição; esse poder de provocar a atividade jurisdicional pode engendrar mais tarde direitos e obrigações, e isso se verifica no momento em que o preceito constitucional é regulamentado por meio de leis; o poder judicial concretiza-se em direito subjetivo com a demanda, determinando a obrigação específica do órgão judiciário de prolatar uma decisão e a sujeição do demandado ao poder jurisdicional do Estado. Para o autor, esse direito é direito a uma decisão - nem favorável, nem mesmo de mérito (Ibidem, p. 68).

11 Afrânio Silva Jardim, Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade, cit., p. 34.

direito subjetivo, já que direito de ação e exercício do direito de ação são fenômenos jurídicos distintos.

Na verdade, percebemos que, *na visão do Ministério Público como agente político e parte na relação processual penal, não há como afastarmos do conceito de ação penal como direito subjetivo do Estado-administração.*

2 Inconstitucionalidade de medidas que tentam impedir o acesso do Ministério Público à justiça ou limitar sua atuação na persecução penal

Partindo-se da premissa de que, ocorrendo a prática de uma infração penal, surge para o Estado-administração a pretensão punitiva, e de que essa pretensão deve ser invocada perante o Poder Judiciário, levando a um direito autônomo daquele material (direito de ação) constitucionalmente garantido, não há como admitir-se regras no ordenamento que impeçam de qualquer forma o acesso do Ministério Público à via jurisdicional, por configurarem-se absolutamente inconstitucionais.

Nesse sentido, assim se apresenta dispositivo legal presente no artigo 83 da Lei n. 9.430/96 que, na esteira de uma série de medidas legais que se revelaram verdadeiras válvulas de escape para a punição dos chamados *crimes do colarinho branco*, visa impedir que os órgãos administrativofiscais comuniquem prontamente a ocorrência de crimes contra a ordem tributária ao Ministério Público. Segundo a nova legislação, a comunicação somente poderá ser feita após o término do processo administrativo-fiscal. Antes disso, o Ministério Público ficaria impedido de agir.¹²

Dentre as normas constitucionais ofendidas pelo artigo 83 da Lei n. 9.430/96 apon-tadas na ADIn (infelizmente ignoradas no julgamento da liminar), encontrava-se justamente o direito à ação penal conferido ao Ministério Público, consagrado no artigo 5º, XXXV, CF.

Com efeito, esse dispositivo legal impede que lesão ou ameaça ao direito seja apre-ciado pelo Poder Judiciário. Cria verdadeiro obstáculo ao Ministério Público de acessar a Justiça por meio de ação penal pública, visando prestação jurisdicional a respeito dos fatos delituosos – direito fundamental assegurado na Constituição.

Ressalte-se, ainda, que a Constituição estabelece como função institucional do Ministério Público “*promover, privativamente, a ação penal pública*” (art. 129, I CF). Foi, portanto, confiado somente ao Ministério Público a função constitucional de realizar o juízo sobre a existência, ou não, de crime em tese a ensejar o oferecimento de denúncia, ou seja, de decidir se há indício de conduta delituosa capaz de fundamentar acusação criminal em juízo.

¹² Dispõe o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996: “A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.” Os artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, referidos na norma impugnada, descrevem os crimes praticados por particulares contra a ordem tributária. Contra esse dispositivo foi intentada ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral da República (ADIn n. 1571-1, rel. Ministro Néri da Silveira), após solicitação formulada pelos membros do Ministério Público Federal lotados em São Paulo/SP, apontando violação aos artigos 1º; 2º; 3º; 5º, *caput* e inciso XXXV; 37, *caput*; 60, parágrafo 4º, inciso III; 129, inciso I; e 170 da Constituição Federal. No julgamento da liminar – exarado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal –, a corte constitucional buscou interpretar o artigo em conformidade à Constituição. O STF deu enfoque à alegação de infringência ao artigo 129, inciso I, que estabelece que é função institucional do Ministério Público “*promover, privativamente, a ação penal pública*”, tendo-lhe sido confiada a função constitucional de realizar o juízo sobre a existência, ou não, de crime em tese a ensejar o oferecimento de denúncia, ou seja, de decidir se há indício de conduta delituosa capaz de fundamentar acusação criminal em juízo.

Tal missão, por ser exclusiva do Ministério Público, por força da mencionada norma constitucional, não poderia ficar dependente da iniciativa de outros órgãos ou pessoas, salvo em casos nos quais o *interesse pessoal* do sujeito fosse considerado mais relevante pelo Estado do que a exigência de repressão da conduta ilícita.

Resulta daí que qualquer cidadão e, por maior razão, qualquer órgão público tem o *dever* de noticiar imediatamente ao Ministério Público toda prática de conduta criminosa, principalmente aquelas que afrontam bens jurídicos tão relevantes para o Estado e para a sociedade quanto a ordem tributária. Não caberia, assim, ao cidadão ou ao órgão público realizar a *opinio delicti*, isto é, o juízo sobre a existência, ou não, de ilícito penal – função privativa do *Parquet*.

Outra hipótese que veda o acesso do Ministério Público ao Judiciário encontra-se alojada nas hipóteses de anistia dos autores de crimes contra os direitos humanos praticados durante os períodos de ditadura, existentes nos países da América Latina.

Essa legislação, sem dúvida alguma, impossibilita a persecução criminal dos autores dos delitos.

No caso específico brasileiro, em relação às leis especiais relativas à reparação às vítimas e familiares da ditadura recente brasileira, cite-se a Lei n. 6.683 de 28.8.1979, que concedeu anistia ampla, geral e irrestrita aos que participaram do processo de golpe e manutenção do regime ditatorial e também àqueles acusados de crimes políticos e conexos.

Em 1995, foi aprovada a Lei n. 9.140, fixando o montante da indenização às vítimas e familiares de pessoas mortas ou desaparecidas por violações de direitos humanos por parte do Estado.

Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, estabelece que todos têm direito de acesso à justiça (art. 8º, 1).

Ao interpretar tal artigo (em conjunto ainda com o art. 1.1, que impõe aos Estados a obrigação de garantir genericamente os direitos humanos previstos na Convenção), a Corte, no caso *Loayza Tamayo*, não aceitou a posição do Estado peruano, que se insurgiu contra o dever de investigar e punir os responsáveis pela ilegal detenção da Sra. Tamayo, alegando anistia geral aos membros das Forças Armadas e Polícias Civil e Militar.¹³

Para a Corte, “*los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistia expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, **obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia**. Por estas razones, el argumento del Peru en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser **rechazado***”.¹⁴

Cabe lembrar que o Brasil, no final do ano de 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória daquela Corte, devendo o Estado brasileiro cumprir com suas interpretações relativas ao conteúdo dos direitos protegidos na Convenção.

Assim, além de possível vício de inconstitucionalidade, a restrição do acesso à justiça pelo Ministério Público viola o dever do Estado de investigar e punir os responsáveis pelos crimes, gerando impunidade. E como a Corte Interamericana de Direitos Humanos salienta, “(...) *el Estado tiene la obligación de **combatir tal situación** por todos los medios legales disponibles ya que la **impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos** y la total **indefensión de las víctimas** de sus familiares*”.¹⁵

13 Foram editados, durante o governo Fujimori, os Decretos-Leis ns. 26.479 e 26.492 (Leis de Anistia).

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo - Reparaciones*, sentença de 27.11.1998, Série C n. 42, parágrafo 168. (Grifamos).

15 Conforme já mencionado anteriormente. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Paniagua Morales e outros - Mérito*, Série C n. 37, parágrafo 173.

3 Eficácia do acesso à justiça: o direito do Ministério Público a um processo de duração razoável

O amplo acesso aos tribunais implica necessariamente na garantia de um acesso *eficaz* à prestação jurisdicional. Conforme afirma Canotilho, “ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (‘adequação temporal’, ‘justiça temporalmente adequada’), obter uma sentença executória com força de caso julgado – a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça”.¹⁶

A partir da disposição presente no artigo 5º, XXXV da Constituição, e com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Brasil, em 1992 – cujos dispositivos, por força do artigo 5º parágrafo 2º, CF, colocam-se hierarquicamente no mesmo nível das normas constitucionais¹⁷ –, foi formalmente garantido o direito a dispor de um tribunal que decida os conflitos de interesses e *repare os prejuízos das partes em tempo razoável*.¹⁸

Especificamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos atribui a toda pessoa, em processos civis, trabalhistas, fiscais ou “*de qualquer outra natureza*”, direito de ser processada “*dentro de um prazo razoável*”¹⁹. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também reconhece o conceito, garantindo o julgamento do réu “*sem dilações indevidas*”.²⁰

Contudo, o Estado tem-se revelado incapaz não só de garantir de fato o acesso e a igualdade de todos à justiça e ao direito, como também de dotar o sistema judicial de meios e mecanismos que permitam processar de forma célere e eficaz a procura de tutela judicial que lhe é dirigida.

Sobre o tema, observa Alfredo Gaito: “*Il prezzo che l’ordinamento paga in termini de costi processuali e di credibilità, in conseguenza di un simile stato di cose, si è rivelato malta alto, privo di utilità e senza giustificazioni sul piano giuridico*”.²¹

No Brasil, o problema da lentidão na administração da justiça é consensualmente reconhecido como uma das principais disfunções do sistema judicial, grande responsável pelo crescente desprestígio e mesmo perda de legitimidade dos tribunais como instâncias de resolução de conflitos.

Por seu turno, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em sentença proferida em 29 de janeiro de 1997, no chamado “Caso Genie Lacayo” (que condenou o Estado da Nicarágua por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos), que o

16 Ob. cit., p. 652. Prossegue o autor: “Note-se que a exigência de um direito sem dilações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente ‘justiça acelerada’ (...). A existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios – é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada (exemplo: prazos em caso de *habeas corpus*, apreciação da prisão preventiva, procedimentos cautelares).” José Joaquim Gomes Canotilho não foi citado, portanto falta a referência à obra utilizada.

17 Posição defendida por, entre outros, Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

18 Eduardo Couture inclui o direito de acesso à Justiça, declarado no artigo 5º, XXXV, como corolário do direito de petição aos Poderes Públicos no regime democrático (COUTURE, Eduardo. Introdução ao estudo do processo civil. Trad. de Mozart Victor Russomano. 3. ed., Rio de Janeiro: José Kofino, 1951. p. 19).

19 “Art. 8º – Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

20 “Art. 14-3 _ Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) c) a ser julgada sem dilações indevidas.”

21 GAITO, Alfredo. Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti: problema di scelta e strategia processuale. In: GAITO, Alfredo (Coord.). *Questione nuove di procedura penale*. Padova: Cedam, 1989. p. 11.

direito a um processo de *duração razoável volta-se, também, ao órgão acusador*, no caso o assistente da acusação (o pai da vítima).²²

Com isso, a Corte estabeleceu que, em nenhum momento, o artigo 8, item 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, citado acima, limita seu alcance aos direitos do réu ou a uma espécie de lide. Conforme preleciona André de Carvalho Ramos, ao comentar essa decisão da Corte: “Pelo contrário, a redação é generosa (direito a ser ouvido) e ampla (em lides de qualquer natureza), abarcando tanto o Autor quanto ao Réu em qualquer processo, inclusive o penal”.²³

In casu, a Corte decidiu, quanto ao prazo razoável para a prolação de sentença judicial, invocando a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, que devem ser levados em consideração três elementos para a determinação da razoabilidade do prazo; a) a *complexidade do assunto*; b) a *atividade processual do interessado* e c) a *conduta das autoridades judiciais*

A Corte sustentou que a *acusação* (no caso, o assistente da acusação, pois este recorreu à Corte) tem direito a um processo de duração razoável. Além disso, decidiu que existem *parâmetros para firmar a violação de tal direito* (complexidade do assunto, atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais), o que impede que haja total arbitrariedade judicial.

Por outro lado, diga-se que a Corte, ao defender o direito do assistente da acusação a um processo de duração razoável, firma o direito da vítima à realização de justiça.

A lentidão da Justiça tem custos sociais e econômicos. Por exemplo, pode potencializar a criminalidade oculta, com a proliferação de formas ilegítimas de resolução de conflitos (em especial, de cobrança de dívidas, o recurso aos justiceiros) e afastar investimentos econômicos.

A administração da justiça deve, pois, garantir às partes a plena vigência dos seus direitos – o que de fato não acontece quando nos confrontamos com a morosidade dos tribunais, que não respondem com eficácia e eficiência às necessidades do réu e do acusador.

Não é de hoje que encontramos na doutrina a preocupação sobre a duração do processo. Já Beccaria afirmava que o tempo concedido para o acusado se defender deveria ser o suficiente para que não demorasse a imposição do castigo, já que com a demora de sua aplicação, a pena não surtiria efeito contra os criminosos.²⁴

A chamada reforma do Judiciário, em tramitação no Congresso Nacional desde 1996, dá atenção especial à resolução do problema da ineficiência e ineficácia da administração da justiça. Entre as pretendidas inovações, há a inclusão de novo inciso no rol do artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A emenda constitucional, dessa forma, disporá expressamente sobre o tema da celeridade processual, ao elevar ao patamar constitucional – assim imune às leis inferiores – o dever de magistrados e membros do Ministério Público em despachar nos prazos legais

22 A Corte sustentou que, para determinar a violação do artigo 8º da Convenção, era necessário determinar se no processo penal contra os acusados da morte do jovem Genie Lacayo houve (ou não) o respeito às garantias processuais da parte acusadora. Nesse caso, a Corte reconheceu que o artigo 8º da Convenção refere-se às garantias processuais, consagrando o devido processo legal, consistente no direito de toda pessoa de ser ouvida, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável, por um juiz competente, independente e imparcial, pré-constituído pela lei em qualquer espécie de processo. Ver sobre o caso em RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

23 André de Carvalho Ramos, Direitos humanos em juízo..., cit., p. 244.

24 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988, em especial o capítulo XIII – Da duração do processo e da prescrição.

os feitos que a eles são submetidos (arts. 98, § 3º, e 129, § 5º) e ao se referir (art. 56) que comissão especial do Congresso Nacional elaborará, em cento e oitenta dias, projetos de alterações legislativas “objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

É certo que, do disposto no artigo 5º, XXXV, extrai-se o direito de amplo acesso à jurisdição e o conseqüente direito à pronta resposta do juiz às demandas. Ressalte-se, portanto, que o dispositivo previsto no projeto de emenda constitucional declarou o direito já existente à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação. Não se trata de direito novo, mas de direito já reconhecido pela Constituição e pelas leis e agora declarado, como reforço normativo, em texto específico, assim a afastar os entraves hoje existentes à sua concretização.

A norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo, pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa: é, assim, *direito ao processo eficiente*, muito além do simples direito ao processo.

A proteção prometida pelo texto em dirige-se “a todos”, expressão que se encontra também no *caput*, incisos XIV, XVI, XXXIII e XXXIV do artigo 5º.

Como parece evidente, a menção a todos não pode ser interpretada no sentido de exclusão da proteção prometida nas situações descritas nos demais dispositivos, não só porque o próprio *caput* do artigo 5º assegura o tratamento igualitário àqueles que se encontram em situação idêntica, como também porque, nas situações descritas em cada dispositivo, todos que se encontrem na incidência da norma merecem igual proteção da Constituição, das leis e do juiz.

O direito à celeridade da decisão nas instâncias judicial e administrativa, portanto, alcança, de forma ampla, pessoas físicas ou naturais, pessoas jurídicas, fundações, entes despersonalizados. Especificamente no processo penal, a garantia volta-se à parte acusada e acusadora.

Observa-se, ainda, que o mandamento constitucional da celeridade na tramitação do processo e de sua razoável duração vai incidir quando se constata, em determinada relação processual, que a realização de seus atos se mostra desarrazoada, conduzindo à ultrapassagem das fases e dos atos que não se mostram essenciais para a descoberta da verdade e para a eficácia da decisão.

Esperamos que esse movimento reformador consiga alcançar os objetivos propostos. Isso porque a lentidão da justiça, não obstante as escassas tentativas do nosso legislador, afeta significativamente o desempenho dos tribunais, sobretudo no nível dos conflitos interindividuais e da criminalidade mais grave.²⁵

Entendemos, por isso, que o direito de acesso ao Judiciário do Ministério Público somente restará plenamente assegurado quando, além de reformas pontuais no sistema processual penal, sejam efetuadas também alterações significativas nas principais características do sistema judicial, especificamente a sua estrutura burocrática e a auto-regulação corporativa.

Com efeito, há processos cuja duração tende a se eternizar nos tribunais. Especialmente casos de processos criminais envolvendo grandes interesses e que têm, por isso, grande repercussão social e política. Em tese, esses casos exigem investigação e instrução especificamente dirigidas a eles.

25 Para ilustrar o quadro, cite-se pesquisa efetuada por Ela Wieko V. de Castilho, especificamente sobre a tramitação de casos envolvendo crimes contra o sistema financeiro nacional (os quais, tendo em vista o perfil dos agentes delituosos, tendem a se estender mais nos tribunais, por uma combinação dos seguintes elementos: desaparelhamento e despreparo na apuração e morosidade na instrução criminal por fatores como interposição de recursos, vistas e prazos legais – que se multiplicam quando se trata de criminalidade econômica, em geral praticada pelas empresas), a qual constata que, considerando somente a tramitação perante a 1ª instância, o tempo médio transcorrido entre a data dos fatos e a final sentença do juiz de 1º grau é de oito anos e nove meses (CASTILHO, Ela Wieko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998).

Cite-se, como exemplo, casos ligados ao crime organizado – cujas estruturas atuam de forma articulada com as estruturas legais, algumas oficiais, conferindo-lhe a necessária fachada legal e legitimidade social aos seus membros. Ou processos que dizem respeito ao fenômeno da corrupção, que tem assolado os diferentes aparelhos do Estado – reconhecendo-se que um dos fatores mais potencializadores da corrupção é precisamente o crime organizado e a relação do poder político com o poder econômico, o que aproxima os contextos em que se situa a criminalidade mencionada nos exemplos.

Não raro, em processos desse tipo, o sistema, ao deixar prescrever o crime, confronta-se com o seu próprio limite de inação.

Percebe-se, ainda, a existência de número significativos de processos que, embora apresentem decisão final em primeira instância com relativa celeridade, tendem a “eternizar-se” nos tribunais superiores. Por outro lado, muitas das causas da morosidade desses processos não são específicas de “grandes” processos, tratando-se antes de práticas do sistema suscetíveis de atingir processos sem especial complexidade.

É certo que se mostra necessário definir os limites do tempo do processo. Sendo aparentemente uma medida objetiva, varia, no entanto, de acordo com o ponto de vista dos diferentes interesses em causa. Para a vítima de um crime, o processo terá início a partir do momento em que o crime foi cometido; para a polícia e para o Ministério Público, quando o fato ilícito chega ao seu conhecimento; para o réu, a partir do momento em que o processo começa a correr contra ele; para o tribunal, quando o processo entra na fase de julgamento; etc.

Interessa no nosso estudo o tempo que o sistema leva a decidir a causa que lhe é submetida – diretamente relacionado ao direito constitucional de acesso à prestação jurisdicional. A duração do processo, ou seja, o tempo de sua tramitação, é, assim, medida desde o momento em que é aberta a investigação, isto é, a partir da data do registo da prática do ilícito numa das instâncias de controle oficial, até à última data registada no processo.

Esse tempo pode ser mais curto ou mais longo, dependendo dos diferentes fatores que o influenciaram. Pode ser ainda um tempo legal e processualmente necessário, isto é, um tempo imposto pela lei e pela normal tramitação do processo, condicionado pelos vários recursos sem qualquer funcionalidade dilatória, mas também pode ser um tempo que incorpora vários tempos de morosidade.

Quanto ao conceito de morosidade, são vários os problemas que se colocam quando se tenta a sua definição. Nesse aspecto, a lei não constitui qualquer auxiliar. Pelo contrário, sempre que se refere a essa questão, o faz de uma forma vaga e imprecisa.

Em geral, a lei (por exemplo, o projeto de emenda constitucional acima citado e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) refere-se à resolução de uma causa pelos tribunais em “razoável”, mas sem indicar de forma precisa quando se estará a exceder o tempo razoável.

Pode também acontecer estarmos face a uma situação em que, de fato, o “tempo razoável” estará excedido, mas não do ponto de vista do tempo da justiça formal. O que significa que, nesses casos, é a própria lei ou o sistema processual que permite que, de uma forma legal, se ultrapasse o “prazo razoável”.

Por outro lado, nem sempre a morosidade em determinado momento implica necessariamente morosidade em todo o processo. Será assim, por exemplo, quando, apesar da prática com atraso de determinados atos do processo, este continua a ser movimentado com outros atos, sem que se tenha provocado a sua paragem.

Ao contrário da expressão *duração*, *morosidade* é um conceito negativo que denota um *anormal lapso de tempo*. Por outro lado, sendo de várias ordens os fatores ou circunstâncias que contribuem para a dilação anormal do processo, o conceito deverá ser o mais aberto possível.

Para fins de interpretação desse conceito, trazemos de novo à colação o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos visto acima, para a qual devem ser levados

em consideração três elementos para a determinação da razoabilidade do prazo de duração do processo, nomeadamente a *complexidade do assunto, atividade processual da parte e a conduta das autoridades judiciais*.

Detalhando esses três elementos, consideramos, assim, que há morosidade sempre que se ultrapasse o tempo legalmente necessário para a prática de determinado ato ou para o decurso de determinada fase; sempre que na tramitação do processo se verifique uma paragem anormal (porque não tem relação com a causa principal ou porque se espera por determinada informação ou diligência) ou o seu andamento aparente; e sempre que não se estando a proteger qualquer direito, em especial o direito de defesa, a sua dilação seja funcionalmente provocada no interesse de uma das partes.

Percebemos que alguns dos fatores de dilação relacionam-se com a *complexidade* das matérias discutidas no processo ou com o exercício de direitos de defesa sem objetivos dilatórios. São, por isso, necessários. No entanto, apesar da sua necessidade e legitimidade, em muitos casos o quadro processual e judiciário em que são exercidos confere-lhes um caráter mais dilatatório. Ou seja, seria possível simplificar a tramitação processual de muitos dos procedimentos – como ocorre em alguns casos de prazo para vista dos autos.

Ao contrário, muitos dos outros fatores de dilação identificados não só são evitáveis, como alguns deles ultrapassam o quadro legal ou dele fazem um exercício abusivo e funcional – e, por isso, são inconstitucionais. É o caso da prática de atos do processo fora dos prazos legais ou o exercício de um conjunto de expedientes legais com intuítos meramente dilatórios.

É certo, também, que existe uma forte correlação entre processos de grande duração com aqueles em que se suscitam novas questões jurídicas ou questões mais complexas. De fato, o exercício de direitos e a diferente interpretação das leis processuais e substantivas implicam inevitáveis discordâncias que, não sendo deliberadamente funcionais, provocam dilação na resolução do caso. Pode ainda acontecer que alguma da complexidade do processo pode justamente resultar da sua dilação: torna-se complexo o que à partida não o era. Será, assim, quando a “vida” de um processo foi apanhada pelas muitas reformas legais a motivarem recursos e, eventualmente, decisões jurisprudenciais distintas.

A natureza da criminalidade, em particular nos chamados crimes de colarinho branco, associada ao poder de manipulação do processo por parte de alguns argüidos integrados em redes de proteção e influência, cria múltiplas barreiras à ação da investigação, dificultando a obtenção de provas e contribuindo não só para a dilação do inquérito e do processo, como, em alguns casos, para o seu insucesso.

Outro fator que reconhecidamente mais tem contribuído para os atrasos na justiça é o fato de os procedimentos processuais serem excessivamente burocratizados, formais e complicados. Os seus efeitos dilatórios são ainda mais perniciosos quando a complexidade e a sofisticação da tramitação diz respeito a incidentes ou questões completamente secundários à causa principal, prolongando desnecessariamente a duração do processo.

Assim se mostram, por exemplo, requerimentos de retificação de simples erros materiais e pedidos de informação, só para citar alguns, que obrigam a uma complexa tramitação.

Observa-se, também, que, infelizmente, em nosso ordenamento a prisão preventiva funciona como fator de celeridade do processo. O que significa que sempre que essa situação está ausente, o processo rotiniza-se, prevalecendo uma tramitação lenta, excessivamente “zelosa” e sofisticada, independentemente do conteúdo dos atos ou das situações em causa.

Uma das causas que podem conferir maior dimensão à dilação processual é o problema da comunicação que atravessa todo o percurso dos processos. É, de fato, um problema endógeno ao sistema globalmente considerado. A forma burocrática como o sistema comunica no seu interior e nas suas relações com outras instituições é largamente responsável pelos atrasos nos processos. A ausência de meios expeditos de comunicação

obriga não só a paragens dos processos, muitas vezes por largos períodos de tempo, como leva a desperdícios significativos de tempo de circulação de ofícios. De fato, a comunicação é feita por ofícios, a que não raro se seguem outros solicitando a informação ou a diligência em atraso, os quais obedecem a um complicado formalismo de saídas, entradas, aberturas de conclusões e despachos.

Essa questão é particularmente importante na fase de inquérito e da instrução que, pelos objetivos que lhes estão subjacentes, deveria ser célere e não ficar condicionada a tempos de espera de respostas a ofícios.

Nesse contexto, merece especial referência o cumprimento de cartas precatórias para várias diligências, incluindo notificações e intimações. Verificamos, nos processos nacionais, cumprimento das cartas precatórias especialmente moroso, com duração média de cumprimento de cerca de 30 dias – que pode se prolongar largos meses.

A ausência de mecanismos de interação e de articulação no funcionamento interno das várias instituições judiciárias e externamente com outras instituições colaboradoras com o sistema judiciário não só provoca dilação nos processos, como gera elevados desperdícios e prejuízos no funcionamento da justiça.

Assim, normas e atos processuais que venham a ofender o direito de acesso a uma prestação jurisdicional em tempo razoável não devem ser acolhidas pelo ordenamento.

Reconhecemos que o problema dos atrasos na justiça é complexo, difícil de resolver com políticas ou medidas isoladas, desde logo, já que a crise da justiça não é um fenômeno isolado, mas antes emerge num quadro de outras crises (crise de emprego, de segurança, de direitos sociais, etc.).

A questão assume, contudo, especial importância no quadro do exercício dos direitos fundamentais e de cidadania, e é reforçada se considerarmos que a lentidão dos processos penais tende a se mostrar maior quando o acusado pertence à classe social dominante, o que afeta ainda mais a sensação de impunidade existente no país.

Por isso, o atraso na realização da justiça constitui, desde logo, uma violação do direito de acesso aos tribunais, onde se inclui o direito a uma proteção jurídica eficaz e em tempo útil, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro.

Para a efetivação do direito não basta remover obstáculos, através da vigência de leis que regulem democraticamente direitos e que garantam o acesso e igualdade de todos à justiça; é fundamental dotar o sistema jurídico de instrumentos e recursos que garantam o seu eficaz exercício.

Conclusões

1. Atualmente, a visão doutrinária majoritária assinala ser a ação penal um direito público subjetivo à prestação jurisdicional. Logo, sendo o Ministério Público agente político e parte na relação processual penal, não há como afastarmos do conceito de ação penal como direito subjetivo do Estado-administração.
2. O direito de ação é protegido por cláusula pétrea constitucional, consubstanciada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988. Logo, não pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.
3. Partindo-se da premissa de que, ocorrendo a prática de uma infração penal, surge para o Estado-administração a pretensão punitiva, e de que essa pretensão deve ser invocada perante o Poder Judiciário, levando a um direito autônomo daquele material (direito de ação) constitucionalmente garantido, não há como admitir-se regras no ordenamento que impeçam de qualquer forma o acesso do Ministério Público à via jurisdicional, por configurarem-se absolutamente inconstitucionais.

4. O artigo 83 da Lei n. 9.430/96 impede que lesão ou ameaça ao direito seja apreciado pelo Poder Judiciário, pois cria verdadeiro obstáculo ao Ministério Público de acessar a Justiça por meio de sua exclusiva (art. 129, I, da Constituição) ação penal pública. A ação penal pública, por ser exclusiva do Ministério Público, não poderia ficar dependente da iniciativa de outros órgãos ou pessoas, salvo em casos nos quais o *interesse pessoal* do sujeito fosse considerado mais relevante pelo Estado do que a exigência de repressão da conduta ilícita.
5. Outra vedação ao acesso do Ministério Público ao Judiciário encontra-se alojada nas hipóteses de anistia dos autores de crimes contra os direitos humanos, praticados durante os períodos de ditadura, existentes nos países da América Latina. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem considerado tais leis violatórias da Convenção Americana de Direitos Humanos, já ratificada pelo Brasil.
6. A lentidão dos processos penais tende a se mostrar maior quando o acusado pertence à classe social dominante, o que afeta ainda mais a sensação de impunidade existente no país. Por isso, o atraso na realização da justiça constitui, desde logo, uma violação do direito de acesso aos tribunais, onde se inclui o direito a uma proteção jurídica eficaz e em tempo útil, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro.
7. A lentidão na administração da justiça penal viola o direito da *acusação* a um processo de duração razoável. Tal direito já foi reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que decidiu que existem *parâmetros para firmar a violação de tal direito* (complexidade do assunto, atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais), o que impede que haja total arbitrariedade judicial.
8. O amplo acesso aos tribunais implica necessariamente na garantia de um acesso *eficaz* à prestação jurisdicional. Justiça tardia é denegação de justiça: a sentença final deve ser obtida de forma temporalmente adequada. Por esse motivo, a Convenção Americana de Direitos Humanos atribui a toda pessoa, em processos civis, trabalhistas, fiscais ou “*de qualquer outra natureza*”, direito de ser processada “*dentro de um prazo razoável*”.
9. É de se aplaudir o novo inciso do rol do artigo 5º da Constituição, no bojo da chamada “Reforma do Judiciário”, em tramitação no Congresso Nacional desde 1996, que combate a morosidade nos processos e tem a seguinte redação: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” .
10. O direito de acesso ao Judiciário do Ministério Público somente restará plenamente assegurado quando, além de reformas pontuais no sistema processual penal, sejam efetuadas também alterações significativas nas principais características do sistema judicial, especificamente a sua estrutura burocrática e a auto-regulação corporativa.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Dicken William Lemes Silva

“Com relação às grandes aspirações do homem, estamos já muito atrasados. Tentemos não aumentar esse atraso com a nossa desconfiança, com a nossa indolência, com o nosso cepticismo. Não temos tempo a perder. A história, como sempre, mantém sua ambigüidade avançando em duas direções opostas: em direção à paz ou em direção à guerra, em direção à liberdade ou em direção à opressão. O caminho da paz e da liberdade certamente passa pelo reconhecimento e pela proteção dos direitos do homem (...). Reconheço que o caminho é difícil. Mas não há alternativas.” *Norberto Bobbio*

Sumário: 1. Introdução; 2. Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal brasileira de 1988; 3. Hermenêutica constitucional e normas decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos; 4. Conclusões.

1 Introdução

A questão da implementação dos direitos humanos no Brasil tem merecido uma atenção especial, alcançando, nos dias atuais, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, um nível nunca antes experimentado. Os temas jurídicos relacionados e abordando a problemática da implementação de direitos humanos são cada vez mais explorados, tanto pelos doutrinadores quanto nos tribunais pátrios, resultando numa respeitável, embora ainda escassa, produção jurídica a propósito.

Dentro do contexto acima apresentado, um tema de grande importância reside na questão da incorporação ao Direito brasileiro das normas decorrentes dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil após a vigência da Constituição Federal de 1988. As inovações então introduzidas no cenário jurídico nacional têm gerado posições antagônicas e conflitantes, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional, nas produções jurídicas nacionais, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais.

No presente trabalho, a abordagem do tema passará, primeiro, pela análise questões relativas aos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, como meio de implementação de direitos humanos no Brasil, verificando a hierarquia com que são recepcionados, a posição da doutrina nacional, bem como do Supremo Tribunal Federal, e os seus reflexos no ordenamento jurídico nacional.

Antecedendo as conclusões, a abordagem será direcionada à questão da hermenêutica constitucional do referido artigo 5º, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal de 1988, em especial com a verificação dos métodos contemporâneos de interpretação da Constituição, que elevam os princípios constitucionais à condição de diretrizes hermenêuticas da atividade interpretativa¹. Tal verificação, além da abordagem teórica, deverá ser procedida na identificação dos métodos hermenêuticos empregados pelas correntes jurídicas que se confrontam no enfrentamento da questão que é objeto de análise neste artigo.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 129.

2 Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal Brasileira de 1988

A questão da incorporação no Direito brasileiro das normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ganhou, com a Constituição Federal de 1988, uma dimensão nova, na medida em que dispôs o seu artigo 5º, parágrafo 2º: “Art. 5º – (...) § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tal dispositivo constitucional decorreu do processo de implementação dos direitos humanos no Brasil, com a adesão do país ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que, a partir de meados da década de 1980, o país vivenciou um amplo processo de redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse período, presenciamos a ratificação de importantes tratados internacionais de proteção de direitos humanos, como, por exemplo, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20.7.1989), os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos ratificados em 24.1.1992), e a Convenção Americana de Direitos Humanos (25.9.1992).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 expressamente atribuiu às normas decorrentes de tratados de direitos humanos de que o Brasil seja parte a hierarquia de norma constitucional (5º, §§ 1º e 2º). Além disso, consagrou-se ali, em relação à República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade humana como princípio fundamental (1º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais (4º, inc. II).

Essa nova configuração do Direito Constitucional brasileiro insere-se dentro de uma tendência mundial, pois diversos países também inseriram em suas Constituições dispositivos semelhantes ao citado parágrafo 2º do artigo 5º da CF brasileira, tais como Portugal (art. 16º, 1 e 1 da Constituição portuguesa de 1976), Alemanha (art. 25 da Constituição da Alemanha, com emendas até dezembro de 1983), Nicarágua (art. 46 da Constituição da Nicarágua, de 1987), Chile (art. 5º, II, da Constituição chilena, decorrente de reforma constitucional de 1989), Colômbia (art. 93 da Constituição da Colômbia, de 1991) e Argentina (art. 75,22, decorrente de reforma de 1994 da Constituição argentina), dentre outros. Aliás, no dispositivo acima referido, a Argentina chegou a explicitar que “determinados tratados e instrumentos de direitos humanos, nele enumerados, têm ‘hierarquia constitucional’.”²

Antônio Augusto Cançado Trindade, a propósito do mesmo tema, disse o seguinte: “O disposto no artigo 5(2) da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial e diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem 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 caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da

2 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São José/Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia e Governo da Suécia, 1996. p. 210.

Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.”³

No Brasil, contudo, duas correntes se confrontam no âmbito da interpretação do referido dispositivo. A primeira, mais antiga (tem como expoentes, por exemplo, Manoel Gonçalves F. Filho⁴ e Alexandre de Moraes⁵), equipara as normas decorrentes de tais tratados de direitos humanos às leis ordinárias, realizando uma interpretação sistemática da Constituição (art. 102, III, “b”, da CF, competência ao STF para julgar recurso extraordinário de decisão que tenha julgado tratado internacional inconstitucional), afirmando que o processo de incorporação desses tratados é discrepante daquele estabelecido para emenda constitucional e, finalmente, que considerar tais normas com hierarquia constitucional viola o dispositivo constitucional definidor de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF), pois o tratado poderia perder a vigência por simples denúncia, decorrente de ato do Presidente da República.

A segunda corrente, mais recente (defendida principalmente por Flávia Piovesan, Cançado Trindade e Celso D. de Albuquerque Mello⁶), atribui a tais normas a hierarquia constitucional. Tal conclusão, entretanto, também se alcança com base na interpretação sistemática, mas incorporando-se elementos teleológicos, além de outros derivados da hermenêutica constitucional contemporânea, na medida em que se visualiza a Constituição como sistema normativo que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta (ou seja a Constituição como uma ordem concreta de valores a orientar a interpretação constitucional por tais valores éticos compartilhados).

Além disso, importante destacar, dentre os argumentos defendidos por essa segunda corrente, a visão doutrinária constitucional, segundo a qual as normas de direitos humanos caracterizam-se como normas materialmente constitucionais, com fundamento no que J. J. Gomes Canotilho chama, analisando a “Constituição material”⁷, de “critério substancial ou material”⁸, o que redundaria na materialidade constitucional das normas de direitos

3 CANÇADOTRINDADE, Antônio Augusto. *Tratados de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1, p. 407-408.

4 “Assim sendo, as normas do Pacto de São José da Costa Rica, a que adere o Brasil, não prevalecem sobre o direito constitucional positivo brasileiro. Têm apenas a força de lei ordinária. (...) Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos ‘fundamentais’, estes 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.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99).

5 “Deve-se, pois, sempre ter-se em mente as palavras do Min. Celso de Mello, em discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, quando afirmou que ‘O respeito à supremacia da Constituição: eis o ponto delicado sobre o qual se estrutura o complexo edifício institucional do Estado democrático e no qual se apóia todo o sistema organizado de proteção das liberdades públicas’ (Diário de Justiça, Seq. I, 13.8.1997, p. 36.563) (...). Conclui-se, portanto, pela supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados internacionais, mesmo que devidamente ratificados, e plena possibilidade de seu controle de constitucionalidade.” (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos e fundamentais: teoria geral – Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e jurisprudência*). São Paulo: Atlas, 1997. p. 294-295).

6 “Pode-se acrescentar com fundamento na maravilhosa obra de Flávia Piovesan que o artigo 5º § 2º da Constituição Federal dá aos tratados sobre direitos humanos o status de norma constitucional. Confesso que o D. Internacional para mim é supraconstitucional. É preciso que o D. Interno na sua totalidade o respeite e só assim haverá uma proteção do homem contra o seu próprio estado.” (MELO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 38).

7 “(...) constituição material, isto é, o conjunto de forças – sociais, partidárias, culturais, econômicas e religiosas – que transportam determinados interesses, valores ou mundividências, decisivamente condicionadores do ‘conteúdo’ do pacto fundador.” (CANOTILHO, J. J. Gomes *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 48).

8 “O critério substancial ou material considera o conteúdo de norma, independentemente de ela ser ‘produzida’ ou não por uma ‘fonte constitucional’. Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da constituição? O conteúdo da constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há reserva de constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo poder constituinte (...). Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram

fundamentais e na concepção do dispositivo em análise (similar a dispositivo contido na Constituição Portuguesa – 16º, 1 e 1 da Constituição portuguesa de 1976), conforme enfatizado por Jorge Miranda com “cláusula aberta”⁹. É o caso das normas decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos incorporadas ao Direito brasileiro (§ 2º do art. 5º da CF – topograficamente situado no respectivo Título II – Direitos e Garantias Fundamentais).

Assim, essa segunda corrente rebate o argumento de que a interpretação correta pertinente ao tema pode ser apenas a sistemática, despida das considerações acima expostas.

A propósito, Flávia Piovesan, após qualificar a Constituição de 1988 como um marco jurídico da transição democrática e como instrumento de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, tece esclarecedores comentários sobre as inovações constitucionais pertinentes aos tratados internacionais de direitos humanos, expressando-se da seguinte forma:

“O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do artigo 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos (...). A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacional de que o Brasil seja signatário. (...). Esta conclusão advém da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.”¹⁰

Comentando o referido dispositivo, Carlos Weis diz que: “Neste caso verifica-se que o parágrafo 2º do artigo 5º reconheceu como fontes de normas de direitos humanos os princípios constitucionais e os tratados internacionais. Estes, se não se integram formalmente à Constituição, materialmente devem ser tratados como de hierarquia superior às leis ordinárias e equivalentes às previsões da Carta Política”¹¹. Com tal formulação, o referido autor também rebate as conclusões da corrente mais antiga, pois não se vislumbram corretos os argumentos pertinentes à rigidez constitucional ou ofensa a cláusula pétrea, visto que não há integração dos tratados internacionais ao Direito brasileiro, que passa a ser visto como fonte de normas de direitos humanos, conforme salientado, materialmente constitucionais.

consideradas matérias constitucionais *par excellence*, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos e liberdades e garantias (...).” (Ibidem, p. 68).

9 “O n. 1 do artigo 16 da Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o artigo 16, n. 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 4, p. 153, apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 86).

10 PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAUT, Carlos E. de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 128-129.

11 WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 28.

Observe-se que a abordagem acima destacada escapa da divergência tradicional entre monistas e dualistas, na medida em que se visualiza o Direito Internacional dos Direitos Humanos como fonte de direitos subjetivos aplicáveis e exigíveis internamente, sem que se integrem ao Direito interno.

Além disso, é indispensável destacar a abordagem de Cançado Trindade quando, em vista do confronto entre tais normas, oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e normas internas, defende o critério de aplicação da norma mais favorável à vítima de violação de direitos humanos. A propósito, diz o referido autor o seguinte:

“A tese que sustento, como o venho fazendo já por mais de vinte anos em meus escritos, é, em resumo, no sentido de que – *primeiro*, os tratados de direitos humanos, que se inspiram em valores comuns superiores (consubstanciados na proteção do ser humano) e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, têm caráter especial que os diferenciam dos demais tratados, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-partes e são por estes próprios aplicados – com todas as consequências jurídicas que daí advêm nos planos do direito internacional e do direito interno; *segundo*, o direito internacional e o direito interno mostram-se em constante interação no presente contexto de proteção, na realização do propósito convergente e comum na salvaguarda dos direitos do ser humano; e, *terceiro*, na solução de casos concretos, a primazia da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna.”¹²

Também no STF, a questão tem se revelado controvertida, especialmente na questão da prisão civil por dívida, vedada em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a saber Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica, mas excepcionalmente admitida nas hipóteses do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Por exemplo, no HC n. 73.044-SP (rel. Min. Maurício Correa, j. 19.3.1996, DJU, de 20.9.96, p. 34.534), entendeu-se que “os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (...) não minimizam o conceito de soberania popular do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”, considerando-se, portanto, tais normas com hierarquia infraconstitucional. Tal orientação ainda é predominante no STF, conforme se extrai do teor de diversos julgados a propósito do tema (AgrAC n. 186924/MG, j. 15.5.1997; HC n. 77.631-SC, DJU, de 19.8.1998, dentre outros).

Por outro lado, em recente julgado do STF (RHC n. 79.785-RJ), que teve como relator o esclarecido Min. Sepúlveda Pertence, pode-se perceber o avanço e o impacto que tem alcançado a corrente mais recente acima referida, na medida em que, embora não conceba a hierarquia constitucional às referidas normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos, visualiza-as com hierarquia superior à das leis ordinárias. Com efeito, assim se expressou o relator:

“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 (cf. Hans Kelsen, Teoria geral, cit., p. 255).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados que alude o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito o seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos”.

12 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAUT, Carlos E. de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 9-10.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.g., *Memorial*, cit. ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção de direitos humanos, in E. Boucaut; N. Araújo (org.), *Os direitos humanos e o direito interno*) – 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.”¹³

Analisando a questão da prisão civil por dívida no Brasil, conclui Flávia Piovesan que a mesma caracteriza-se como um conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, cuja solução, segundo argumenta, deve passar pela adoção do critério da norma mais favorável à vítima, pois “se o Brasil ratificou estes instrumentos sem qualquer reserva no que tange à matéria (...) atendo-se ao critério da norma mais favorável à vítima no plano de proteção dos direitos humanos, conclui-se que merece ser afastado o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel”.¹⁴

Como visto, a discussão da questão em análise passa a ocupar posição de destaque no cenário jurídico nacional, perdendo força a visão que simplesmente limita-se a equiparar as normas decorrentes de tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Em sentido oposto, cresce em importância a tese defendida pela corrente contrária, que promove a abordagem crítica do princípio da primazia dos direitos humanos como paradigma e referência, em especial no enfoque da hermenêutica constitucional, para os operadores do Direito no processo de incorporação, pelo Brasil, dos tratados internacionais de direitos humanos.

Dessa forma, torna-se imprescindível uma abordagem, ainda que breve, do tema pertinente à hermenêutica constitucional. Em especial da hermenêutica das normas decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte. É essa a questão em análise no próximo tópico.

3 Hermenêutica constitucional e normas decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos

Realçando a diferença entre hermenêutica e interpretação, Carlos Maximiliano destaca que interpretação é a aplicação da hermenêutica, sendo que esta (hermenêutica) descobre e fixa os princípios daquela (interpretação), findando por concluir que a “Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.¹⁵

Pois bem, a interpretação jurídica sofreu grandes modificações na sua teoria científica, ou seja, na sua hermenêutica, ao longo dos períodos identificados por Boaventura de Sousa Santos¹⁶, em análise que realiza acerca do que denomina de “tensão entre regulação e emancipação” no Direito moderno. Com efeito, o referido autor pontua concepção de Direito em três períodos distintos, quais sejam: a) período da recepção do Direito romano; b) período do Direito natural racionalista; e c) período das teorias do contrato social.

Tais períodos refletem a mudança de concepção dos direitos humanos e fundamentais, desde o paradigma da modernidade e a contemporânea transição paradigmática que vivenciamos, sem dúvida influenciando, sobremaneira, a hermenêutica jurídica e constitucional,

13 Trecho extraído do *Informativo STF*, Brasília, n. 187, p. 4, 10.5.2000.

14 PIOVESAN, Flávia, A Constituição brasileira de 1988 e os tratados ..., cit., p. 136-137.

15 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1.

16 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência – Para um novo senso comum – A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 120-188.

em especial dos direitos fundamentais. Assim, é correto afirmar que a “interpretação dos direitos fundamentais vincula-se a uma teoria dos direitos fundamentais, que, por sua vez, se entrelaça a uma Teoria da Constituição. Ambas as teorias entrelaçam-se a uma concepção de Estado, de Constituição e de cidadania, consubstanciando uma ideologia”.¹⁷

Manoel Messias Peixinho, promovendo uma síntese¹⁸ das principais correntes de interpretação ligadas aos métodos clássicos de interpretação da lei, destaca que o estudo de tais métodos centra-se na verificação de que eles “surgiram buscando compreender o fenômeno jurídico e os seus resultados político-sociais”.¹⁹

Apesar das importantes contribuições desses métodos clássicos de interpretação da lei para a hermenêutica jurídica, como, por exemplo, no sentido de se permitir o recurso aos elementos literal, lógico, histórico, teleológico, sistemático, ou mesmo o recurso aos instrumentos de integração normativa (art. 4º do Código Civil brasileiro); tais métodos revelam-se insuficientes para a específica hermenêutica constitucional contemporânea, em particular dos direitos fundamentais.

Assim, pondo em realce que o objeto da interpretação tradicional é o texto da norma formalmente prescrita, na medida em que, nesse positivismo identifica-se o direito com o texto escrito, numa redução do universo jurídico ao universo lingüístico, na concepção da interpretação jurídica como análise da linguagem legal, o que se verifica é que revela-se:

“inevitável a superação da interpretação tradicional que identifica o direito com o conteúdo da lei, impondo-se, conseqüentemente, duas conclusões. A primeira é que o enunciado verbal da lei não se esgota num sentido ‘gramatical’ ou lingüístico agregado de outro sentido jurídico. A segunda quer dizer que o sentido das expressões jurídicas só pode ser determinado a partir de sua própria indeterminação. Quer dizer, é impossível descobrir o conteúdo verbal da norma sem se levar em conta o seu conteúdo jurídico (...) a conseqüência da identificação do direito e forma consistiu, no pensamento jurídico, num afastamento da realidade social (...). A concepção, pois, de um direito despolitizado, fez com que surgissem diversas correntes metodológicas que procuraram forjar um discurso de superação da interpretação tradicional, inserindo o intérprete como criador do direito e partícipe da realidade em que vive. Ou seja, a interpretação entendida sempre como recriação e inserção no mundo comprometido com a intencionalidade e com valores.”²⁰

No mesmo sentido, e destacando a necessidade de dar eficácia aos direitos fundamentais, o que não se obtém a partir da “Velha Hermenêutica”, diz Paulo Bonavides que os “direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado,

17 SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário*: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 145.

18 Elenca, o referido autor, considerando-as como as principais correntes de interpretação ligadas ao método clássico, as seguintes Escolas: *Escola de Exegese*, que “nasce a partir de dois acontecimentos históricos interdependentes: a Revolução Francesa e o conseqüente processo de compilação do Código de Napoleão (...). O postulado fundamental defendido pela Escola da Exegese é que o Direito se revela nos textos das leis escritas, promanadas do Estado, gerando direitos e obrigações, podendo tudo prever e prover”; *Escola Histórica*, “fundada por Friedrich Carl Von Savigny em meados do século XIX, na Alemanha (...). As teorias da Escola Histórica viam o Direito como um produto da história (...) a história e a sociedade são, na essência, mutáveis (...) a lei deve ser interpretada para acompanhar a mutabilidade da comunidade a que se destina”; *Escola da Livre Investigação Científica*, que “surgiu na França, tendo como principal teórico François Geny (1861-1959) (...). O jurista deve procurar a solução dentro do Direito, numa hierarquia de fontes (...) o juiz estaria autorizado a decidir *praeter legem* e não somente *secundum legem*, porém, jamais *contra legem*”; *Escola do Direito Livre*, “surgiu na Alemanha, em 1906. É uma reação à lógica do Direito Positivo (...) ‘(...) devendo prevalecer o direito justo, tanto na falta de previsão legal (*praeter legem*) ou contra a própria lei (*contra legem*)’.” (PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 17-20).

19 Idem, p. 17.

20 Idem, Ibidem, p. 55-59.

quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido. (...) Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica”.²¹

Sintetizando o trabalho de Paulo Bonavides, em relação à interpretação dos direitos fundamentais e à nova hermenêutica, Mário Lúcio Quintão Soares esclarece o seguinte: “nova hermenêutica jurídica procura demonstrar a ineficácia de intervenções, assentes na metodologia clássica do positivismo e em seu dedutivismo formalista, na esfera interpretativa dos direitos fundamentais ou das cláusulas constitucionais. Esta demonstração facultou: a criação científica de um novo Direito Constitucional; a formação de uma teoria material da Constituição distinta dos conceitos jusnaturalistas e das limitações do positivismo formalista; a abertura do Direito Público a novas investigações interpretativas; a elaboração de teorias hermenêuticas pertinentes à interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais; a inserção do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais do Direito; a pluridimensionalidade e a plurifuncionalidade dos direitos fundamentais; a expansão normativa do Direito Constitucional a todos os ramos do Direito. A matériaprima desta nova hermenêutica é a própria teoria material da Constituição com seus valores e princípios. Assim, o Direito Constitucional desenvolveu hermenêutica própria, acolhendo, no plano jurídico, as considerações axiológicas, afastando, por incompatíveis, as metodologias clássicas (Bonavides, op. cit., 536 *et seq.*)”²²

Pois bem, após salientar que a interpretação própria da Constituição é tema de discussão e elaboração recente, pois somente a partir da década de 1950, com o trabalho de juristas alemães é que se observa o início da ascensão da hermenêutica no campo do Direito Constitucional, Manoel Messias Peixinho reconhece que “a sistematização de um método ou dos métodos de interpretação constitucional ainda não alcançou a maturidade que é necessária”²³. Entretanto, prossegue o referido autor apresentando uma análise do que considera os principais métodos ligados à nova hermenêutica²⁴, quais sejam: 1) método tópico-problemático; 2) método hermenêutico-concretizador, vinculado aos seguintes princípios auxiliares da interpretação concretizante (expostos por Canotilho): 2.1) princípio da unidade da Constituição; 2.2) princípio do efeito integrador; 2.3) princípio da máxima efetividade; 2.4) princípio da conformidade funcional; 2.5) princípio da concordância prática; 2.6) princípio da força normativa da Constituição; 2.7) interpretação conforme a Constituição; 3) método científico-espiritual de interpretação; 4) metódica jurídico-normativo-estruturante.

Da análise dos referidos métodos da hermenêutica constitucional contemporânea, aliados à doutrina norte-americana²⁵, pode-se extrair a constatação de que uma das gran-

21 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 523.

22 SOARES, Mário Lúcio Quintão, *Direitos fundamentais e direito comunitário ...*, cit., p. 145-146.

23 PEIXINHO, Manoel Messias, *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*, cit., p. 67.

24 Ibidem, p. 72-92. A propósito do tema, na literatura nacional o trabalho, além de pioneiro, mais completo, parece ser o de Paulo Bonavides (ob. cit., p. 398-473 e 532-588), merecendo destaque também os trabalhos de Inocêncio Mártires Coelho (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 15-99); BASTOS, Celso Ribeiro (*Hermenêutica e interpretação constitucional*, cit.); SOARES, Mário Lúcio Quintão (ob. cit., p. 145-170); VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade (*Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000); BARROSO, Luís Roberto (*Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998); ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de (*Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998).

25 “Tem por cânones interpretativos as “correntes interpretativas e não-interpretativas (...). Doutrinas dos poderes implícitos (...) que se fundamenta no axioma que dita que onde se pretende o fim se autorizem os meios

des inovações, juntamente como princípio da proporcionalidade, na dogmática dos direitos fundamentais, segundo Dieter Grimm²⁶, é a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, da qual derivam inovações constitucionais que não podem ser olvidadas no processo de hermenêutica constitucional contemporâneo. A propósito, esclarece Paulo Bonavides o seguinte:

“Resultaram já da dimensão jurídico-objetiva inovações constitucionais de extrema importância e alcance, tais como: a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais (...) a rigor a todas as províncias do Direito (...); b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três poderes (...); d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com a perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*) (...); g) a aquisição de um ‘duplo caráter’ (...) direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva (...) e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitiço, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório (...); h) a elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional (...); i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante (...); e j) a introdução do conceito de pré-compreensão (*Vorverstiindnis*), sem o qual não há concretização.”²⁷

Nessa mesma linha, importante ressaltar o conjunto de idéias defendidas pelos representantes do constitucionalismo comunitário brasileiro, conforme expressão de Gisele Cittadino²⁸. Explica essa autora, após afirmar (na análise do debate teórico travado no âmbito da filosofia política contemporânea) a circunstância de se tratar o pluralismo de uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas, que o constitucionalismo comunitário brasileiro deriva, em certa medida, do debate constitucional contemporâneo travado nos Estados Unidos (interpretativistas x não-interpretativistas) e na Alemanha (metodologia estritamente jurídica da hermenêutica constitucional x método científico-espiritual, nova hermenêutica), por força e influência do pensamento constitucional português e espanhol. A propósito do constitucionalismo comunitário no Brasil, diz Gisele Cittadino, o seguinte:

“A Constituição Federal de 1988, que converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia, é certamente a principal referência da incorporação desta linguagem de direitos. (...). Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto. (...). Com efeito, recusando a concepção de direitos públicos subjetivos, que constituíam um conceito técnico-jurídico do Estado liberal preso à concepção individualista do homem, os constitucionalistas ‘comunitários’ preferem adotar a expressão direitos fundamentais do homem, que designa, no nível do direito

(...). Regras fundamentais do direitos constitucional americano * Regra da proteção dos direitos individuais (...)

* Regra do devido processo legal (...) Regra do razoável (...) as leis que imponham sacrifícios não razoáveis infringem o princípio da justiça e são inconstitucionais. * Regra da igualdade de direito à proteção legal (...).” (VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 135-137).

26 Apud BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 540.

27 BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 541-542.

28 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 4.

positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas. (...). Desta forma, enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação.²⁹

Por fim, importante realçar a posição, harmoniosa com as idéias do chamado constitucionalismo comunitário brasileiro, adotada, tanto por Flávia Piovesan, mencionada no tópico anterior deste trabalho, como por Rogério Gesta Leal e Ingo W. Sarlet.

Concordando com Flávia Piovesan, Rogério Gesta Leal diz que:

“A partir da Constituição de 1988, a incorporação direta dos tratados de direitos humanos, ratificados pelo país no ordenamento jurídico pátrio, vai buscar fundamentação sistêmica na disposição constitucional do artigo 5º, parágrafo 1º, evidenciadora do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, sem que se faça necessária a confecção de ato jurídico complementar à sua exigibilidade, e mesmo sem que se possa diminuir ou negar sua eficácia em face da norma jurídica infraconstitucional com ela incompatível (...). De igual sorte, os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, numa perspectiva emancipadora, devem ser tidos como instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito que se pretende constituir, em permanente processo de perfectibilização, ampliando, estendendo e integrando o rol dos direitos constitucionais assegurados, buscando sempre a aplicabilidade e concretização daquela disposição normativa, interna ou externa, que privilegie e priorize o sujeito do direito violado.”³⁰

Já Ingo Wolfgang Sarlet, realçando a condição específica de direitos materialmente fundamentais das normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos, endossa a tese da hierarquia constitucional das mesmas, entretanto admitindo, na pior das hipóteses, a superioridade delas apenas em relação às demais normas infraconstitucionais, na linha defendida por Sepúlveda Pertence no trecho de julgado do STF (RHC n. 79.785-RJ), transcrito anteriormente. Diz o referido autor o seguinte:

“A tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos materialmente fundamentais e não remetê-los a um plano idêntico às leis ordinárias, há de admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, inobstante sucumbente entre nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.”³¹

Pois bem, avaliando-se o instrumental de inovações fornecidas pela nova hermenêutica – “a hermenêutica constitucional, basicamente indutiva, onde se aplica com frequência o princípio da proporcionalidade e que gera conceitos novos quais os de ‘concordância prática’, ‘pré-compreensão’ e ‘concretização’”³², e tendo como premissa que os “direitos fundamentais são a bússola das Constituições”³³, além de que o “conceito de concretização é surpreendente por sua importância, utilidade e aplicabilidade na solução de questões constitucionais de direi-

29 CITIADINO, Gisele, ob. cit., p. 12-19.

30 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 211-212.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 132-133.

32 BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 585. 33 Idem, p. 553.

33 Idem, p. 553

tos fundamentais e por indicar com nitidez o traço que separa as duas hermenêuticas”³⁴, deve-se pôr em relevo o importantíssimo papel do Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Constitucional), na verificação, através da hermenêutica concretizadora³⁵, do núcleo essencial³⁶ das normas de direitos humanos e fundamentais contidas em tratados internacionais, nos casos concretos em que se entrega a prestação jurisdicional.

Diante desses elementos, ao juiz é dado o poder/dever de, em caso de suposta antinomia entre normas-princípios (termo utilizado pela doutrina³⁷ para diferenciação de normas-regras, ambas conservando a qualidade de normas, cada qual com suas especificidades), como parece ser a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da interpretação do artigo 5º, parágrafo 2º da CF, “ponderar e relativizar o peso dos princípios concorrentes (...) optando, afinal, por aquele que, *nas circunstâncias*, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter uma *peso* relativamente maior”³⁸. Entretanto, digna de destaque a observação, segundo a qual, tratando-se “de um método de ponderação de bens *no caso concreto*, é intuitivo que, pelo menos sob esse prisma, não exista uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística, entre os diversos valores e/ou princípios constitucionais, ressalvada – porque axiologicamente fora de cotejo – a *dignidade da pessoa humana* como *valorfonte* de todos os valores, valor *fundante* da experiência ética ou, se preferirmos, como *princípio* e *fim* de toda ordem jurídica”.³⁹

Esses argumentos autorizam a conclusão de que, na interpretação concretizadora, por exemplo, da questão, referida linhas atrás, da prisão civil por dívida, vedada em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a saber Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica, mas excepcionalmente admitida nas hipóteses do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal brasileira de 1988, também é indispensável o exercício dessa ponderação de bens. Caso não se proceda dessa forma, adotando-se uma interpretação exageradamente formalista, porque exclusivamente voltada ao texto legal, poder-se-ia concluir, como fez Gian Paolo Peliciari Sardini, “no sentido de que a partir do ingresso dos dois pactos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro em função de norma constitucional, tais instrumentos passaram a revogar todas as disposições referentes à prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos”.⁴⁰

Observe-se que as hipóteses são diversas, depositário infiel e devedor de alimentos. Portanto, a eventual antinomia de princípios no primeiro caso põe em conflito a proteção do patrimônio com a proteção da liberdade, devendo esta prevalecer sobre aquela. Já no caso do devedor de alimentos, o conflito opera-se pondo em confronto a questão proteção da liberdade do devedor de alimentos, com a questão da proteção da existência e vida digna do respectivo credor de alimentos (geralmente recaindo tal condição em

34 Idem, *Ibidem*, p. 585

35 “O método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a ‘compreensão prévia’ do intérprete e o *problema concreto a resolver*.” (*Ibidem*, p. 440).

36 “(...) existe *um núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.” (CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional*, cil., p. 618, comentando o princípio da salvaguarda do núcleo essencial amparado na Constituição Portuguesa – artigo 18º/3).

37 COELHO, Inocêncio Mártires, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, cil., p. 44. 38 *Ibidem*, p. 49.

38 *Ibidem*, p. 49

39 *Ibidem*, mesma página.

40 SARDINI, Gian Paolo Peliciari. A prisão civil por dívidas no direito brasileiro e os direitos humanos. In: BOUCAUT, Carlos E. de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 128-129, p. 335.

crianças, filhas dos devedores de alimentos), obviamente devendo prevalecer a proteção desta última questão, vez que derivada do princípio da dignidade humana, o qual, como visto, caracteriza-se como *valor-fonte* de todos os valores.

Por fim, importante destacar que esse exercício da hermenêutica concretizadora acima proposto tem a vantagem de preservar a “força normativa da Constituição”, conforme ensinamento de Konrad Hesse, nos seguintes termos:

“(…) a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (...). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (...) uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificados em virtude de uma mudança da situação (...). Uma interpretação construtiva é sempre necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.”⁴¹

4 Conclusões

A superação das divergências em torno das questões que envolvem a inovação constitucional do artigo 5º, parágrafo 2º da CF deve passar, necessariamente, além dos postulados da nova hermenêutica, pelo exercício da interpretação criativa por parte dos juízes, em vista da preservação da força normativa da Constituição, tendo como parâmetro o critério de aplicação da norma mais favorável à vítima de violação de direitos humanos.

Com efeito, resulta clara a natureza de vetor interpretativo (na interpretação criativa) das normas de proteção de direitos humanos, na ponderação de Cançado Trindade⁴², quando sustenta que a defesa dos direitos humanos legitima a tese segundo a qual os tratados de direitos humanos têm caráter especial, não havendo divergência, mas antes interação e convergência no propósito comum de proteção do ser humano, razão pela qual esclarece e afirma que a solução concreta, em casos de violação de direitos humanos, deve privilegiar a norma, seja de origem interna ou internacional, que melhor proteção ofereça à respectiva vítima.

Tal solução, em última análise, representa a consagração do princípio da dignidade humana, conforme salientou Inocêncio Mártires Coelho⁴³, como *valor-fonte* de todos os valores, valor *fundante* da experiência ética ou mesmo como *princípio* e *fim* de toda ordem jurídica.

É nessa perspectiva que resulta inarredável a conclusão de que se deve desenvolver uma efetiva mudança de mentalidade no tocante à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, com o propósito de se ampliar ao máximo o seu alcance.

41 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 22-23.

42 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, cit., p. 9-10.

43 COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, cit, p. 44.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS QUESTÕES DE SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO*

Elvécio Moura dos Santos
Maria Aparecida Gugel

1 O Ministério Público do Trabalho e as suas funções institucionais

De acordo com o artigo 127 da Constituição da República, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ainda conforme a Carta Magna, são funções institucionais do Ministério Público, dentre outras, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição da República).

A seu turno, a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC n. 75, de 20.5.1993), no artigo 6º, inciso VII, alíneas “c” e “d”, ao tratar da competência do *parquet*, atribui-lhe a defesa dos interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos, dentre outros, assegurando-lhe, como instrumento de atuação, o inquérito civil e a ação civil pública.

Especificamente, no caso do Ministério Público do Trabalho, referida Lei Complementar, em seus artigos 83, inciso III, e 84, inciso II, assegura competir a esse ramo do *parquet*, o ajuizamento da ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, podendo, ainda, instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis para assegurar a observância dos direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.

Referidos direitos sociais estão enumerados, em sua maioria, no artigo 7º da Carta Magna, ao longo de seus trinta e quatro incisos, dentre eles, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de segurança, higiene e saúde (inc. XXII), adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (inc. XXIII) e seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (inc. XXVIII).

A seu turno, a Consolidação das Leis do Trabalho impõe a observância, em todos os locais de trabalho, das normas de segurança e saúde no trabalho, quer estejam previstas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, quer sejam oriundas de convenções coletivas de trabalho (art. 154).

* Palestra proferida no “IV Congresso Nacional sobre Condições e Meio Ambiente do Trabalho na Indústria da Construção” e no “II Seminário sobre Condições e Meio Ambiente do Trabalho na Indústria da Construção nos Países do Mercosul”, realizado pela FUNDACENTRO, em Goiânia - GO, no período de 24 a 27.4.2001.

Ao Ministério do Trabalho e Emprego cabe a regulamentação da matéria inerente à segurança e à saúde no trabalho, o que é feito por meio das conhecidas Normas Regulamentadoras (NRs), aprovadas pela Portaria n. 3.214, de 8.6.1978.

2 Dos interesses e direitos tutelados pelo Ministério Público

Os interesses e direitos tutelados pelo Ministério Público são de três ordens, a saber: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Tais direitos e interesses estão conceituados no Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, da Lei n. 8:078/90), a saber:

2.1 - *interesses ou direitos difusos* são aqueles de natureza transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. À guisa de exemplo, temos a falta de concurso público na contratação de empregados pela Administração Pública, bem como a discriminação imposta pelo empregador no ato da contratação de empregados, ou durante a relação de emprego em razão do sexo, origem, raça, cor, estado civil, crença, situação familiar ou idade.

2.2 - *interesses ou direitos coletivos* são 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. A título de exemplo, podemos citar a falta de segurança no meio ambiente de trabalho, ou o descumprimento sistemático de direitos trabalhistas.

2.3 - *interesses ou direitos individuais homogêneos* são aqueles que decorrem de uma origem comum relativos a fato ocorrido num determinado tempo. A despeito de serem perfeitamente determináveis os indivíduos envolvidos, não são, em sua essência, direitos individuais, mas subespécie de direitos coletivos, como, por exemplo, a dispensa coletiva de um determinado grupo de trabalhadores.

3 O Ministério Público do Trabalho e a defesa da saúde e da segurança no meio ambiente de trabalho

Uma das maiores preocupações do Ministério Público do Trabalho atualmente é com a questão da saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, pois a verdadeira “guerra” que está a ceifar milhões de vidas de trabalhadores não está sendo travada no *front* armado de nenhuma batalha envolvendo exércitos convencionais, mas na calada dos postos de trabalho no interior das empresas, nos mais variados segmentos da atividade econômica, quer seja industrial, comercial ou de serviços.

Os números envolvendo baixas de trabalhadores são típicos de uma verdadeira guerra de dimensões globais pois, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho – OIT, relativos ao ano de 1999, nada menos que 250 milhões (uma vez e meia a população brasileira) de acidentes ocorrem anualmente no mundo, causando a morte de cerca de um milhão de trabalhadores por ano, aproximadamente 3.000 vítimas fatais por dia, ou seja, 2 mortes por minuto.

Como se vê, é um verdadeiro absurdo constatar que o trabalhador perde a vida justamente no local onde ele vai buscar o sustento para garantir a sobrevivência sua e da sua família.

Atento a esse quadro e buscando defender o completo estado de bem-estar físico, social e mental do trabalhador, o Ministério Público do Trabalho tem buscado manter o meio ambiente de trabalho o mais hígido e seguro possível, adotando todas as providências necessárias para afastar ou minimizar os riscos à saúde e à integridade física dos trabalhadores.

Na preservação da saúde e da segurança no meio ambiente do trabalho, o Ministério Público do Trabalho busca o cumprimento, por parte de empregados e empregadores,

das normas que regulamentam essa questão, especialmente quanto às seguintes obrigações legais, dentre outras:

a) fornecimento, instrução e efetivo uso dos Equipamentos de Proteção Individual – EPIs (arts. 157, II e 158, I e 166, todos da CLT, e item 6.2, “a”, da NR-06, aprovada pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

b) constituição e funcionamento das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes – CIPAs, compostas de representantes eleitos pelos empregados e indicados pelo empregador, de acordo com o número de empregados da empresa ou estabelecimento e com grau de risco (art. 163, CLT e item 5.1, da NR-05, aprovada pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

c) constituição e funcionamento dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho – SESMTs, constituídos por médicos do trabalho, engenheiros de segurança do trabalho, enfermeiros do trabalho, técnicos de segurança do trabalho e auxiliares de enfermagem do trabalho (art. 162 da CLT e item 4.1, da NR-04, aprovada pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

d) existência e implementação de Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO (art. 168 da CLT e subitem 7.3.1, “a”, NR-07, aprovada pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

e) existência e implementação de Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e Programa de Condições sobre o Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção – PCMAT (art. 157, I, CLT; subitem 9.1.1, da NR-09 e subitem 18.3.3, da NR-18, aprovadas pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

f) pagamento de adicional para trabalho perigoso ou insalubre (arts. 192 e 193 da CLT e Lei n. 7.369/85, item 15.2, da NR-15 e item 16.2, da NR-16, aprovadas pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

g) existência de local apropriado para as refeições dos trabalhadores, instalações sanitárias adequadas, separadas por sexo, dotadas de chuveiros, lavatórios, vestiários e armários individuais (arts. 157, incisos I e III e 200 inciso VII, ambos da CLT e NR-24, aprovada pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

h) fornecimento de água potável e de copos descartáveis (art. 157, III, CLT e subitem 24.3.1; 24.6.3; 24.1.26; 24.1.2.1 e 24.1.2.12, da NR-24, aprovada pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

i) existência de guarda-corpos e de outros equipamentos de proteção coletiva contra quedas ou acidentes nas edificações (art. 173 da CLT; subitem 8.3.6 da NR-08 e item 18.3 da NR-18, aprovadas pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho);

j) existência de extintores de incêndio portáteis para combate inicial de fogo (art. 157, I, da CLT e subitem 23.12.1 da NR-23, aprovada pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho).

Diante de qualquer irregularidade no cumprimento das normas de saúde e segurança no trabalho, o Ministério Público do Trabalho instaura procedimento preparatório ou inquérito civil público, com o objetivo de fazer com que a empresa infratora ajuste voluntariamente a sua conduta, mediante a assinatura de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TCAC). Caso isso não seja possível, o *parquet* ajuíza ação civil pública perante a Justiça do Trabalho, a fim de fazer cumprir as normas de proteção ao trabalho, sob pena de multa (Lei n. 7.347/85, art. 11).

Outra particularidade na forma de atuar do Ministério Público do Trabalho é a orientação que transmite aos interessados através de audiências públicas, palestras, *workshops* e reuniões setoriais. Fomenta, porque percebe o grande potencial da efetivação de interesses, as parcerias com órgãos de governo, movimentos sociais (fóruns) e sociedade civil organizada, através de protocolos e convênios.

4 Instrumentos de atuação do Ministério Público do trabalho

No exercício de suas funções institucionais, atuando como órgão agente, o *parquet* dispõe dos seguintes meios e instrumentos necessários à efetividade de sua atuação:

4.1 – Instrumentos de atuação extrajudicial

Para desincumbir-se extrajudicialmente de suas funções institucionais, o legislador dotou o Ministério Público de poderes para:

4.1.1 – *instaurar inquérito civil público*, com vistas à apuração de denúncia ou notícia de lesão a interesse difuso ou coletivo (art. 129, III, CR; art. 7º, I, LC n. 75/93);

4.1.2 – *instaurar procedimento administrativo investigatório*, com base em notícia de lesão a interesse difuso ou coletivo (art. 129, IV, CR e arts. 7º, I e 84, II, da LC n. 75/93);

4.1.3 – *notificar testemunhas* e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada (art. 8º, I, LC n. 75/93);

4.1.4 – *requisitar informações, exames, perícias e documentos* necessários ao desempenho do seu mister, tanto a entidades públicas, quanto privadas, podendo, inclusive, requisitar o auxílio de força policial (arts. 7º, II e II e 8º, II, IV e IX, LC n. 75/93);

4.1.5 – *expedir notificações e intimações* necessárias à instrução dos procedimentos e inquéritos que instaurar (art. 8º, VII, LC 75/93);

4.1.6 – *ter acesso incondicional a qualquer banco de dados* de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública (art. 8, VIII, LC 75/93);

4.1.7 – *expedir recomendações* visando à melhoria dos serviços públicos ou ao respeito dos bens e direitos públicos tutelados pelo *parquet* (art. 6º, XX, LC n. 75/93).

4.1.8 – *realizar audiências, inspeções e diligências investigatórias* (art. 8º, V, LC n. 75/93);

4.1.9 – *tomar termos de ajustamento de conduta* às exigências legais (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85).

Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público informação, registro, dado ou documento requisitado, ressalvada a hipótese de sigilo legalmente assegurado, sendo que a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do *parquet* implicarão na responsabilidade de quem lhe der causa.

4.2 – Instrumentos de atuação judicial

Caso seja necessário acionar a Justiça do Trabalho para defender interesse ou direito público, difuso, coletivo ou individual homogêneo, o Ministério Público do Trabalho pode lançar mão das seguintes medidas judiciais:

4.2.1 – *ação civil pública*, com o objetivo de prevenir um dano iminente ou de afastar um ato lesivo, sem objetivar a uma reparação de natureza pecuniária em favor das pessoas lesadas, mas simplesmente no intuito de restaurar a ordem jurídica afrontada (art. 129, III, CR; art. 6º, VII, “a” e art. 83, III, da LC n. 75/93 e art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85);

4.2.2 – *ação civil coletiva*, visando à obtenção de uma reparação pelos danos sofridos individualmente pelas pessoas lesadas (art. 83, I, LC n. 75/93 e art. 91 da Lei n. 8.078/90);

4.2.3 – *ação anulatória* de cláusula de instrumento coletivo (art. 83, IV, LC n. 75/93)

4.2.4 – *dissídio coletivo* de greve (art. 83, VIII, LC n. 75/93; art. 856 da CLT e art. 8º da Lei n. 7.783/89).

4.2.5 – *ação rescisória* nos processos em que deveria intervir como fiscal da lei, ou quando a sentença resultar de colusão entre as partes com o fito de fraudar a lei (art. 487, III, CPC).

4.2.6 – *recursos* das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei (art. 83, VI, LC n.75/93).

5 Responsabilidade do empregador e de seus agentes nos acidentes de trabalho

De acordo com a CLT (art. 157), é dever do empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente e facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Por sua vez, cabe aos empregados a obrigação de observar as normas de segurança e medicina do trabalho (art. 158, I, CLT), sob pena de serem punidos por essa omissão.

Conforme visto acima, ao Ministério Público do Trabalho cabe a adoção das medidas necessárias à preservação do meio ambiente de trabalho, de forma a mantê-lo o mais seguro e hígido possível, obrigando os empregadores por meio de inquérito civil público ou de ação civil pública a cumprirem e a fazerem cumprir as normas relativas à segurança e à saúde no trabalho, sob pena de multa, além de embargo e/ou interdição.

Entretanto, uma vez consumado o sinistro trabalhista, além da eventual obrigação assumida perante o Ministério Público do Trabalho, do acidente podem desencadear diferentes naturezas de responsabilidades, quais sejam: *penal, civil, previdenciária, trabalhista e administrativa*.

5.1 – *Responsabilidade penal*: o empregador ou seus agentes (sócios, gerentes, diretores ou administradores que participem da gestão da empresa) podem ser responsabilizados penalmente, na medida em que o acidente de trabalho sofrido pelo empregado se enquadrar como *contravenção penal* (deixar de cumprir as normas de segurança e saúde do trabalho – art. 19, § 2º, da Lei n. 8.213/91 e art. 343, do Decreto n. 3.048, de 6.5.1999), ou *outro tipo penal mais grave*, como crime de exposição a perigo (art. 132 do Código Penal), crime de lesão corporal culposa (art. 129 do Código Penal) ou crime de homicídio culposo (art. 121 do Código Penal), motivados pelo descumprimento das normas de saúde e segurança no trabalho.

A apuração da responsabilidade penal e a punição dos culpados são atribuições do Ministério Público Estadual que, para tanto, conta com a investigação levada a efeito em inquérito policial. A Autoridade Policial, entretanto, está mais afeita a identificar como crime as ofensas convencionais contra a integridade física e a vida das pessoas, razão pela qual é preciso atentar para que as investigações policiais não concluam por apontar a causa do acidente como sendo por “culpa exclusiva da vítima”. Muitas vezes, no entanto, o sinistro decorre de culpa imputável ao empregador, por não fornecer os equipamentos de proteção individual necessários para neutralizar ou afastar o perigo, não instruir como usá-los, não adotar as medidas de proteção coletiva, enfim, por não cumprir as normas de segurança e saúde no trabalho a que está obrigado.

5.2 – *Responsabilidade civil*: de acordo com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição de 1988, além da obrigatoriedade quanto ao seguro contra acidentes de trabalho, o empregador pode ser responsabilizado civilmente a indenizar o empregado que vier a ser acidentado por dolo ou culpa do patrão. Antes da vigente Constituição, o empregador somente respondia por reparação civil em caso de acidente de trabalho que decorresse de culpa grave. Hoje não mais se perquire sobre a gradação da culpa, podendo ela ser leve ou levíssima. Se imputável ao empregador a omissão no cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, é o quanto basta para responsabilizá-lo.

A ação de reparação de danos decorrentes de acidentes de trabalho pode ser proposta pelo empregado acidentado ou por seus sucessores, cujo pleito é formulado perante a Justiça do Trabalho (art. 114 da Constituição da República), com base artigo 159 do Código Civil, combinado com o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República. Lembramos que a substituição processual prevista no artigo 68 do Código de Processo Penal, em se tratando de ações de reparação de danos decorrentes de acidentes de trabalho (*actio civilis ex*

delicto) não é exercida pelo Ministério Público Estadual, e sim pelo Ministério Público do Trabalho, por força do disposto no artigo 793 da CLT, cuja ação, naturalmente, está afeta à competência da Justiça do Trabalho, conforme se demonstrará mais adiante.

5.3 – *Responsabilidade previdenciária*: em caso de acidente motivado por negligência do empregador quanto ao cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho relativo à proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis, sem prejuízo da responsabilidade civil (Lei n. 8.213/91, art. 120). Como se vê, a responsabilidade previdenciária constitui-se em mais uma forma de punição do empregador, pois ainda que o empregado ou seus dependentes não queiram pleitear a indenização civil a que têm direito, a Previdência Social estará legitimada a buscar na Justiça o ressarcimento da quantia que tiver sido obrigada a desembolsar a título de benefício previdenciário, decorrente de acidente motivado por negligência do empregador.

5.4 – *Responsabilidade trabalhista*: considerando que tanto o empregado quanto o empregador estão obrigados a cumprir as normas relativas à segurança e à saúde no trabalho (arts. 157 e 158 da CLT), ambos podem arcar com responsabilidades decorrentes de sua omissão. Caso seja o empregado que não queira usar os equipamentos e proteção individual, ou seguir as instruções destinadas a evitar acidentes de trabalho, o empregador pode até dispensá-lo por justa causa (art. 158, parágrafo único, CLT).

Por outro lado, se a omissão for do empregador quanto ao cumprimento das normas relativas à segurança e à saúde no trabalho, o empregado pode pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho, com base no artigo 483, incisos “c”, “d” ou “f”, da CLT, sob o fundamento de estar correndo “*perigo manifesto de mal considerável*”, de “*não cumprir o empregador as obrigações do contrato*”, ou de estar sendo ofendido fisicamente pelo empregador ou seus prepostos, respectivamente. Nesse caso, o empregado terá direito de receber todas as parcelas devidas na dispensa sem justa causa, aí incluído o aviso prévio, o FGTS acrescido da multa de 40%, as férias, o 13º salário proporcional, etc. Ademais, o empregado que vier a ser vítima de acidente de trabalho terá garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa (estabilidade provisória), após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente ou de ter ficado com seqüela.

5.5 – *Responsabilidade administrativa*: a fiscalização quanto ao cumprimento das normas relativas à segurança e à saúde no trabalho é feita por Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego, que têm “poder polícia” no desempenho do seu mister.

Assim, no exercício de suas atribuições, os auditores fiscais do trabalho podem impor *multas* e emitir laudo técnico de *interdição* ou de *embargo* de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, em caso de grave e iminente risco para o trabalhador, indicando as providências a serem adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho.

Portanto, o descumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho por parte do empregador pode acarretar-lhe graves conseqüências de natureza administrativa.

6 Competência da justiça do trabalho para conhecer de pedido de indenização decorrente de acidentes de trabalho

De acordo com o artigo 114 da Constituição da República, compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos, entre empregados e empregadores e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

A seu turno, o artigo 109, I e parágrafo 3º, da Constituição da República, dispõe que as causas decorrentes de acidente de trabalho ajuizadas em face do Órgão de Previdência Social são processadas e julgadas perante a Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, sempre que a comarca não seja sede de Vara do Juízo Federal.

Fruto de equivocada interpretação desse último dispositivo constitucional, *data venia*, uma corrente doutrinária passou a defender a tese no sentido de que qualquer causa que tenha por objeto acidente de trabalho seja da competência da Justiça Comum Estadual.

Ao dispor, na Súmula 15, que “*competete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho*” o STJ, *data venia*, além de não pacificar a questão, apenas agravou a injustificável celeuma a respeito do tema. De fato, pois em tendo a referida súmula sido editada a pretexto de esclarecer a exceção constante do artigo 109, parágrafo 3º, CR, no sentido de que as causas acidentárias em que for parte o Órgão da Previdência Social serão processadas e julgadas pela Justiça Estadual, e não pelos Juízes Federais, omitiu justamente a referência à autarquia previdenciária.

Na verdade, o que se tem feito é uma inescusável confusão entre *ação acidentária* e *ação trabalhista*. Na *ação acidentária*, demandado é o Órgão da Previdência Social, tendo como objeto prestações por acidente de trabalho, caso em que competente é a Justiça Comum, conforme dispõe o artigo 19, inciso II, da Lei n. 6.367/76. Na *ação trabalhista*, a seu turno, o que se busca é uma reparação a cargo do empregador, decorrente de acidente de trabalho de que foi vítima o empregado, por dolo ou culpa do patrão.

Assim, se o pleito de indenização for formulado em face do empregador por dolo ou culpa deste (art. 7º, XXVIII, CR), decorrente do descumprimento de normas de segurança e saúde no trabalho (art. 157, I, CLT), não há dúvida de que a competência para dele conhecer e julgar será da Justiça do Trabalho, pois essa é a regra geral da competência material trabalhista constante do artigo 114, CR (dissídios entre trabalhadores e empregadores), de modo que as exceções devem ser tratadas como tais.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já firmou o seu entendimento no sentido de que basta a existência de dissídio entre o trabalhador e o empregador, decorrente da relação de trabalho, para determinar a competência da Justiça do Trabalho, nada importando que deva ser resolvido com base nas normas do Direito Civil, conforme se pode ver pelo seguinte aresto:

“Ementa. Indenização por Dano Moral. Justiça do Trabalho. Competência

Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.” (STF – RE n. 238.737.4, Ac. 1ª T, 17.11.1998, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

No caso que fundamentou a ementa supra, a Turma conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, para declarar ser da competência da Justiça do Trabalho para julgar o litígio em questão, por tratar-se de dissídio entre empregado e empregador, decorrente da relação de trabalho, o que basta, conforme o artigo 114 da Constituição, para firmar a competência dessa Especializada. No acórdão reformado, o STJ, ao julgar conflito de competência, havia declarado ser da Justiça Comum a competência para conhecer de pedido de indenização por danos materiais e morais, resultante de lesão pela prática de ato ilícito, imputada a empregado na constância da relação de emprego, sob o entendimento de que a causa de pedir e o pedido demarcam a natureza da tutela jurisdicional pretendida, tese que não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

Especificamente no que se refere a ações relativas à preservação do meio ambiente do trabalho, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou no sentido de ser da Justiça do Trabalho a competência para delas conhecer e julgar, senão vejamos:

“Ementa. Competência. Ação Civil Pública. Condições de Trabalho

Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente de trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.” (STF – RE n. 206.220-1, Ac. 2ª T, 16.3.1999, rel. Min. Marco Aurélio).

Com esse entendimento, a Turma julgou procedente recurso extraordinário para reformar acórdão do STJ que, ao dirimir conflito negativo de competência estabelecido entre a Quarta Junta de Conciliação e Julgamento de Juiz de Fora-MG e o Juízo de Direito da Fazenda Pública, assentara a competência da Justiça Comum para o julgamento de ação civil pública, vislumbrando tratar-se de verdadeira ação de acidente de trabalho.

Dos fundamentos desse memorável acórdão, o Supremo deixou assentado que fosse essa ação de acidente do trabalho, como definida na lei própria, estaria dirigida não contra os empregadores, mas contra o Instituto de Previdência Social. E arrematou explicitando que, no caso, não se trata de hipótese enquadrável nos artigos 643, parágrafo 2º, da CLT e 129 da Lei n. 8.213/91, que fixam a competência da Justiça Comum quando o litígio envolve acidente de trabalho em si, mas de ação civil pública visando à preservação do meio ambiente trabalhista, do respeito irrestrito às normas de proteção ao trabalho, pelo que concluiu ser da Justiça do Trabalho a competência para dela conhecer e julgar.

7 Conclusão

O objetivo das normas de segurança e saúde no trabalho é o de proteger o trabalhador de danos à sua saúde, à sua integridade física e à sua própria vida.

Entretanto, a despeito de todo esse arcabouço jurídico e organizacional colocado a serviço da segurança e saúde no trabalho (NRs, CIPA, PCMSO, PPRA, SESMT, etc.), ainda é triste a realidade do dia-a-dia no ambiente de trabalho de nossas empresas, pois a falta de conscientização por parte dos trabalhadores, a falta interesse da parte dos empregadores e a falta sensibilização da opinião pública para a gravidade do problema, têm impedido que o número de acidentes diminua.

Alguns fatores podem ser apontados como sendo co-responsáveis por esse estado de coisas, por exemplo: o desemprego (o desempregado aceita trabalhar em quaisquer condições, por mais precárias que sejam), o analfabetismo (a falta de instrução impede que o trabalhador tenha a real noção do perigo), a injusta distribuição de renda, a exploração do trabalho infantil, a globalização (o objetivo maior é o lucro), a terceirização (mascara a responsabilidade e propicia o trabalho de pessoas desqualificadas), etc.

É necessário despertar a opinião pública para a dimensão desse problema, pois quando um trabalhador é acidentado ou é acometido de doença profissional, os prejuízos não se restringem às partes da relação de emprego, mas se estende à sociedade como um todo (é uma família que perde um ente querido, são os contribuintes que pagam pelo custo do seguro-acidente, é o cidadão que perde a sua capacidade laborativa, etc.). Ademais, cada um de nós pode vir a ser vítima de acidentes que decorrem de procedimentos inseguros (ou de fabricação, ou de uso inadequado de máquinas e equipamentos), quer estejamos no trabalho, no trânsito, andando na calçada ou dentro dos nossos lares.

Para que seja criada uma cultura de prevenção, em matéria de saúde e segurança no trabalho, é necessário que várias ações sejam planejadas, a fim de que, a médio e longo prazo, possamos alcançar os resultados esperados.

Citamos, dentre outras, algumas medidas que podem ser tomadas:

- a) inclusão, nos currículos escolares, desde a primeira fase, de disciplina inerente à segurança e saúde no trabalho;
- b) sensibilização dos dirigentes políticos para a dimensão desse problema, que é estrutural;
- c) conscientização dos empregadores de que os gastos com medidas de SST não significam despesas, e sim investimentos;
- d) desenvolvimento de campanhas publicitárias acerca do tema;
- e) criação de fóruns permanentes de discussão sobre SST, com a participação das entidades representativas de empregados e de empregadores, etc.

ANOTAÇÕES SOBRE REEXAME NECESSÁRIO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Geisa de Assis Rodrigues

O tempo é um elemento fundamental da noção de processo. O próprio sentido etimológico do vocábulo processo como uma marcha adiante pressupõe o contexto temporal. Não é à toa, portanto, que a medida de justiça do processo reside principalmente na coincidência do término da relação jurídica processual com o momento até o qual a decisão adequada ainda se revele útil e eficaz. A velha máxima “justiça tardia é injustiça” é plena de sabedoria, ao mesmo passo que justiça precipitada corre o grande risco de ser injustiça. O imenso desafio que se apresenta ao legislador do processo é justamente encontrar esse ponto de equilíbrio e, para bem resolver essa equação, deve levar em consideração as peculiaridades da relação de direito material em jogo no processo.

Em algumas hipóteses, o justo pressupõe um amadurecimento maior da decisão, uma maior cautela na concretização do decidido; em outras, o que ocorre é precisamente o contrário: qualquer delonga além do estritamente necessário para se conhecer as razões do conflito pode ensejar irremediável prejuízo ao justo, com a conseqüente impossibilidade de sua realização prática.

O reexame necessário ou duplo grau obrigatório é um instituto processual que condiciona a eficácia da sentença a uma necessária revisão, independentemente da existência de recurso. O ordenamento jurídico pressupõe que, mesmo que haja uma maior demora na entrega da prestação jurisdicional, haverá uma maior probabilidade de se proteger o valor justiça se, em determinados casos especiais, houver sempre um novo olhar sobre o decidido. Como nos lembra Nelson Nery Júnior, “é uma medida tradicional no direito brasileiro, o mencionado instituto oriunda do sistema medieval e sem correspondente no direito comparado, antigamente conhecida como ‘apelação *ex officio*’.”¹

Embora tenha o mesmo objetivo do recurso, que é promover a possibilidade de se encontrar a decisão mais adequada, falece ao reexame necessário o elemento ontológico do recurso que é a voluntariedade². Sua natureza obrigatória o desqualifica como recurso, sendo, como toda a doutrina contemporânea compreende, uma condição de eficácia da sentença. Sem o reexame necessário não há trânsito em julgado, não podendo haver execução provisória, pois o instituto tem o condão de suspender a decisão enquanto a mesma não é revista. Assim, a sentença não produz efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal. Ainda que a redação da Súmula n. 423 do STF parta de um equivocado pressuposto de considerar o reexame necessário uma espécie de recurso, vale lembrar o que a mesma prevê, no tocante à ineficácia da decisão, ainda não submetida à revisão obrigatória: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ‘*ex officio*’, que se considera interposto ‘*ex lege*’”.

1 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 52.

2 De forma mais precisa, Nelson Nery Júnior anota que falta ao reexame necessário a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos da admissibilidade dos recursos. (ob. cit., p. 53).

Importante questão é aquela relativa aos tipos de decisão que o legislador pátrio considera passíveis de reexame necessário. A nossa legislação prevê a existência de recurso necessário no artigo 475 do Código de Processo Civil e em algumas leis especiais³, sendo, dentre essas normas, as mais relevantes para o nosso estudo o artigo 19 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e o parágrafo 1º do artigo 4º da Lei n. 7.853/89 (Lei da Ação Civil pública em favor de pessoas portadoras de deficiência). No Código de Processo Civil são as seguintes hipóteses que hoje ensejam reexame necessário: a) a sentença que anular o casamento; b) a sentença proferida contra a União, o Estado, o Município (o que engloba Distrito Federal e Territórios), as Autarquias e as Fundações públicas (quanto a estas últimas instituições, desde o advento da Lei n. 9.469/97) e, c) a que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda pública.

Na ação popular e na ação civil pública para proteção de portadores de deficiência são sujeitas ao duplo grau obrigatório as seguintes decisões: a) a sentença que concluir pela carência de ação; b) a sentença que julgar improcedente o pedido do autor.

O que é comum em todas essas hipóteses normativas de reexame necessário? O fato de se considerar que a decisão que precisa ser revista pode vir a contrariar o interesse público. Assim, a injusta decisão de anular o casamento pode comprometer o interesse público em se preservar a instituição casamento; a injusta decisão contra a Fazenda pública pode comprometer a consecução dos fins públicos a que se destina o Estado; a injusta decisão que julga carecedor ou sem razão o autor popular ou o autor da ação civil pública da Lei n. 7.853/89 pode significar violação dos importantes direitos tutelados por essas ações coletivas. Não querendo correr riscos, o sistema adota uma postura cautelosa e obriga à revisão do julgado.

Não é este o momento para se ensaiar a definição do que seja interesse público. Com efeito, é bastante nebuloso tal conceito, por ter uma função mais prescritiva do que descritiva⁴, incidindo quase sempre a partir de um contexto relacional com uma hipótese fática qualquer, *v.g.*, se há interesse público em promover determinada desapropriação, se há interesse público na intervenção do Ministério Público em uma causa específica, se há interesse público em rescindir o contrato administrativo, e assim por diante⁵. Muito embora o interesse público tenha repercussão transindividual, é o Estado “o ator privilegiado de sua concreção”⁶ e definição. Também a conflituosidade na sua configuração é mínima, porque parte-se do pressuposto de que as forças sociais e políticas dominantes constroem através do sistema legislativo a sua substância.

De qualquer sorte, podemos afirmar categoricamente que o interesse público não se confunde com o interesse do governo, ou de determinada administração pública específica. Essa é uma grande conquista da doutrina moderna de direito público, que não mais identifica interesse público com interesse da Administração pública. O interesse público primário, na conhecida concepção de Renato Alessi, ou seja, o interesse de toda a coletividade, é o que motiva a existência do reexame necessário.

As causas desfavoráveis à Fazenda Pública sujeitam-se ao reexame necessário, não para privilegiar uma parte em detrimento de outra, mas em virtude da natureza primeira do

3 Há previsão de reexame necessário nas seguintes leis: Leis ns. 4.717/65; 5.316/67 (reexame necessário nas ações de acidente de trabalho); 4.248/64 (mandado de segurança); 818/49 (lei sobre nacionalidade); 2.664/1955 (ações contra Mesas do Congresso Nacional e de Tribunais); 4.137/62 (abuso do poder econômico).

4 Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo*, p. 20, ano.

5 Um interessante artigo sobre os significados de interesse público é o elaborado por Alessandro Pizzorusso (Interessi pubblici e interessi pubblici. *Riv. Trim. Dir. Procedo Civil*, n 1-2, p. 57-87, 1972).

6 MORAIS, José Luiz Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 121.

Poder Público, que é promover a defesa e a preservação do interesse público, do interesse da maioria, para ensejar a convivência social possível. Por isso que sempre que questionada a compatibilidade do inciso II do artigo 475 com o princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º da Constituição Federal, os Tribunais reafirmam a sua constitucionalidade, como inclusive sumulou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.”

No caso da ação popular e da ação civil pública que trata de direitos de pessoas portadoras de deficiência, o legislador considerou que o interesse público, nesses casos, está sendo, em tese, defendido pelo cidadão ou pelo legitimado a promover a ação civil pública. Sendo, portanto, qualquer uma dessas ações julgadas contra a Fazenda Pública, não cabe reexame necessário. Embora existam algumas vozes respeitáveis dissonantes, como Mancuso⁷, na verdade, houve uma expressa desvinculação entre o interesse da Fazenda e o interesse público nesses feitos⁷. Assim também entende a jurisprudência: “Não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que julga procedente a ação popular” (*RITJESP 106/219*).

E as demais ações coletivas? Sendo o Estado autor da ação civil pública, não há o que se discutir porque o julgamento de procedência é também em favor do Poder Público, já que os entes públicos atuam como substitutos processuais dos direitos da coletividade, e não em defesa de interesses próprios.

Contudo, qual o correto tratamento da matéria, quando os entes públicos estão no pólo passivo da ação civil pública? Deve haver reexame necessário quando a sentença julgar o pedido procedente em face do Poder Público?

Cumpra, desde logo, ressaltar a importância prática da questão, uma vez que a presença da Administração Pública no pólo passivo desse tipo de ação é cada vez mais recorrente. Infelizmente, como constatado em pesquisa sobre o trâmite de ações civis públicas, coordenada pelo professor Paulo César Pinheiro Carneiro, “as pessoas jurídicas de direito público, incluídas aqui aquelas integrantes da administração indireta e autoridades, figuram como réus em 35,08% dos processos em geral, e em 26,43% dos processos examinados”⁸. Portanto, podemos afirmar com um certo rigor científico que o Estado brasileiro, através das pessoas jurídicas que o representam, tem sido responsável pela prática de condutas que configuram violações de direitos da comunidade garantidos pelo ordenamento jurídico, ao invés de ser o maior promotor dos mesmos.

Assim como na ação popular e na ação civil pública que protege direitos das pessoas portadoras de deficiência, os autores das demais ações coletivas também atuam em favor do interesse público, promovendo a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ainda que haja um ente público figurando como réu nessas ações, quem está na posição de defensor dos direitos da sociedade, pelo menos em tese, são os legitimados ativos.

Ademais, na tutela coletiva, o passar do tempo é crucial para a efetiva possibilidade de proteção dos direitos em questão. O valor justiça, no caso, só pode indicar a interpretação de que é incabível o reexame necessário das sentenças de procedência em face do Poder Público, em sede de qualquer tipo de ação civil pública. A uma, porque a presunção é de que seus autores protegem o verdadeiro interesse público, e não o eventual interesse particular da Fazenda; a duas, porque a demora ínsita ao processamento do reexame necessário inviabiliza a adequada tutela dos direitos que compõem o objeto da *actio*.

7 No mesmo sentido, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Considerações sobre a remessa obrigatória em sede de ação popular. *Revista de Processo*, n. 102, p.168-173, abr./jun. 2001.

8 CARNEIRO, Paulo César. Pinheiro *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 195.

Há uma tendência jurisprudencial que tenta mitigar esse último aspecto, considerando que “ainda que a sentença esteja sujeita ao reexame necessário, é possível a execução provisória do julgado, pois a regra geral fica excepcionada pela especial contida na Lei da Ação Civil Pública” (TRF 4ª Região. AgrReg no AgrInstr n. 97.04.45197-0/RS, 3ª T., Juiz Amir Sarti, j. 14.5.1998, *DJU* de 1º.7.1998, p. 677).

Ora, admitir a execução provisória de uma sentença sujeita a uma condição suspensiva de sua eficácia é justamente contradizer a própria natureza do reexame necessário. Por outro lado, esse tipo de decisão aplica a regra relativa aos recursos da ação civil pública, que são dotados tão somente de efeito devolutivo (art. 14 da Lei n. 7.347/85), a um instituto de natureza diversa.

Entendemos que não só descabe a incidência do reexame necessário, quando se tratar de sentença proferida contra o Poder Público em sede de ação civil pública, como também que se deve estender a todas as ações civis públicas a regra prevista na Lei de Ação Popular e na Lei da Ação Civil pública para defesa de portadores de deficiência, no sentido da incidência do reexame necessário, quando o pedido for julgado improcedente, ou o autor considerado carecedor do direito de ação. Nesses casos é que pode eventualmente ocorrer a lesão ao interesse público, e o valor justiça demanda uma maior cautela na conclusão do feito em desfavor dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nada justifica a existência de um tratamento assimétrico para as diversas modalidades de ação civil pública. Temos hoje, no direito processual civil brasileiro, um microsistema da tutela coletiva, integrado pela lei da ação popular, as leis da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, que reclama a mesma disciplina naquilo que não for incompatível com o regramento especial. Somente assim o intérprete poderá render homenagem ao valor justiça que deve ser perseguido em todas os momentos, por mais modestos que se afigurem, da aplicação da norma processual.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

REFLEXÕES SOBRE A POSIÇÃO DO STF

João Batista de Almeida

Sumário: 1. Introdução 2. A posição da doutrina sobre o tema 3. A jurisprudência do STJ até 1999 4. Posição do STF, a partir do RE n. 195.056 5. Reflexões acerca do *leading case* 6. A inconstitucionalidade da MP n. 1.984 7. Conclusões.

1 Introdução

A tutela dos direitos ou interesses difusos e coletivos surgiu no Brasil no final dos anos 70, quando a doutrina, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover e inspirada em Mário Capeletti, passou a manifestar preocupação quanto à insuficiência dos esquemas tradicionais do processo civil, indicando a necessidade de proteger tais direitos e interesses, inclusive mediante a definição dos entes legitimados e a ampliação dos efeitos da coisa julgada, para que se adequassem à nova realidade.

Em resposta a esses reclamos surgiu, em julho de 1985, a ação civil pública (Lei n. 7.347), para a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a outros interesses difusos e coletivos.

Com a Constituição Federal de 1988, a ação civil pública foi constitucionalizada, ao figurar como função institucional do Ministério Público. Com efeito, o artigo 129, inciso III estabelece competir ao Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Tal dispositivo resolve, a um só tempo, tanto a legitimidade para agir em favor do órgão ministerial, como a adequação da citada via processual.

O Código de Defesa do Consumidor, vigente a partir de 11.3.1991, (Lei n. 8.078), alterou vários artigos da Lei n. 7.347, bem como trouxe vários outros dispositivos aplicáveis subsidiariamente à ação civil pública¹, além de estabelecer a total integração dos dois diplomas legais, em matéria processual.²

A ação civil pública passou a ser largamente usada na proteção dos bens por ela originalmente tutelados. Além disso, foi indicada, pela doutrina ou por leis posteriores, como adequada para tutelar outros bens, como infração à ordem econômica e à economia popular, criança e adolescente, pessoas portadoras de deficiência, pequenos investidores no mercado de valores mobiliários, populações indígenas e minorias, moralidade administrativa, matéria tributária (defesa do contribuinte), combate à improbidade administrativa, engenharia genética, direitos sociais dos trabalhadores, direitos individuais homogêneos (com restrições) e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.³

Em razão de seu grande espectro de aplicação, da alta conflituosidade e da relevância social dos temas por ela tutelados, a ação civil pública passou a ser, na área cível, uma das ações mais prestigiadas, estudadas e questionadas. Pelos mesmos motivos, foi largamente

1 Código de Defesa do Consumidor- Lei n. 8.078, de 11.9.1990, artigos 81 a 104.

2 Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078, de 11.9.1990, artigo 90.

3 Ver, sobre o assunto, nosso *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 237-238.

impugnada nas vias judiciais, principalmente no que se refere aos temas legitimidade e adequação da via processual.

Dentre os aspectos controvertidos⁴, sem dúvida, a utilização da ação civil pública para promover a defesa do contribuinte, veiculando pleito de natureza tributária, tem ocupado a atenção dos doutrinadores e dos operadores de Direito.

Este trabalho visa precipuamente a mostrar as posições anteriores e atuais da doutrina e dos Tribunais Superiores, com enfoque especial no *leading case* da Suprema Corte.

2 Posição da doutrina sobre o tema

A grande maioria dos doutrinadores sempre sustentou haver adequação da via processual e a legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública na defesa dos contribuintes, ou seja, para veicular matéria tributária.

Até recentemente, ocorria uma quase unanimidade da doutrina quanto ao tema, sustentando a viabilidade quanto aos aspectos adequação e legitimidade, consoante se lê dos seguintes autores: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁵, Antonio de Souza Prudente⁶, Kazuo Watanabe⁷, Rodolfo de Camargo Mancuso⁸, Hugo Nigro Mazzilli⁹, Washington Araújo Carigé¹⁰ e Paulo Valério Dal Pai Moraes¹¹.

A partir de 1998, quando o STF iniciou o julgamento do RE n. 195.056-VPR (IPTU – Município de Umarama), surgiram alguns pronunciamentos discordantes, sustentando tese oposta, qual seja: (1) a falta de legitimidade do MP para a ação civil pública em matéria tributária, e (2) a inadequação da aludida via processual para a finalidade proposta.

Adotaram essa posição os doutrinadores Osmar Tognolo¹² e Hugo de Brito Machado.¹³

3 Jurisprudência do STJ até 1999

Na área judiciária, no entanto, a matéria nunca esteve pacificada, registrando-se julgados em ambos os sentidos, a dizer, ora reconhecendo as citadas adequação e legitimidade, ora negando-as.

4 Sobre o tema, dentre outros, nosso *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

5 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.129, nota n. 23.

6 PRUDENTE, Antonio de Souza. Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 9, p. 77-79, set./dez. 1999.

7 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 725.

8 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 37.

9 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 123-124.

10 CARIGÉ, Washington Araújo. IPTU – Cobrança indevida de tributos – A legitimidade do Ministério Público e a ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 9, p. 111-115, jan./mar. 1994.

11 MORAES, Paulo Valéria Dal Pai. O Ministério Público e a legitimidade para a defesa dos interesses coletivos decorrentes de questões tributárias de massa. *Revista de Estudos Tributários*, v. 2, n. 11, p. 132-157, jan./fev. 2000.

12 TOGNOLO, Osmar. Ação civil pública em matéria tributária. *Correio Braziliense*, de 16.8.1999, Suplemento Direito e Justiça, p. 1 e *Revista de Estudos Tributários*, v. 2, n. 10, p. 155-157, nov./dez. 1999.

13 "MACHADO, Hugo de Brito. Ação civil pública e tributo inconstitucional, *Correio Braziliense*, de 17.8.1998, Suplemento Direito e Justiça, p. 2; Ministério Público e ação civil pública em matéria tributária, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 52, p. 84-90; Ministério Público e tributação, *Boletim de Direito Municipal*, NDJ, v. 16, p. 2.278, abr. 2000.

Apenas para citar como exemplo, o STJ chegou a sustentar, em momentos diversos, as duas posições, diametralmente opostas:

a) adequação da ação civil pública em matéria tributária e legitimação do órgão ministerial para promovê-la: STJ – REsp n. 49.272-6/RS, 1ª T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21.9.1994, v. u., *DJU*, de 17.10.1994 (taxa de iluminação pública); STJ – AgrREsp 98.286/SP, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 15.12.1997, v. u., *DJU*, de 23.3.1998.

b) negando tal adequação e a legitimação: STJ – REsp n. 177.804/SP, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 18.8.98, v. u., *DJU*, de 26.10.1998; REsp n. 140.368/MG, 1ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, j. 11.5.99, v. m., *DJU*, de 30.8.1999 e *RSTJ* 127/71.

A partir de 1999, tem prevalecido essa última orientação (alínea b).

4 Posição do STF, a partir do recurso extraordinário n. 195.056

Apenas em 1999, o STF julgou o *leading case*, e o fez para não reconhecer a legitimação do MP e considerar não-adequada a ação civil pública para veicular pleito envolvendo matéria tributária.

Ao julgar o RE n. 195.056-1/PR, o Plenário do STF entendeu que:

“Constitucional. Ação Civil Pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: Legitimidade. Lei n. 7.374, de 1985, artigo 1º, II, e artigo 21, com a redação do artigo 117 da Lei n. 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei n. 8.625, de 1993, artigo 25. C.F., artigos 127 e 129, III.

I – A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei n. 7.374/85, artigo 1º, II, e artigo 21, com a redação do artigo 117 da Lei n. 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei n. 8.625, de 1993, artigo 25.

II – Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. CF, artigo 127, caput, é artigo 129, III. III – O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto – no caso o IPTU – pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei n. 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei n. 8.078/90 – Cód. do Consumidor; Lei n. 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com ‘interesses sociais e individuais indisponíveis’ (CF, art. 127, caput).

IV – RE não conhecido.”¹⁴

Como se vê, a Suprema Corte, contrariando a mais abalizada doutrina, deixou de prestigiar a tendência mundial do uso da ação coletiva para demandas desse tipo, determinando que cada contribuinte, a título individual, ajuíze a sua própria ação, com isso ocasionando sérios transtornos aos interessados e ao Poder Judiciário, que já trabalha no limite de sua capacidade.

¹⁴ STF – RE n. 195.056-1/PR, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 9.12.1999, v. m., *DJU*, de 17.12.99, acórdão ainda não publicado. No mesmo sentido, em caso envolvendo taxa de iluminação pública, RE n. 213.631/MG, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9.12.1999, v. m., *DJU*, de 7.4.2000.

5 Reflexões acerca do *leading case*

A Constituição Federal de 1988 constitucionalizou a ação civil pública, ao incluir sua promoção como uma das funções institucionais do Ministério Público, para a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de “outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). Incluem-se nessa última categoria os interesses transindividuais, indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas da coletividade, ligadas entre si por circunstâncias de fato, bem como os titularizados por pessoas determináveis integrantes de grupo, categoria ou classe, unidas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por “interesses coletivos” são também entendidos os direitos individuais homogêneos, que são considerados coletivos *lato sensu* – portanto, dentro da concepção não restritiva adotada pela CF – ou “sub-espécie de interesse coletivo”.¹⁵

Em sede infraconstitucional, compete ao Ministério Público da União zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte.¹⁶

Além disso, o artigo 129, inciso III, da CF, reconhece legitimação ao Ministério Público para promover a ação civil pública na defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de “outros interesses difusos ou coletivos”, categoria na qual poderiam ser enquadrados os consumidores e os contribuintes, tese, aliás, acolhida no voto vencido do Min. Marco Aurélio.

Deve ser observado que a ação, no caso concreto, continha dois pedidos, um de natureza coletiva – a impugnação da cobrança em favor de toda a categoria de contribuintes do município e outro individual homogêneo – o pedido de restituição do imposto indevidamente pago. Para o pleito difuso ou coletivo, via ação civil pública, não há necessidade de caracterizar-se relação de consumo, nem condição de consumidor dos contribuintes. Isso só deve ocorrer no pleito dos direitos individuais homogêneos – por natureza divisíveis e disponíveis. Ocorre que todos os pleitos foram tratados como de direitos individuais homogêneos e, como tal, desacolhidos, tanto por inadequação da via, como pela ilegitimidade do órgão ministerial. Pergunta-se: acaso não teria o MP legitimidade para formular pedido de natureza coletiva? Óbvio que sim.

O mestre Kazuo Watanabe tem advertido que “o que importa para os fins de tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo”, vale dizer, o seu objeto litigioso”¹⁷ acrescentando que “é na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses ‘coletivos’, tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’, e a de interesses ou direitos ‘coletivos’, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível.”¹⁸

Com precisão científica, o mesmo autor também aduz que: “A determinação dos membros integrantes do grupo é, precisamente, a nota que distingue os interesses ou direitos coletivos ou direitos difusos. Se o ato atacado através da ação coletiva (reajuste de mensalidades) diz respeito a todos os contratantes dos planos de saúde, globalmente

15 STF – RE n. 163.231/SP, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.2.1997, v. u.

16 Lei Complementar n. 75/93, artigo 5º, inciso II, alínea “a”, aplicado subsidiariamente à Lei n. 8.625/93.

17 WATANABE, Kazuo, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 728.

18 Ibidem, p. 729.

considerados (não sendo atacados um a um, em relação a cada um dos filiados, os reajustes exigidos pelas empresas mantenedoras dos planos), a nota da indivisibilidade do bem jurídico e bem assim a sua transindividualidade são inquestionáveis, pois basta a procedência de uma única demanda para que todos os filiados dos planos de assistência médica e hospitalar sejam coletivamente beneficiados.”¹⁹

O Acórdão do STF acima transcrito está em total desconformidade com a melhor doutrina, ao dar o mesmo tratamento a pedidos de natureza diversa – coletivo e individual homogêneo – e reconhecer inadequação onde não existe e negar legitimidade ao *Parquet* em matéria em que ela está patente.

De ver-se que, contraditoriamente, no caso do aumento abusivo das mensalidades escolares, os direitos individuais homogêneos (*rectius* coletivos) foram considerados subespécies de interesses coletivos, situação que era idêntica à dos contribuintes que, no entanto, lograram tratamento diverso.

Na sustação da cobrança do tributo indevido (pedido coletivo), como se percebe, há manifesto interesse social evidenciado pela dimensão e característica do dano, posto que este atinge uma gama enorme de pessoas de determinado município, altamente dispersas, bem como está presente a relevância social do bem jurídico que se busca proteger – a ordem jurídica tributária, tal como exigido no parágrafo 1º do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor c/c Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993 (LOMPU), artigo 5º, inciso II, alínea “a”. Aliás, essa lei permite expressamente a defesa dos contribuintes pelo Ministério Público.

Espera-se que a Suprema Corte, ao analisar os novos processos submetidos a julgamento, venha a reconsiderar essa decisão do *leading case*, que representa verdadeira restrição à tutela coletiva.

Resulta claro, pois, que a ação civil pública é adequada para a defesa do contribuinte, veiculando pleito de natureza difusa ou coletiva em matéria tributária, estando legitimado o órgão ministerial para a sua promoção.

6 A inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 1984-19/2000

Por meio da Medida Provisória n. 1.984/19, do ano de 2000, foi alterada a Lei n. 7.347/85 (LACP), com a inserção do parágrafo único ao artigo 1º, com a seguinte redação: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Como se vê, em mais uma de suas manobras casuísticas, o Poder Executivo editou medida provisória para tentar resolver questão emergencial de seu interesse, no caso concreto, as liminares deferidas nos processos coletivos questionando a cobrança da CPMF e outros tributos e exações.

Ocorre que tal dispositivo incorre em inconstitucionalidade porque:

(a) estabelece restrição à atuação institucional do Ministério Público, pois a promoção da ação civil pública para a defesa de outros interesses difusos ou coletivos, prevista no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, passou a ser função institucional do MP, ficando constitucionalizados tanto os aspectos da legitimação, como o da adequação da via processual. Além disso, compete ao Poder Judiciário interpretar quais direitos e interesses estão inseridos nessa cláusula de encerramento. Nessa sorte, não poderia o legislador ordinário proibir o uso da ação civil pública para a defesa do contribuinte, ou seja, em matéria tributária, quando a Constituição Federal o admite;

¹⁹ Ibidem, p. 730.

(b) o dispositivo questionado da MP n. 1.984/19, repetido nas reedições posteriores, também ofende o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal de 1988, pois retira do Ministério Público a incumbência de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

(c) do mesmo modo, viola a autonomia funcional da instituição assegurada ao órgão ministerial no artigo 127, parágrafo 2º, pois a vontade do chefe do Poder Executivo está a anular a referida autonomia;

(d) por fim, tal parágrafo acrescido ofende ao inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal de 1988, que inclui, entre as funções institucionais do Ministério Público, a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas”, sendo certo que a Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993 (LOMPU), declarou competir ao Ministério Público “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações ao poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e dos direitos do contribuinte”²⁰. Além da inconstitucionalidade material, por restringir o alcance do inciso IX do artigo 129, ainda ocorre inconstitucionalidade formal, por ofensa ao princípio da hierarquia das leis, posto que legislação ordinária do porte de uma medida provisória não pode contrariar o que dispõe uma lei complementar à Constituição.

Resta, portanto, inócua a tentativa de restringir o alcance da ação civil pública por meio de medida provisória, com ofensa à Constituição Federal de 1988.

7 Conclusões

a) A grande maioria dos doutrinadores sempre sustentou haver adequação da via processual e a legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública, na defesa dos contribuintes, ou seja, para veicular matéria tributária.

b) A partir de 1998, quando o STF iniciou o julgamento do RE n. 195.056/PR, surgiram pronunciamentos discordantes, sustentando tese oposta.

c) O STJ chegou a sustentar inicialmente a tese da adequação e da legitimidade do MP, posicionando-se de forma diametralmente oposta, a partir de 1999.

d) Em 1999, o STF, afastando-se da melhor doutrina, julgou o *leading case* (RE n. 195.056/PR), e o fez para não reconhecer a legitimidade do MP e considerar não adequada a ação civil pública para a finalidade referida, por envolver, no caso concreto, direitos individuais homogêneos, considerados disponíveis (IPTU) e não se confundirem as relações fisco-contribuinte e consumidor-fornecedor.

e) Há necessidade de revisão da orientação adotada no *leading case*, porque o Ministério Público está legitimado para defender os direitos dos contribuintes, por força da Constituição Federal de 1988 (arts. 127, *caput* e § 2º, 129, incs. III e IX) e da LC n. 75/93, artigo 5º, inc. II, alínea “a”, aplicado subsidiariamente à LONMP – Lei n. 8.625/93.

f) A Medida Provisória n. 1984/19, reeditada seguidamente, tendo hoje o n. 2180/35, de 24.8.2001, incorre em inconstitucionalidade, na parte em que insere parágrafo único no artigo 1º da Lei n. 7.347/85 (LACP), proibindo o uso da ação civil pública em matéria tributária, por ofensa aos dispositivos constitucionais e legais citados.

²⁰ Artigo 5º, inciso II, alínea “a”, aplicado subsidiariamente à Lei n. 8.625/93 – LONMP.

ALGUMAS RAZÕES PARA ESCOLHER E ACREDITAR NA IGUALDADE OU PORQUE NINGUÉM QUER SER ESTRANGEIRO

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Sumário: 1. Introdução 2. Ninguém quer ser estrangeiro 3. A pretensão de correção do Direito e a dignidade da pessoa humana 4. Reconhecimento do outro, caminho para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade 5. Conclusões

“A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreenderse entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender.”

(Hannah Arendt, *A condição humana*)

1 Introdução

No presente trabalho, pretendo expor algumas das minhas dúvidas e apontar alguns caminhos para as muitas perguntas relativas às escolhas que levam parte de nós à defesa da igualdade.

Para mim, acreditar na razão implica acreditar também na igualdade entre todos os seres humanos, e crer na possibilidade da comunicação entre as culturas implica em reconhecer no outro um igual, e não um diferente ou estrangeiro.

Opto pelo razão e pela igualdade, por acreditar que a negação leva sempre à barbárie. Opto pelo diálogo e pela inclusão, por temer a incomunicabilidade como a construção da figura do outro, do estrangeiro, do inimigo, ou seja, da exclusão.

Por outro lado, parece certo que os caminhos da igualdade no mundo atual não podem ser aqueles de uma razão etnocêntrica, fundada somente na cultura ocidental, que renegue a diversidade cultural.

Compartilhar de uma razão universal na diversidade cultural, buscando a comunicação das culturas e construir a igualdade real entre todos os indivíduos parece ser, portanto, o maior desafio atual.

2 Ninguém quer ser estrangeiro

Ser estrangeiro significa ser o outro, o desprovido de direitos, aquele que não é cidadão de um determinado Estado e, portanto, a quem se nega direitos que pertencem a um determinado grupo que mantém relações de nacionalidade com o Estado em questão.

Embora a nossa Constituição, no *caput* do artigo 5º afirme que brasileiros e estrangeiro residentes no Brasil são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, aos estrangeiros não residentes, em regra, é negado o direito de permanecer em território brasileiro (quando desprovido de visto) e aquele que for expulso e retornar poderá, inclusive, sofrer uma ação penal.¹

¹ O Código Penal brasileiro, em seu artigo 338, que encontra-se entre os crimes contra a administração da Justiça, estabelece pena de 1 a 4 anos de reclusão para aquele que reingressar no território nacional, após ter sido expulso.

Estrangeiro é aquele que não mantém vínculos com determinado país onde se encontra, sendo que, assim, a idéia de cidadania como exercício pleno dos direitos encontra-se fortemente entrelaçada com a idéia de nacionalidade.²

Aqui, o estrangeiro é metáfora para o diferente, o que não pertence ao grupo majoritário ou, pelo menos predominante, em termos econômicos, sociais e culturais.

Ao diferente, ao estrangeiro, quase sempre foi oferecida a oportunidade de integração e de assimilação, a partir da idéia de que as sociedades poderiam apresentar faces homogêneas.³ Entretanto, o desafio do século XXI é a criação não só do reconhecimento de direitos para todos, a igualdade formal dos liberais do século XIX, mas também de criação de mecanismos de promoção da igualdade material, com respeito às diferenças.

Todavia, o reconhecimento das diferenças deve ocorrer não para que tenhamos novos guetos e a incomunicabilidade entre grupos ou culturas, mas sim para que a igualdade possa, de fato, realizar-se.⁴

Queremos ser reconhecidos nas nossas diferenças, ou seja, como singulares, mas queremos ser tratados como iguais em direitos e, assim, não queremos ser tratados como o outro excluído.⁵

Esse o dilema atual, com processos paralelos que muitas vezes entram em choque, a globalização econômica e midiática, e reivindicações por um conceito de cidadania pós-nacional, ao lado de movimentos que pregam um retorno às raízes, sejam elas culturais, étnicas, nacionais, religiosas ou familiares.

3 A Pretensão de correção do direito e a dignidade da pessoa humana

Os operadores do Direito tendem a acreditar na razão prática por formação e necessidade, pois militam diuturnamente no sistema jurídico, da Constituição, dos Códigos, enfim, das Leis.

Formamo-nos em cursos de Direito, que são acima de tudo positivistas, acreditamos na validade e na eficácia das normas, e, sempre, na norma fundamental, a Constituição.

2 Assim, é comum afirmar-se que determinada pessoa é cidadão de determinado Estado, quer porque ele nasceu nesse Estado, quer porque ele adotou tal nacionalidade, a partir de um processo de naturalização, e é essa cidadania-nacional que lhe concederá direitos políticos, necessários para a participação na formação da vontade política de um determinado Estado (na Constituição brasileira, essa relação entre nacionalidade, cidadania e direitos políticos fica clara nos artigos (12 a 15).

3 Em ciclo de palestras proferidas no Rio de Janeiro, entre 7 e 9 de junho de 2001, Jacques Derrida a propósito dos direitos humanos e os imigrantes nos países europeus, afirmou: “Os direitos do homem são um movimento interminável. No ponto de partida, a Revolução Francesa, os direitos do homem eram os direitos do cidadão. Há um paradoxo nesse movimento: ele é estatal, mas não é estático. Ele dá a si mesmo garantias de uma revolução permanente. Hospitalidade. Existe uma hospitalidade convencional, ou de educação, uma hospitalidade segundo as regras. E há uma hospitalidade de visitação, uma hospitalidade pura. O visitante é alguém que não foi convidado, mas chega de modo inesperado, e que deve ser recebido sem nenhuma condição. Essa é a verdadeira hospitalidade, que não tem política. É necessário transformar a política, para que a hospitalidade não seja mais regulamentada pelo Estado, para que seja concedida a qualquer um, sem que ele seja um cidadão.” (grifos nossos). Transcrição de Leyla Perrone-Moisés, *Folha de S. Paulo*, de 8.7.2001, Caderno Mais, p. 12-13.

4 Nesse sentido, PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença*. São Paulo: Editora 34, 1999.

5 Hannah Arendt explicita: “Ser diferente não equívale a ser outro – ou seja não equívale a possuir essa curiosa qualidade de “alteridade”, comum a tudo o que existe e que, para a filosofia medieval, é uma das quatro características básicas e universais que transcendem todas as qualidades particulares. A alteridade é, sem dúvida, aspecto importante da pluralidade; é a razão pela qual todas as nossas definições são distinções e o motivo pelo qual não podemos dizer o que uma coisa é sem distingui-la de outra.(...). No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares.” grifos nossos (ARENDR, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 189).

Por mais que sejamos críticos ao sistema jurídico, somos todos um pouco kelsenianos e positivistas, pois temos internalizadas as idéias da Constituição como Norma Fundamental e o Estado como único produtor do Direito.

Somos todos, uns mais, outros menos, adeptos da retórica como forma de argumentação e convencimento.

Se acreditamos que o sistema jurídico pode significar uma possibilidade de resolução de conflitos, e para tanto reconhecemos a validade da produção das leis no sistema democrático, bem como a sua aplicação, temos que reconhecer que tal sistema é fruto da razão, e não da subjetividade humana, e, portanto, não deve ser aleatório, para que possa ser aplicado em casos iguais ou semelhantes.

Entretanto, no dia-a-dia da produção da legislação e da aplicação e interpretação das normas, nem sempre a razão parece imperar.

Certo é que o positivismo, com a sua proposta de redução do campo jurídico às normas, foi uma tentativa de tornar racional, no sentido de retirar da norma jurídica qualquer valoração, mas mesmo que isso fosse possível, na aplicação do Direito é impossível abster-se de valores, pois o Direito tem para si mesmo uma pretensão de correção e, assim, ainda que indiretamente, de realização da justiça.

E, evidentemente, tais pretensões constituem valores morais.⁶

Todavia, parece certo que reduzir o Direito às normas não parece ser o caminho mais adequado para a sua legitimação, e o que nos move é a possibilidade de que, ao mesmo tempo, o Direito surge como demanda dos movimentos sociais, e estes reconheçam-se nas normas.

Nesse sentido, não temos como fugir da valoração da norma. Mas essa valoração estaria na sua produção, na sua aplicação, ou em ambas?

A questão da valoração na aplicação das normas associadas à pretensão de correção do Direito é explicitada pelos Tribunais, na análise dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade de leis, face aos direitos assegurados na Constituição.⁷

Seria possível, ainda que se admitisse a valoração do Direito, manter a sua neutralidade, quando da aplicação ao caso concreto?

Para aqueles que defendem que o Direito pode ser um instrumento de transformação social, parece ser certo que a produção e a aplicação das normas estão impregnadas de valores e, por mais que queiramos separar Direito, Moral e Ética, a tarefa se torna cada vez mais árdua, se pensarmos no Direito como um dos instrumentos possíveis para a realização de justiça social.⁸

6 Robert Alexy denomina essa correlação argumento da correção, que se baseia em tuas teorias, a da pretensão e do discurso e explicita: “*Ahora se adaptará una perspectiva completamente nueva que se caracteriza por la pregunta de cuándo hay una conexión conceptual necesaria, al menos de carácter calificativo, entre Derecho y la Moral, si se asume que el sistema jurídico también es un sistema de procedimientos y, si es visto desde el punto de vista de un participante, e.g., desde el punto de vista del juez. Mi respuesta a esta pregunta se basa en dos teorías: la teoría de la pretensión y la teoría del discurso, () con la tesis del caso especial. Se podría añadir una tercera teoría: la teoría del principio (cf Dreier 1986 p. 27 ss). Sin embargo, esta teoría no se discutirá aquí. Estas teorías expresan distintos aspectos de la idea de corrección jurídica. Y la idea de la corrección nos lleva a una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral*”. (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1998. p. 49).

7 Luis Roberto Barroso aponta: “De fato, a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador. Ao examinar a compatibilidade entre fim e meio, e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende à de mero controle objetivo da legalidade. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva da dada matéria. A verdade, contudo, é que ao apreciar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária, o juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável.” (BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, p. 73, 1998).

8 A Constituição Federal, em seu artigo 193, estabelece que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e justiça sociais”. Os capítulos da Ordem Social da Constituição Federal explicitam

Todavia, os operadores do Direito não estão dispostos a abrir mão da tecnicidade de sua ciência, enquanto esta significar um dos caminhos para o reconhecimento e legitimidade de sua aplicação por todos, ainda que admitam que a aplicação da norma está perpassada por valores.

Mas quais valores devem preponderar na elaboração e aplicação das normas, para que sejam aceitos por todos?

A resposta pode estar na interpretação dos valores que encontram-se assegurados na Constituição como os fundamentos, princípios e objetivos de um determinado Estado.⁹

Mas, por que acreditamos em tais valores? Por que acreditamos na Constituição? Os operadores do Direito acreditam na Constituição por entenderem que ela significa os fundamentos dos procedimentos que devem ser adotados pelo Estado Democrático de Direito, para a consecução de seus fins, que podem ser consubstanciados em um só, a promoção da dignidade humana.

Mas, o que quer dizer tal expressão? Como poderíamos construir um conceito universal de dignidade da pessoa humana?

O conceito de dignidade humana certamente parece passar pela aceitação de que qualquer pessoa possui um feixe de direitos inalienáveis, sem os quais sua dignidade deixa de ser respeitada.

Como construir um conceito universal de reconhecimento da dignidade humana em um mundo que parece ser dilacerado diariamente por conflitos raciais, culturais, econômicos e religiosos?

Reconhecer a cada um como sujeito de direitos e como um igual é o único caminho para a construção de tal universalidade, e somente a razão permitirá conhecer o outro não como um estrangeiro, mas sim como um igual.

Crer na razão é uma opção, a outra parece ser a barbárie e/ou a incomunicabilidade entre indivíduos de culturas diferentes.

A crença na razão como caminho para a resolução dos conflitos e para a construção da igualdade, entretanto, parece não ser a opção de muitos, o que leva a aqueles que optaram pelo seu reconhecimento às perguntas:

Quais os motivos que levam alguém a crer e escolher a razão como necessária para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que se realiza no reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos?

A razão, e portanto a igualdade como valor moral pode ser ensinada?¹⁰

Pode a razão ser universal e multicultural ao mesmo tempo?

o artigo 193, bem como os objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição Federal, que compõem como os fundamentos do Estado Brasileiro, que se pretende de Direito e Democrático, explicitados no artigo 1º da Constituição Federal. O direito aqui é instrumento da realização e implantação da vontade política, explicitada quando da elaboração da Constituição.

9 Nesse sentido, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa afirma: “Toda e qualquer norma obtém seu fundamento de validade na Constituição. A teoria de Kelsen só tem sentido se considerar a Constituição como norma fundamental. Após a Constituição de 1988, no Brasil, o Judiciário passa a ser responsável pela implantação dos direitos individuais. Ele é, também, o garantidor dos direitos individuais. Todas as Constituições são políticas. E, evidentemente, são jurídicas, pois instituem direito. Suas disposições, antes de jurídicas, foram politicamente postas. Tornadas jurídicas e, até mesmo, fundamentais, passam a ditar a coerência do restante do ordenamento. O direito é político, porque a idéia da Constituição como norma fundamental passa a ser preciosa ferramenta para a validade das normas infraconstitucionais. Então estamos em um momento em que a realidade e o direito se encontram. Ser positivista é ser político.” (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Relendo Kelsen para resolver a crise política do direito. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 1, n. 7, p. 20, novo 1998).

10 Nesse sentido, a lição de R. M. Hare: “Se podemos aceitar que (...) um raciocínio moral genuinamente avaliatório deve ter como produto final um imperativo da forma – faça isto, segue-se que seus princípios devem ser de um tipo que nos permita deduzir deles tais imperativos particulares em conjunção com premissas menores factuais.” (HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Trad. de Eduardo Pereira E. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 41).

4 Reconhecimento do outro, caminho para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade

Para aqueles que defendem a igualdade entre todos os indivíduos como caminho fundamental para a realização da dignidade da pessoa humana, os caminhos, por mais diferentes que sejam, convergem no sentido de reconhecer no outro um sujeito com quem se pode estabelecer o diálogo, que deve se dar em um ambiente de sinceridade e honestidade.¹¹

Esse processo de reconhecimento mútuo é essencial para acreditar-se na legitimidade da teoria universal dos direitos humanos e da própria possibilidade do sistema jurídico contribuir para a promoção da justiça social.

Necessário também reconhecer a racionalidade naquele que não pertence ao nosso grupo, à nossa cultura, à nossa nação, à nossa religião, à nossa etnia, ou seja, reconhecer racionalidade na singularidade do outro.¹²

O reconhecimento da igualdade, através de um processo racional, é essencial para que se possa crer na universalidade e unidade dos direitos humanos; ainda que concepções baseadas no Direito Natural ou na religião possam auxiliar na compreensão da dignidade da pessoa humana, somente o reconhecimento mútuo poderá ultrapassar as fronteiras das culturas e do fundamentalismo, criando a comunicação entre os interlocutores e áreas de consenso.¹³

Acreditar que a razão possa ser universal, e que a racionalidade perpassa todas as culturas, é o único caminho para se chegar a valores universais, que respeitem a diversidade cultural, mas possam questionar a reprodução de valores atentatórios à dignidade da pessoa humana.¹⁴

Evidentemente que existe, no processo teórico da elaboração do reconhecimento mútuo entre os sujeitos, a criação de fundamentos e regras que deverão nortear o diálogo entre eles.¹⁵

11 Jessé Souza expõe a questão: “É precisamente a progressiva assimilação das expectativas de comportamento normativo de um número cada vez maior de pessoas que permite ao sujeito a capacidade abstrata de generalizar e participar das interações normativas da sua sociedade, ou seja, a percepção de quais expectativas ele deve atender ou exigir. Esse processo de reconhecimento mútuo é o que Mead chama de outro generalizado. Direitos, neste sentido, não são do que expectativas que o indivíduo pode estar seguro de que o ‘outro generalizado’ irá atender.” (SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Revista Lua Nova*, n. 50, p. 151, 2000)

12 Essa aceitação da possibilidade de uma racionalidade universal que perpassa culturas diferentes está em Charles Taylor (Rationality and atomism, in *Philosophical Papers*, 1993).

13 Nesse sentido, aponta Habermas: “Independentemente do pano de fundo cultural, todos os participantes justamente sabem intuitivamente muito bem que um consenso baseado na convicção não pode se concretizar enquanto não existirem relações simétricas entre os participantes da comunicação – relações de reconhecimento mútuo, de transposição recíproca das perspectivas, de disposição esperada de ambos para observar a própria tradição também com o olhar de um estrangeiro, a aprender com o outro. Partindo desse princípio, pode-se criticar não apenas leituras parciais, interpretações tendenciosas e aplicações estreitas dos direitos humanos, mas também aquelas instrumentalizações dos direitos humanos voltadas para um encobrimento universalizante de interesses particulares que induzem à falsa suposição de que o sentido dos direitos humanos se esgota no seu abuso.” (HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 162-163).

14 Peter Singer defende como princípio mínimo da igualdade o princípio da igual consideração de interesses entre todos os integrantes de uma determinada sociedade, cuja essência significa que “em nossas deliberações morais, atribuímos o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por nossos atos.” (SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 30).

15 Karl Otto Apel pressupõe a existência ideal de uma comunidade de comunicação, preocupando-se com a criação de um sujeito universal. (APEL, Karl Otto. *O a priori da comunidade de comunicação e os fundamentos da ética: o problema de uma fundamentação racional da ética na era da ciência*. In: *Estudos da moral moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994). Já Robert Alexy, no campo jurídico, trabalha com a teoria da argumentação, que estabelece regras e

Por outro lado, parece certo que os direitos humanos (que, como conjunto, explicitam a idéia da dignidade da pessoa humana), ainda que positivados e transformados pela vontade política em direitos fundamentais, não se resumem ao campo jurídico, vez que a questão é perpassada por valores morais e éticos.

Habermas afirma que “os direitos humanos possuem uma cabeça de Janus voltada ao mesmo tempo para moral e para o direito. Independentemente do seu conteúdo moral, eles possuem a forma de direitos jurídicos.”¹⁶

Aceitar a racionalidade de todas as culturas fará com que práticas consideradas atentatórias à dignidade da pessoa humana em determinada cultura possam ser questionadas pela ação dos indivíduos em ação livre, dentro da própria cultura envolvida. Exemplo disso é a situação das mulheres em duas culturas islâmicas, no Irã e no Afeganistão, sendo que, na primeira, as mulheres são sujeito de direitos, e na segunda, não. E essa análise pode ser feita dentro da racionalidade de países não-ocidentais, em que o Estado não é laico.

Por outro lado, acreditar nos valores da dignidade da pessoa humana e na igualdade em uma perspectiva universal implica em se perguntar se a moral e a ética podem ser compartilhadas por um processo racional, sem o caráter meramente subjetivo.¹⁷

Uma vez que se reconheça o outro como igual, não se pode negar-lhe a razão, e, portanto, se pode construir valores comuns.¹⁸

Sendo certo que esse reconhecimento passa pela compreensão das singularidades do outro, somente assim será possível reconhecer a pluralidade, para construir a igualdade.

5 Conclusões:

O século XXI nasce sob o signo das tensões e contradições, globalização e aumento dos movimentos ultranacionalistas, reivindicações de uma cidadania pós-nacional e crescimento do racismo e do fundamentalismo religioso, desejos de aceitação e inclusão, com o reconhecimento das especificidades e singularidades de cada ser humano.

A afirmação da universalidade dos direitos humanos precisa ser conciliada com o respeito e diálogo entre as culturas.

Auto-reconhecimento para reconhecer no outro um igual, reconhecer em nós mesmos a possibilidade da metáfora de ser estrangeiro.

Acreditar na igualdade e atuar para a criação de possibilidades que contribuam para alcançá-la é fundamental, pois como nos lembrava Milton Santos: “O futuro é algo que

formas para o discurso prático: “*El paradigma de una tal teoría es la teoría del discurso racional. De acuerdo con esta teoría, un enunciado normativo es correcto o – presuponiendo una teoría liberal de la verdad – verdadera cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional.*” (ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, cit., p. 58).

16 Acerca da legitimação com base nos direitos humanos ver Jurgen Habermas, *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*, cit., p. 149-150.

17 Thomas Nagel afirma que: “Não podemos evadir-nos da nossa liberdade. Uma vez que tenhamos desenvolvido a capacidade de reconhecer nossos próprios desejos e motivos, somos confrontados com a opção de agir como eles nos induzem a agir e, ao sermos confrontados com essa escolha, estamos inevitavelmente sendo confrontados com uma questão avaliativa. Ainda que nos recusemos a pensar nisso, essa recusa, em si, pode ser objeto de avaliação. Neste sentido, creio que Kant estava certo: a aplicabilidade de conceitos morais, para nós, é consequência de nossa liberdade-liberdade que resulta da nossa habilidade em nos enxergarmos objetivamente, por meio das novas escolhas a que essa mesma habilidade nos força.” (NAGEL, Thomas. *A última palavra*, Editora Unesp, 2001. p. 139)

18 Jacques d' Adesky lembra que: “O relativismo cultural absoluto, que produz a atitude típica de enclausuramento radical em uma identidade real ou fantasmagórica, não é a posição do multiculturalismo. Ao contrário, as idéias multiculturalistas voltam-se para a tolerância recíproca entre as culturas, recusando a imposição de uma cultura dominante. É nesse sentido que o multiculturalismo não se abstém da comunicação e do diálogo”. (D' ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo, racismo e anti-racismo no Brasil*. Pallas Editora, 2001).

jamais existiu antes. E quando o número de possibilidades concretas aumenta, os futuros possíveis são mais numerosos e ficam mais perto de nós, porque o presente conflitivo é um terreno fértil.”¹⁹

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Trad. Wistano Orozco. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1998.

APEL, Karl Otto. O *a priori* da comunidade de comunicação e os fundamentos da ética. In: *Estudos da moral moderna*. Petropolis: Vozes, 1994.

———. O La etica del discurso como etica da la responsabilidad: una transformación posmetafisica de la etica de Kant. In: *Teoría de verdad y etica del discurso*. Barcelona/Buenos Aires/Mexico, Paidós-ICE, 1991.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo, 10. ed. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo; Landy, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 23, p. 65-78, 1998.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Procuradoria do Estado de Minas Gerais*.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Relendo Kelsen para resolver a crise da lei: política e direito. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, v. 1, n. 7, novo 1998.

D’ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo, racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Pallas, 2001.

DERRIDA, Jacques. Conferência no Rio de Janeiro, de 7 a 9 de junho de 2001. Trad. Leyla Perrone-Moisés. *Folha de São Paulo*, de 8.7.2001, Caderno Mais, p. 12-13.

FARIA, José Eduardo Farias (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

HABERMAS, Jurgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio SeligmannSilva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

———. *Remarks on discourse ethics em justification and application*. Cambridge: MIT Press, 1993.

HARE, R. *M.A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira E. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁹ Entrevista com Milton Santos (*Território e sociedade: entrevista de Odette Seabra, Mônica de Carvalho e José Corrêa Leite*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000Território e sociedade, p. 71)

- KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KUNTZ, Rolf. Estado, mercado e direitos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONEMOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário, questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOCS, n. 42, fev. 2000.
- MATOS, Olgária. Sociedade, tolerância, confiança e amizade. In: Dossiê direitos humanos no limiar do século XXI. *Revista USP*, n. 37, mar./maio, 1998.
- NAGEL, Thomas. *A última palavra*. Trad. Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Editora Unesp, 2001.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- RAZ, Joseph. *Authority, law and Morality*.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente, contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.
- SANTOS, Milton. *Território e sociedade: entrevista de Odette Seabra, Mônica de Carvalho e José Corrêa Leite*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- SOUZA, Jessé. Uma teoria do reconhecimento. *Revista Lua Nova*, São Paulo, CEDEC, n. 50, 2000.
- TAYLOR, Charles. Rationality and atomismo In: *Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- VITA, Álvaro de. *Ajustiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- WALZER, Michael. *Da tolerância*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DIREITO PENAL MILITAR BUSCANDO ALGUNS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM SUA REPERCUSSÃO PENAL

Marcelo Weitzel Rabello de Souza

Não é objeto deste trabalho um minucioso e exaustivo histórico sobre a evolução das Forças Armadas e, como conseqüência, sua repercussão no Direito Penal Castrense e Comum. Devido às particulares realidades existentes nos mais diversos países e sistemas políticos, deve-se ter em consideração que a resposta penal e também processual segue linhas que procuram se adequar às situações em concreto vivenciadas por esses países. Também seria prematuro afirmar que a postura evolutiva estancou, pois discussões atuais mostram mais uma vez uma profunda transformação no quadro beligerante que, por sua vez, repercute no Direito Penal, seja especializado ou não. Nesse sentido, exemplos maiores: o avanço tecnológico cada vez mais acentuado, que gera uma outra linha de formação para os recursos humanos aptos a lidarem com a nova tecnologia, como também a discussão cada vez mais presente sobre o profissionalismo nas FFAA, e seu consectário no universo jurídico, seja no campo administrativo ou penal, temas somente estes que gerariam algumas laudas para debate.

Para circunscrever aqui algumas observações básicas e sua influência na codificação penal militar, necessário se ater primeiramente à figura e evolução da guerra, pois as FFAA somente existem em razão do risco do conflito bélico. Por essa circunstância histórica, a guerra teve em sua evolução enorme influência na formação das Forças Armadas e nos meios repressivos de condutas que atinjam sua manutenção.

Pode-se afirmar que a guerra, como figura institucionalizada e “organizada” quanto aos contendores, apesar de alguns registros anteriores, deu-se por volta de 3.500 anos antes de Cristo, com os assírios. Eles descobriram a utilidade do metal e da cavalaria, como também o sistema de controle por múltiplos de dez.¹

Com os romanos, uma nova fase se constitui na figura das hostes, que somente muitos séculos depois foi percebida (se é que realmente o foi) pela escola de Nassau, nas Províncias Unidas, por Gustavo Adolfo, na Suécia, e depois pelos Bourbons, em França. Qual seja, a questão da disciplina e do condicionamento perante a situação de risco. Os romanos optaram por abandonar a cavalaria e participar dos duelos corpo a corpo (nada mais natural que se criasse a figura dos gladiadores) e, para tanto, necessário um profundo treinamento e condicionamento à situação enfrentada, deviam desprezar o medo, agir conforme prévia orientação (algumas advindas dos “colégios dos feciais”) para que,

¹ Aqui vale o socorro de Robert L.O'Connell, que valendo-se das palavras de Stanislav Andresk, mencionou: “é sabido que a coerção, como qualquer actividade voltada para as massas, beneficia-se com uma economia de escala. Portanto, é muito mais fácil uma força de mil homens controlar uma população de cem mil do que uma força de um homem controlar uma população de cem.” Prossegue o autor, afirmando ser esta a razão pela qual os exércitos cresceram “e o mesmo aconteceu com o potencial de imposição da disciplina social, e por fim, com a capacidade de dominar populações muito maiores”, sendo que ao final conclui: “As hierarquias, particularmente as que se baseavam em múltiplos de dez, tão adequadas para estruturas militares de comando, estenderam-se naturalmente ao ordenamento da vida em geral.” (O'CONNELL, Robert L. *História da guerra, armas e homens*. Lisboa: Teorema, 1995. p. 43).

mesmo em situação de crise, pudessem prosseguir no combate ou realizar uma fuga organizada, pela qual seus integrantes não fossem desperdiçados e pudessem ser reutilizados em novas lutas em defesa do reino e, futuramente, império.

Com os romanos, surge então a preocupação com o condicionamento psicológico, procurando até ao extremo treinar as suas tropas, mas também, efetuando planejamento das batalhas e favorecimento ao repouso e apoio logístico necessário. Ou, como prefere Giordani, citando Laurand, o sucesso do exército romano deveu-se ao sentido de duas palavras: “coragem disciplinada”.²

Com a queda do Império Romano, o período bárbaro pouco acrescentou na estruturação das FFAA em campo de batalha, sendo que o período feudal, apesar da sua fragmentação quanto à organização e utilização das hostes, originou alguns aspectos que, na atualidade, se mantêm. Um deles de acentuada relevância, o retorno ao caráter homérico que impregnou o guerreiro feudal, e sua característica relevante do sentido de honra que, apesar de atributo individual, traspassou pelos diversos séculos como uma característica presente não apenas ao miliciano, como figura individual, mas também na instituição Forças Armadas. Havia uma honra que pertencia à cavalaria, ao nobre guerreiro, não apenas ao guerreiro individualmente, mas à classe que pertencia e que, por sua vez, era transmitida aos filhos e educadores. Aqui vale o registro da repetição histórica: se os romanos praticavam os duelos entre os gladiadores, na Idade Média ocorreram os torneios entre cavaleiros, ambos com seus sentidos pedagógicos, procurando instruir ou melhorar a técnica de combate.

Com a nobreza, e esta pertencendo à cavalaria, vinculava-se toda uma tradição de hereditariedade, haja vista que filhos de nobres, nobres permaneciam. O lucro advinha da pilhagem, não havia um exército regular e de paga constante, e a cavalaria, portanto, também representava riqueza, permitindo a luta e recompensa sobre os vencidos. A figura do mercenário abundava, pois apesar de não ocorrer o pagamento de maneira uniforme, permitido era o despojo sobre os vencidos, o que acabou por incentivar aos pobres (e não os miseráveis) o acesso às lutas, pois, com isso, poderiam ganhar alguma coisa e, quem sabe, ascender, senão a uma nova classe social, pelo menos a um patamar econômico mais elevado. Com uma cultura que passava para a educação familiar a prática belicosa, adicionada a um poder político frágil e fragmentário, na maioria das vezes reduzido à figura dos cavaleiros, havia toda uma agressividade que, não podendo ser contida, pelo menos devia ser canalizada, o que, por manifestação da igreja, deu origem às cruzadas, em que se podia manter a agressividade e fomentar a riqueza, à custa dos mouros.

Como visto acima, até então o peão possuía um papel apenas coadjuvante no cenário bélico, pois a supremacia da batalha pertencia ao cavaleiro; entretanto, com a advento da pólvora, principalmente quando da sua compactação, aproximadamente entre os anos 1290 e 1320, essa parcela popular viria a assumir novo destaque, com influência direta na organização das FFAA.

Primeiro surge o canhão, cuja utilização em larga escala dá-se nos séculos XIV e XV. Logo após o arcabuz, que veio potencializar o uso da arma ligeira, que podia ser manuseada por um só indivíduo, e cujo treinamento se dava de forma rápida, pois seu manuseio era fácil, além do que isentava o agente de grande perícia (assinale-se que, na época dava-se mais importância à quantidade de tiros do que à precisão dos disparos). Sob esse aspecto, afasta-se a figura do indivíduo e anuncia-se a presença das massas. O quadro então se completa, no plano terrestre, com a participação da artilharia e da infantaria.³

2 GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 113.

3 Ao que parece, Michel Howard combate essas idéias, pois acredita que o ressurgimento da infantaria como destaque tenha se dado com as técnicas utilizadas pelos suíços em luta nos seus cantões (ao se postarem em uma nova

Com o baixo custo da infantaria, aumento da população e incremento da indústria bélica, o morticínio se espalhou e as batalhas se tornaram mais complexas. Com a disponibilidade cada vez maior de mercenários, acrescida agora da facilidade que lhes era concedida para a luta, grandes exércitos se formaram e, com eles, enormes impactos na destruição. Mais terras serviam às marchas, mais terras precisavam ser cultivadas, pois as hostes precisavam de alimentos, além do que não ficavam os soldados restritos a certos ambientes, utilizando-se, por exemplo, das casas por onde passavam. Sem disciplina, visando apenas o lucro prometido com a vitória, serviam-se o saque para sustento.⁴

Com a participação de três segmentos distintos, a cavalaria (agora utilizando-se de pistola e, posteriormente, sabre), a artilharia e a infantaria, aliados a enormes exércitos (a Espanha, quando em luta com as Províncias Unidas, chegou a se utilizar de trezentos mil homens, quase todos mercenários ou homiziados, diga-se de passagem), ao comandante militar não se pedia mais que fosse heróico, mas que se transformasse em um administrador de batalhas (o que os holandeses tomaram a frente), que visasse a melhor utilização dos recursos que detinha. Registre-se porém, mais uma vez, que em tamanho exército, cuja identidade nacional era secundária e o aspecto financeiro irregular, natural que resultassem freqüentes motins e deserções, sendo que, geralmente, quem mais sofria com o ato de rebeldia era a população civil, que acabava servindo de sustento para a voracidade do militar insatisfeito.

Com o surgimento dos grandes exércitos e sua nova tecnologia, as táticas e técnicas passam a requerer estudos. Não é por outra razão que Maurício de Nassau, Guilherme Luis e João Nassau se debruçavam sobre jogos de guerra com soldadinhos de chumbo, em que procuravam estudar os problemas vivenciados e soluções. A guerra passa a ter um caráter científico.

Os holandeses, como já afirmado, apropriaram-se dessa novidade. Possuíam mercenários também em suas tropas, porém em menor número e, em contrapartida, pagavam-nos regimento⁵, exigindo, por isso, uma disciplina absoluta. Seu controle era tal que impunham aos soldados exercícios rotineiros, diferentes daqueles praticados pelos demais exércitos. Suas atividades eram exercidas com o corpo e as armas: gestos que iam desde a marcha, até o ato de carregar e descarregar uma arma, transformaram o soldado em um autômato, tão necessário para o moral, como para a defesa na luta.⁶ Seu objetivo com a disciplina: atingir o autocontrole no momento da batalha⁷ e, como consequência para

forma de falange), pelo período aproximado de 1315 a 1386, e posteriormente quando foram contratados para lutar pela Europa. No seu dizer “(...) o reavivamento da infantaria se deveu de longe mais a factores morais e logo sociais do que a qualquer mudança técnica (...)” (HOWARD, Michel. *A guerra na história da Europa*. Sintra: Europa-América, 1997. p. 27).

- 4 Não só de tragédias legou o período, pois das hastes adveio a inspiração para um de seus antigos mercenários, e com ela os cantos XXI E XXII do Inferno e V do Purgatório, contidos na Divina comédia, de Dante.
- 5 Interessante notar que, apesar da guerra, as Províncias Unidas, ao contrário da Espanha, não empobreciam, mas, sim, se tornavam cada vez mais ricas. Fruto dessa época surge aquilo que alguns autores denominam como embriões do Direito Internacional, ou até mesmo do chamado Direito Humanitário, Hugo Grocio, pela Holanda, e Francisco de Vitoria, pela Espanha, sendo que este último não era jurista, mas sim um clérigo e defendia suas teses como tal; se as obras detêm alguma semelhança, seguem em sua essência aspectos diversos, valendo aqui sublinhar que Grocio, por sua vez, inseriu em seus textos o Direito Comercial, fato este ausente em Francisco de Vitoria.
- 6 McNeill, citado por O’Connell, em respeito ao afirmado acima, comenta: “Exercício repetido, dia sim, dia não (...). [uma] dimensão que o Príncipe de Orange e os seus companheiros provavelmente entenderam muito vagamente, se é que entenderam de todo. Com efeito, quando um grupo de homens mexe os seus músculos dos braços e das pernas em uníssono durante períodos de tempo prolongados, estabelecem-se entre eles vínculos sociais e ancestrais muito fortes (...). Talvez que mesmo antes que os nossos antepassados pré-humanos soubessem falar tenham dançado nos campos coreografando o que tinham feito na caça e o que iriam fazer na vez seguinte.” (O’CONNELL, Robert L., *História da guerra, armas e homens*, cit., p. 129– 130).
- 7 Afinal, como afirma Barbara Ehrenreich, apoiada em diversos antropólogos, há uma grande distância entre a inclinação biológica natural para agredir individualmente e uma operação militar: “(...) a guerra é uma atividade

os dirigentes das batalhas, um melhor preparo intelectual para aqueles que pretendessem comandar, com apoio inclusive em filósofos e professores universitários, cujo exemplo mais marcante foi Justus Lipsius, da Universidade de Leyden, que redescobriu os filósofos estoicos e seus ensinamentos sobre autocontrole, abnegação e submissão à autoridade.

A escola de Maurício de Nassau frutificou. Gustavo Adolfo, da Suécia, teve como instrutor Jacob de la Gardie que, por sua vez, fora aluno de uma academia militar fundada por Maurício de Nassau. Como discípulo, manteve seu exército sob constante treinamento, porém, com algumas inovações. Passaram seus integrantes a se utilizar da mesma indumentária, um contributo à identidade entre eles. Alterou as técnicas de ataque, a guerra passou a adquirir um aspecto acadêmico, em que se procurava compatibilizar todas as forças, suprimindo possíveis falhas. Afastada em grande medida a indisciplina que acometia as hostes mercenárias, demonstraram as suas tropas serem as menos brutais daquela fase. Tanto o uniforme como o armamento e demais equipamentos eram fornecidos pela Coroa, responsabilidade estatal esta que também se estendia aos víveres e à estrutura logística.

Seus comandantes eram escolhidos pela capacidade intelectual, e era permitido que se dedicassem somente às batalhas. A disciplina era acolhida por tribunais marciais e se impôs a disposição hierárquica. O exército era comandado pelo próprio Rei ou pelos oficiais por ele designados. Como as operações envolvendo a cavalaria, artilharia e infantaria eram por demais complexas, estabeleceu-se uma estrutura de controle hierárquico e disciplinado, com o objetivo de atingir o resultado pretendido: “pela primeira vez, desde os mais simples e mais pequenos conflitos da Antiguidade era agora possível os exércitos não apenas no início de uma batalha mas no decorrer da mesma serem instrumentos de uma única vontade de comando”.⁸ Gustavo Adolfo renunciou a figura dos generais, que surgiriam na segunda metade do século XVII.

Depois de Gustavo Adolfo, o exército foi tomado por outros rumos, os militares dedicavam-se cada vez mais à atividade castrense e, com isso, houve o surgimento de uma cadeia de produção voltada para o sustento e apoio logístico da força. Os grandes exércitos, seu sustento e aprendizagem provocaram a necessidade de acantonamento para a tropa, não mais justificando o enorme sacrifício para a população civil, ou deixá-los no campo, e daí os quartéis.

Com o surgimento e solidificação dos Estados, demonstrado ficou que estes deviam estar preparados para a complexidade da guerra, donde a necessidade de uma burocracia civil dedicada à existência castrense. Na França dos Bourbons, em 1640, depreendeu-se dos ensinamentos de Gustavo Adolfo a necessidade de um exército permanente, e para tanto estruturou-se a burocracia imprescindível ao seu sustento. Criou-se um quadro administrativo responsável pelo fornecimento de víveres, munição, numerário e uniformes, a *intendance*.

Como os exércitos se tornaram dispendiosos, era relevante não desperdiçar seus recursos humanos em batalhas inúteis. O estudo da tática passa a fazer parte da formação dos comandantes.

Com o acantonamento e academicismo estratégico da ciência militar e necessidades próprias de organização, todo um corpo homogêneo começou a se reagrupar em seu interior. As expressões passam a ser próprias para a nova atividade profissional. Inicia-se uma rotina necessária de exercícios que se aplicavam apenas a um determinado grupo.

coletiva e muito complexa para ser creditada a um instinto guerreiro latente no psiquismo individual. O instinto pode ou não fazer com que um homem ataque à baioneta o primeiro inimigo que encontre numa batalha. Mas o instinto não mobiliza as frentes de suprimento, não fabrica espingardas, distribui uniformes, nem desfoca um exército de milhares de homens (...). É fácil ensinar um homem a atirar, o problema é fazer com que esteja disposto a participar de situações em que precise atirar e ainda permanecer em seu posto”. (EHRENREICH, Barbara *Ritos de sangue: um estudo sobre as origens da guerra*. Rio de Janeiro: Record, p. 17-19).

⁸ HOWARD, Michel, *A guerra na história da Europa*, cit., p. 77.

Passam a deter hinos e insígnias próprias. Enfim, uma subcultura daqueles que escolheram a carreira das armas.

Com a Revolução Francesa, e posteriormente a democratização do exército, a disciplina exigida expande-se para uma discussão mais ampla que aquela da eficiência para sucesso bélico, caminhando para a necessidade de salvaguarda do regime civil.

Grande salto ocorreu com o advento de novos avanços tecnológicos. Emblemático, o surgimento das linhas de ferro. Com elas, aumentou-se a velocidade dos combates, os militares chegavam às linhas de combate com melhor estado físico e psicológico, os feridos eram substituídos com maior rapidez, tornava-se desnecessário o armazenamento de víveres, pois poderiam ser levados diretamente às tropas em combate. A invenção do telégrafo consolida o quadro tecnológico, fomentando novas alternativas, com o iniciante aspecto das comunicações à distância.

A nova organização e os recursos para envio e remoção rápida dos soldados exigiam estudos, planejamento, investimentos e uma estrutura própria para elaborar esse complexo quadro de operações. Assim, os estudiosos prussianos criaram o quartel-general. O avanço tecnológico gerou o serviço administrativo.⁹

As questões de saúde e educação dos quadros pertencentes às FFAA passam a assumir nova importância. Os oficiais deveriam ser cada vez melhor preparados, haja vista que deveriam ser eficientes não apenas no campo da batalha, mas também na capacidade organizar e planejar os recursos disponíveis e sua mobilização.

Daí para a frente, alarga-se o sentido da atividade castrense. A criação da aeronáutica e sua engenharia representam esse novo tempo. A tecnologia torna-se vital, o apoio logístico de suma importância. Assim, boa parte dos integrantes das fileiras militares apresentam-se como oriundos de atividades de características paisanas: mecânicos, engenheiros, civis, hidráulicos, eletricitas, cozinheiros, farmacêuticos e carpinteiros, entre outros. Para o melhor general, pouco valerá uma grande estratégia, se os meios de comunicação ou de transporte não funcionarem conforme o idealizado. Para o soldado, sua atitude heróica poderá depender da refeição ingerida, da perícia de um operador de comunicações, que consiga transmitir na hora certa a mensagem necessária. Situações que, além de aumentarem o universo daqueles que integram o complexo castrense, configuram maior particularidade à sua estrutura e funcionalidade.

Superado o sumário exposto, que de maneira muito diminuta procurou traçar uma linha de evolução na composição das FFAA, pode-se agora, na atualidade, verificar certos procedimentos muito interessantes.

“Manuseando as transcrições do seminário referente a atuações psicossociais em guerra, realizado na Espanha com vários médicos e psicólogos que procederam estudos sobre populações vítimas de conflitos bélicos, percebe-se que aquilo que os romanos e posteriormente o grupo de Nassau e ao depois Gustavo Adolfo imaginaram como fun-

9 “A questão da eficiência hierárquica para um grupamento militar em batalha, inserida por Gustavo Adolfo e que atingiu seu ápice de eficiência com Napoleão Bonaparte, e posteriormente com a complexidade das atividades administrativas e táticas que passaram a cercar uma atividade militar, se foi vista no início apenas como uma necessidade de aprimoramento da eficiência militar para o sucesso no campo de batalha (e neste sentido vem exposta pelo art. 10 da Lei n. 85/1978, de 28 de dezembro, *De reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, no Direito espanhol), serviu depois para fácil absorção e adaptação dos exércitos por parte de segmentos estranhos a origem militar e sua formação, conforme assinala o antropólogo Leirner, exemplificando no caso brasileiro com a “existência de regimentos comandados pelo índio Camarão e pelo negro Henrique Dias, ou ainda a característica mestiça de vários bandeirantes, posteriormente incorporados pelos regimentos oficiais”, como ainda, com a inserção de escravos nas tropas brasileiras quando da guerra do Paraguai, escravos esses que posteriormente seguiram carreira na Força o que no dizer deste que subscreve, acelerou a desvinculação do exército brasileiro da nobreza reinante, no que tange à sua formação.” (LEIRNER, Piero de Camargo. *Meia volta volver*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. p. 61).

damentais para sustentação de uma tropa e que McNeill, citado por O'Connell, fazendo uma análise antropológica (nota n. 6), procurou descrever como fundamento na dança grupal, a ciência médica e psicológica, nos dias de hoje considera como essenciais.” Neste ângulo de observação, Vicente Ibañez e Domingo Diaz, oferecem estudo de Garaizábal y Vázquez que, após analisar alguns grupos vítimas de conflito beligerante, afirmou: “Uma sociedade deve, para manter sua integridade em condições limites: ter convicções firmes, conservar algum controle sobre a situação, conhecer os métodos e estratégias do agressor, preservar a autonomia e afirmar outra realidade possível”.¹⁰ Ora, uma observação mais atenta sobre o comentário agora transcrito leva à conclusão que é justamente tal tipo de *status* psicológico que procura um grupamento militar.

Sob esse ângulo, vê-se que deverão estar presentes para maior sucesso da tropa e saúde do indivíduo que a compõe aquilo que se denominou como pilares básicos das Forças Armadas e que são encontrados em todas as organizações militares espalhadas pelo mundo, quais sejam: a disciplina, a hierarquia e a honra.

Ocorre que as estruturas acima devem ser preteritamente praticadas, e não apenas concomitantes ao conflito extremo. Requerem preparo e condicionamento para que, quando da ocorrência do momento crítico, possam ser capazes de melhor suportar o dano, que no caso de guerra, transcende aos integrantes dos batalhões, atingindo até a estrutura social civil, que será tanto menos afetada, quão mais eficiente for a estrutura militar para sua proteção. As expressões retro mencionadas não são palavras lançadas a esmo, sem qualquer conteúdo e reflexos, como também não se limitam a um aprendizado cultural para os integrantes da caserna, em que pese a própria legislação fomentar tal espírito de corpo, como se vê pela leitura da lei disciplinar militar italiana.¹¹

Possuem diversos efeitos, sendo difícil dissociar, principalmente as duas primeiras, disciplina e hierarquia, pois transmitem segurança ao meio profissional militar, como também eficiência, além do que dizem respeito diretamente à segurança civil, até mesmo política, pois uma tropa disciplinada, mais obediente é ao comando do poder dirigente, evitando procurar soluções políticas pelos próprios meios. Conforme visto anteriormente, por paradoxal que possa parecer, a manutenção de tal estrutura, com esse grau de complexidade, traz um custo menor para a Nação, não só pela sua organização, mas também por poupar a população civil de enormes danos. Para tanto, basta imaginarmos um grande efetivo militar solto em uma comunidade, sem qualquer comando, sem abrigo (o quartel), sem diretrizes de ação. A história já demonstrou que o sacrifício se expande àqueles alheios à cultura militar, podendo o ônus ser menor, conforme o grau de disciplina e eficiência daqueles que compõem a vida na caserna.

Para que tal situação se consolide, o ordenamento jurídico participa. A Constituição, em suas linhas primeiras de aplicação, quanto à classe dirigente e atribuição do funcionário militar, o Direito Administrativo, com sua estruturação orgânica e regulamentação dos limites de atuação, o Direito Penal Militar, em que se busca evitar os excessos da conduta do militar que desnaturem a natureza para a qual foi motivado pelos demais integrantes da nação, e o Direito Processual Penal, que procura dar resposta à satisfação do excesso de maneira ágil e conforme o Estado Democrático de Direito, evitando algum arbítrio, tanto por parte do militar, como pelo civil, na conduta do cidadão-soldado, pois o militar também é um cidadão. Daí, algumas particularidades contidas na legislação castrense que

10 IBAÑEZ, Vicente; DÍAZ, Domingo. La respuesta social y comunitaria en las situaciones de guerra y violencia organizada. In: *Actuaciones psicosociales en guerra y violencia política*. Madrid: Exlibris, 1999. p. 36.

11 Nesse sentido, artigo 16 do Decreto de 18.6.1986, cujo texto afirma: “1. O espírito de corpo é o sentimento de solidariedade que, fundado na tradição ética e histórica do corpo, deve unir os membros de uma mesma unidade a fim de manter elevado e acrescer o prestígio de corpo a quem pertence.”

precisam ser levadas em conta, não sendo objeto deste trabalho elencar todas à exaustão, mas anunciando algumas, para um destaque primário.

Assim, o artigo 9 do Código Penal Militar, que procura assegurar a existência de crime militar quando o fato é praticado por agente da ativa contra militar da ativa, independentemente da circunstância temporal ou local. Ora, ao se admitir hipótese contrária, poderia sempre o militar inverter a postura hierárquica ofendendo outro militar da ativa quando ausente da atividade da caserna, burlando assim o sistema hierárquico que constitui as Forças Armadas. Além do que, deve-se ter em conta o tipo de atividade exercida pelo miliciano, onde se exige uma convivência rotineira entre os pares, inclusive muitas vezes com largo período de coabitação, em ambiente em que todos andam armados, e são doutrinados para esperarem resposta e respeito rápido pelo comando e confiança nos pares.¹²

Questões quanto à ilicitude ou não de uma conduta sob obediência devida assumem relevos diversos, conforme previsão contida no Direito Penal Militar e Comum, alcançando inclusive efeitos outros quanto à responsabilidade administrativa, em cotejo com o funcionário civil.

Situações fáticas se transformam, conforme ocorram em período de paz ou período de guerra, principalmente no que concerne às excludentes de crime e culpa, como por exemplo o estado de necessidade, onde um bem material (uma ponte por exemplo) pode assumir importância maior que uma vida humana, quando em período beligerante.

Apesar de disporem as normas sobre as regras a serem obedecidas, a sua existência pura e simples não deixa de ensejar discussões e, apesar de todo um arcabouço jurídico delimitando as hipóteses, certas situações se apresentam controversas. A título de exemplo, a questão da punição disciplinar e penal e sua implicação na vida do agente, mormente no Brasil, onde a punição disciplinar, se discutida judicialmente, o será pela Justiça Federal, restando a punição criminal pela Justiça Militar, apesar da ciência de que uma poderá ter influência na outra.¹³

12 Como inobservar o sentido da confiança na atividade militar? Registre-se que, no instante em que as tropas saem a campo, nem sempre é possível visualizar ou mesmo se comunicar entre os diversos grupos, tendo que se acreditar que os demais grupos estarão lá ou acolá, conforme o planejado, que a retaguarda está bem disposta, etc.; o sentimento pessoal que nutre e incentiva a operação é o da confiança, confiança no homem, no caso, no colega de farda, que manterá seu posto, lhe assegurará o salvamento, conforme idealizado.

13 A questão da sanção disciplinar na área militar e seu reflexo no ambiente penal é algo que ainda não assumiu uniformidade conceitual no Direito, variando muito conforme o sistema adotado, se de cortes marciais, maior ou menor participação do Ministério Público e do Judiciário castrense sobre a atividade produzida na caserna, etc. Vale grifar que assume magnitude o debate, quando se percebe que a sanção disciplinar no meio castrense admite a restrição da liberdade e quando uma leitura mais atenta dos Regulamentos Disciplinares dispostos para as três Forças no Brasil possuem, para algumas condutas reprováveis, teor semelhante a alguns daqueles tipificados no Código Penal Militar, o que aliás se repete em alguns países. No caso brasileiro, afirma o legislador, artigo 19 do Código Penal Militar, a independência entre ambas, o que não impede que, por vezes, se observe um processo penal com culminação de pena, em que o agente foi sancionado também com medida restritiva de liberdade pela Administração Militar, respaldada em dispositivo regulamentar. No caso brasileiro, uma medida por vezes adotada é a da detração penal (o que poderá gerar futuras confusões, caso a sanção disciplinar seja futuramente desconsiderada por decisão judicial, pois, no caso, quem a analisa não é a Justiça Militar, mas sim outro órgão do Judiciário, no caso a Justiça Federal). O Direito alemão também assume tal controvérsia, pois, como esclarece Roxin, o Direito germânico permite a cumulação de duas sanções (a penal e administrativa), fazendo ressalva, todavia, quando a punição disciplinar disser respeito a medida restritiva de liberdade, momento em que deverá vir computada apenas uma pena de prisão (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 77). Jimenez y Jimenez comenta, a esse respeito, que no primeiro texto do Regulamento Disciplinar Alemão, as medidas penais teriam preferência sobre as disciplinares, vedando-se dupla punição, vindo depois a se adotar o posicionamento acima exposto por Roxin, por se entender que é muito mais eficaz para a disciplina a imposição primeira e rápida da constrição disciplinar, pois a sanção disciplinar é mais ágil e pedagogicamente assume presença perante a tropa e o violador da norma de maneira mais imediata (JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco. *Introducción al derecho penal militar*. Madrid: Civitas, 1987. p. 70).

Retomando ao aspecto psicossocial e seus reflexos na legislação e na sua interpretação, é de bom alvitre voltar à explanação de Ibañez e Díaz, quando após analisarem várias pesquisas em populações egressas de conflitos bélicos, verificaram que (salvante as hipóteses de guerra civil) são os prisioneiros de guerra e as pessoas torturadas a parte da população mais afetada. “Tem uma tendência a padecerem de depressão e transtornos psiquiátricos (...) há mais suicídios, há maior índice de psicoses. Estudos recentes demonstram prevalecer os transtornos de estresse pós-traumático em taxas muito altas (de 50 a 70%).”¹⁴

A nação investe pelas Forças Armadas em recursos humanos que sejam capazes de enfrentar a sua defesa em situações que, via de regra, se tornarão críticas. Além do mais, desde os romanos, e depois com Gustavo Adolfo, se percebeu que o condicionamento a situações de risco evita ou, se totalmente não chega a impossibilitar, diminui em grande parte o medo e, com ele, atitudes inconseqüentes, que podem se tornar prejudiciais ao agente e/ou ao grupo que se insere (pode-se acrescentar que atitude de transtorno por parte de um militar armado poderá gerar efeitos negativos até mesmo em civis próximos ao miliciano perturbado). Para tanto, deve o militar, em tempo de paz, sofrer situações que se assemelham a circunstâncias que podem se tornar reais. A exigência de preparo deve ser diferente daquela conferida a um civil ou mesmo a um policial militar, evitando-se, ou pelo menos diminuindo, o suplício do trauma em uma situação verossímil. Isso leva à indagação, e longe de mim, deter a resposta, no sentido de que, conforme questionado por um colega do Pará, até quando um exercício militar é exigível e até quando ele passa a ser considerado um excesso? E, mais além, nessa hipótese, quando é fruto de um excesso culposos, ou vem motivado por um comando que procura causar suplício e humilhações no instruendo?

A questão da honra também assume magnitude, sendo fator de valorização e identidade do grupo, uma honra que transcende ao indivíduo, para pertencer à corporação. Nesse sentido, as leis orgânicas conferidas aos militares em diversos países, que impõem uma conduta digna ao agente castrense, mesmo em atividade social, devendo se pautar por certas regras de conduta, ao ponto de sua infração poder acarretar o licenciamento da Força.

Esse conceito de honra corporativa, que se originou do período feudal, em sua nobiliarquia guerreira, não deixa de gerar discussões, pois, em um sentido de Direito Penal, Civil e, porque não também abraçado pela sociologia, deveria ficar restrito ao aspecto individual, cabendo a cultura da disciplina ao coletivo; entretanto, pode-se afirmar que o instituto em comento vem presente na estruturação de todas as Forças Armadas, inclusive para análise de condutas administrativas incompatíveis com a dignidade da Força.¹⁵

14 IBAÑEZ, Vicente; DÍAZ, Domingo, La respuesta social y comunitaria en las situaciones de guerra y violencia organizada, cit., p. 32.

15 A crítica, por vezes realizada, de que a honra militar é um atributo de origem histórico feudal, não descaracteriza sua aplicabilidade, mesmo porque a formação da instituição Forças Armadas deu-se através de uma evolução histórica, na qual foi-se adicionando uma série de atributos. Quanto ao aspecto de que para o ambiente coletivo já existiria a disciplina, tal argumento não desnatura, mas apenas acentua a especificidade do grupamento militar. No âmbito penal militar, a honra vem incluída em vários tipos penais, não só na configuração clássica das figuras de injúria, difamação e calúnia e, mais especificamente no cenário brasileiro, em “ofensas às Forças Armadas” (art. 219), mas por vezes inseridas em compilações que traduzem seu apreço. Emblemático o delito de covardia. Este, no Código brasileiro (arts. 363 a 365), encontra-se contido na titulação “Do favorecimento ao inimigo”, previsto apenas para o período de guerra. Entretanto, observarmos sua inserção em outros ordenamentos, por vezes assumindo posturas diversas. Assim, o Código de Justiça Militar de Portugal, que abre toda uma seção, artigos 98º a 110º, ora incluindo a figura em comento como constrangedora à honra militar (art. 98º), ora preponderando o veto à isenção do medo (art. 110º). José Luís Garcia de Santolla (*Comentários ao Código Penal Militar Espanhol*, p. 1422-1423), por sua vez, escreve que o Código da Colômbia o descreve como delito contra a honra

Solidificado o tripé hierarquia, disciplina e honra (esta sob o aspecto de valores permanentes ao grupamento militar), enorme influência terá o estudo do consentimento, dentro do Direito Penal Militar, em cotejo com o Direito Penal Comum, pois indagações diversas podem ensejar respostas variadas, conforme o ordenamento aplicado, fato esse nem sempre lembrado pelos legisladores.

Como exemplos, pode-se mencionar a incompatibilidade de se transacionar a hierarquia, tornando-se esta indisponível para um acordo. Daí colocar, o Estatuto Penal Militar, a determinação de ação penal pública, mesmos nos crimes que envolvam ofensas pessoais restritas à honra individual entre militares, haja vista que incabível ao militar “ofendido” dispor de seu sentimento como vítima ou não da agressão, pois a desonra ao tipo diz respeito à hierarquia e disciplina (sobre estas é que deverá ser feita a análise da ofensa) e não pelo conteúdo pessoal do agente. O próprio direito de ir e vir sofre restrições, na atividade militar, diversas das correspondentes à vida civil, o que também pode ser sentido na manifestação de pensamento, privacidade, direito de reunião e de associação, que assumem características muito próprias para o militar, em qualquer ordenamento jurídico.¹⁶

Bibliografia

ALIGHIERI, Dante. *Divina comédia* São Paulo: W.M. Jackson, 1964. v. 1.

CHORNER, Consuelo Ramón. *Violencia necesaria? La intervención humanitaria en derecho internacional*. Madrid: Trotta, 1995.

EHRENREICH, Barbara. *Ritos de sangue: um estudo sobre as origens da guerra*. Rio de Janeiro: Record.

GARCIA DE SANTOLLA, José Luís. *Comentários al Código Penal Militar*. Madrid: Civitas, 1988.

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

GROCIO, Hugo. *Del derecho de presa & del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

HOWARD, Michel. *A guerra na história da Europa*. Sintra: Europa-América, 1997.

IBAÑEZ, Vicente; DÍAZ, Domingo. La respuesta social y comunitaria en las situaciones de guerra y violencia organizada. In: *Actuaciones psicosociales en guerra y violencia política*. Madrid: Exlibris, 1999.

JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco. *Introducción al derecho penal militar*. Madrid: Civitas, 1987.

LEINER, Piero de Camargo. *Meia volta volver*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

militar; o cubano, como ofensivo à honra e à reputação militar; o chileno o insere entre os deveres e a honra militar, o que é seguido pela França, recebendo em Israel a denominação de “condutas vergonhosas em relação às operações militares”, como também artigos outros: 139, “condutas desonrosas” e 130, “condutas improcedentes”. Já o Código inglês descreve como “má conduta em combate”. As descrições mencionadas evidenciam uma só figura penal – a covardia – que o bem jurídico honra assume no contexto legislativo.

¹⁶ Como exemplo, o ordenamento italiano, sobre o qual Silvio Riondato tece longas considerações (*Diritto penale militare*, Milano: Cedam, 1998, p. 179-201).

MOLINERO, Marcelino Rodríguez. *La doctrina colonial de Francisco de Vitoria o el derecho de la paz y de la guerra*. 2. ed. Salamanca: Cervantes, 1998.

O'CONNELL, Robert. *História da guerra, armas e homens*. Lisboa: Teorema, 1995.

RIODANTO, Silvio. *Diritto penale militare*. Milano: Cedam, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Ministério da Educação, 1988.

———. *Código Penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

———. *Código Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ESPAÑA. *Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas*. Madrid: Tectnos, 1999.

ITÁLIA. *Codici Penali Militari enorme complementari*. 5. ed., Milano: Giuffré, 1998.

———. *L. 11 giugno 1978, n. 382. Norme di principio sulla disciplina militare – Codici Penali Militari*. 5. ed. Milano: Giuffré, 1998.

PORTUGAL. *Código de Justiça Militar*. Lisboa: Legis, 1996.

PUBLICAR OU PERECER

Marco Aurélio Dutra Aydos

O dito *publicar ou perecer* é típico da vida acadêmica norte-americana, e alienado por excelência. Num tempo em que será preciso recorrer ao ‘livro usado’ (eventualmente é reeditado algo clássico) para resgatar objetos que lembrem, em algo mais além da capa, o que era um livro, publicar pode ser mais alienado ainda, porque não está provado que todos os itens publicados até hoje tenham trazido à cultura jurídica maior tirocínio, ajuda e aprimoramento do regime democrático, ou o contrário, se a quantidade não é ela mesma sintoma de que o dito na verdade encobre o seu contrário, quando haverá muitos objetos do tipo do livro (isto é, capa e determinado número de páginas impressas) que já nascem *perecidos*, porque o que nunca chegou a ter vida não é sequer apto a morrer, não é mortal. Não sendo mortal, não pode ser imortal. É um item a mais no “cemitério de coisas da modernidade”. Produto tipicamente norte-americano, o dito também é importado para adequar-se à ideologia do “Primeiro Mundo”. Não se veja aqui qualquer ufanismo populista que seria parte de uma certa tradição latino-americana, mas é preciso enfatizar que uma cultura, e a cultura jurídica mais que todas, está ligada a determinadas tradições e é sempre *idiossincrática*, com seus prós e contras. Mudar de tradição, como panacéia, da noite para o dia, como quem muda de roupa, ainda pode fazer com que importemos o pior de cada tradição. Não há instituições universalmente democráticas, que funcionariam do mesmo jeito em todos os lugares. Os Estados Unidos, nesse particular, escreve Heller, conseguem exportar objetos funcionais “como carros, geladeiras, aparelhos de televisão, da Irlanda ao Mali”, mas “não conseguiram implantar sua ‘marca’ de instituições democráticas em um único outro país”.¹

A instituição do publicar ou perecer já está entre nós. Se não fosse o que vem junto com ela, seria tolerável, porque se diria que publicar por diletantismo ou qualquer outra preocupação, por mais alienada que seja, ainda será uma questão personalíssima que a ninguém incomoda, até porque o livro também é um objeto de mercado e cada um compra o que quer. O problema é quando a introdução de um certo academicismo no espaço público traz, de quebra, outros aspectos não-democráticos, como a sub-reptícia introdução da consignação totalitária do “politicamente correto”, que é a imposição, pela força (pela violência ou pelo cansaço) de uma opinião sobre todas as outras, eliminando a pluralidade de opiniões não manipuladas, único substrato possível do conceito “opinião pública”. Como escreveram Agnes Heller e Ferenc Fehér, em pequeno livro em que criticam (com certeza à margem da “academia” norte-americana) o potencial totalitário das “biopolíticas”, sói ocorrer que as políticas de gêneros, raças e outras “substâncias” venham acompanhadas da parafernália radicalista e totalitária do “amigo-inimigo”, da autoclausura e do gueto, de hipocrisia ou histeria, assim como também virão com “epistemologias” especiais, místicas do Graal de “iniciados” no vocabulário do grupo, e outros elementos da nova-linguagem do “politicamente correto”:

“Para os europeus orientais, que se livraram há muito pouco, e ainda não em grau suficiente, do despotismo da opinião ‘politicamente correta’, a mania atual de manietar coletiva-

¹ HELLER, Agnes. *A philosophy of history in fragments*. Oxford/Cambridge: Basil Blackwell, 1993. p. 234.

mente o indivíduo para que aceite uma posição pré-fabricada e obrigatória, que inunda o meio acadêmico e os meios de difusão estadunidenses, é um espetáculo quase incrível. E isso é muito natural, porque os europeus orientais e os habitantes da antiga União Soviética tiveram tempo de sobra para descobrir que lá onde há uma única opinião ‘politicamente correta’, não há nenhuma opinião em absoluto, apenas submissão, covardia, silêncio e uma nova linguagem.”²

O dito alienado do *publicar ou perecer* anda junto com o politicamente correto. Ambos quebram a tradição, instauram a regra quantitativa para o conceito de autoridade. Junto a eles, costuma vir o “culto ao novo”. Do meio acadêmico, onde o “novo” responde a uma necessidade existencial de “dar conta” de algo antes de se precisar compreender, ainda que de passagem, dois ou três milênios de tradição, a americanização adentra no mundo jurídico e judicial. Quer-se o constitucionalista mais novo, o precedente mais novo, o que ainda não foi publicado, o que ainda não foi traduzido, e por aí vai. Que ambos simulem a existência da cultura (que é, como se disse, produto da pluralidade de opiniões e não da que foi decretada como politicamente correta) parece lógico. Porque a tradição não se interessa pela quantidade de títulos que apareceram no mercado ou por quantas dezenas de milhares da “obra” já foram vendidas. A tradição tampouco precisa do conceito de “duração” para afirmar-se. Não é a “duração” o único termômetro da tradição. Alguém pode adentrar no mundo da cultura hoje e pretender fazê-lo para preservar a tradição. E provavelmente será esse alguém quem no futuro será ainda objeto de interesse, assim como (agora já no plano estritamente jurídico) nós ainda nos interessamos (e cada vez mais) pelos autores dos “manuais” antigos, que não eram coletâneas feitas com a ferramenta do “recortar e colar”, mas obras de autor. Não se trata de uma nova onda de romantismo, pois não adotamos qualquer argumento do tipo que afirme com nostalgia a grandeza dos antigos em comparação com uma suposta decadência inexorável. Trata-se apenas de resgatar o conceito de tradição, que é difícil de definir, mas que se conhece também pelo lado negativo, pelo que não é. Porque aqui também vale a referência bíblica de que “a árvore se conhece pelos frutos”. E só por isso há algo de “sacro” no que teve um dia vida, no que colheu da vida concreta a motivação real para dizer a outros aquilo que aprendeu, por “ter o que dizer sobre um assunto”, por ter reunido experiência, e somado a ela a reflexão conceitual, e depois *concisamente* selecionado autoridades, por ser enfim “juiz” das opiniões de outros (pois quem não tiver como dizer o certo e errado que não pretenda fazer “doutrina”), responder pelo que subscreve de outros, sem por isso precisar da “marca” equívoca da originalidade ou do gênio. Doutrina é obra de autor, e autor tem que dizer isso entra, aquilo não, e se uma opinião é intrinsecamente convincente, e analisar as opiniões todas em seu mérito, preferencialmente iniciando pelas opiniões cotidianas, pré-reflexivas, que farão com que nos abriguemos contra a tentação da ficção e a perda do bom senso, etc. A chamada doutrina, com a quebra da tradição, deixou de ter autoridade, porque não pode ter autoridade a coleta de duas opiniões sem análise, sem que se diga esta tem tais méritos, esta outra tem aquele outro, no cômputo geral das coisas, esta idéia é mais democrática, aquela é menos, etc. (alguém poderia somar aos itens da análise outros tantos, mas que por favor digam alguma coisa que não se limite às ferramentas de “recortar e colar”).

Consenso forçado e quebra da cultura jurídica

O consenso forçado já está entre nós, tanto pela violência, quanto pelo cansaço. Para citar alguns exemplos, fiquemos com a questão do “sigilo bancário” e da “execução de multa penal pela Fazenda Nacional”.

2 HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *Biopolítica: la modernidade y la liberación del cuerpo*. Trad. de Manuel Alvaréz Florez, Barcelona: Península, 1995. p. 37.

Sobre o primeiro, havia, até pouco tempo atrás, uma salutar pluralidade de vozes no Supremo Tribunal Federal, e dessa pluralidade extraía-se a opinião, muito bem sustentada, do então Ministro Rezek, de que o sigilo bancário não era uma garantia posta na Constituição (todos nós a conhecemos, ainda que não tenha sido *publicada*). Daí que seja interessante também publicá-la, agora com motivação desalienada, para que idéias jurídicas não pereçam pela manipulação do consenso e pela nova unanimidade, pela “elegância” da última “conquista” final da liberdade sobre o arbítrio que pode, ao fim e ao cabo, redundar no seu contrário. Sem pretender “rebater” a tese de que o sigilo bancário esteja incluído no direito à intimidade, procuramos apenas tentar compreender porque o discurso jurídico é de uma hora para outra tomado pela unanimidade (por que “dez anos” após a Constituição foram afinal descobrir o valor da “intimidade”, quando ela é a primeira a ser pisoteada na prática diária, com a vista grossa de todos. São denúncias de escuta ilegal, são suspeitas de que a “inteligência” dos governos não é só “coordenação” de informações às altas autoridades, mas verdadeira polícia secreta, e por aí vai).

Há uma súbita urgência em considerar “atrasado” o ponto de vista segundo o qual o direito ao sigilo bancário não é uma garantia *constitucional*. Por isso, precisamos publicar, para não perecer, a idéia contida na voz dissonante, para que ela tenha direito a existir. Então, poderemos ler e argumentar (e contra-argumentar sobre a base da dedução, da lógica, do que se quiser, menos do “consenso” ou unanimidade dos juristas apresentados pelos meios de (de)formação de opinião, que se tornaram entre nós os representantes da grande imprensa).

“Meu voto – dizia o Ministro Rezek – é no sentido de indeferir o mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil, entendendo, como entendo, perfeitamente legítima – segundo a ordem jurídica a que o Tribunal deve garantir vigência – a requisição de informações endereçada ao banco pelo Procurador-Geral da República. Parece-me, antes de qualquer outra coisa que a questão jurídica trazida à corte neste mandado de segurança não tem estatura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, e não naquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário – do qual já se repetiu *ad nauseam*, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. (...)” (Ministro Francisco Rezek, MS n. 21.729-4/DF).

O dito publicar ou perecer pode ter também vertentes de autenticidade.

Nós já nos engajamos, inclusive em petições, para que o Poder Judiciário *publique* alguns acórdãos antigos, porque não queremos que as idéias que eles continham pereçam, atropeladas pela súbita unanimidade.

Não faz muito tempo, a Seção Tendências/Debates da *Folha de S. Paulo* patrocinou uma discussão sobre o tema, e apresentou (a referência é de memória) a opinião de um médico, e parlamentar, dizendo que o sigilo bancário jamais foi cogitado como garantia constitucional e que não estava no artigo 5º, nem no inciso X e muito menos na palavra “dados” do inciso XII. Logo abaixo, apresentava a opinião de alguém que se apresentava como jurista, a dizer que era “óbvio” que o sigilo bancário era decorrência do direito constitucional de “intimidade” do artigo 5º, X, da Constituição. De uns anos para cá, surgiu uma “urgência” e relevância em uniformizar a interpretação (que a muitos parece extrapolar a própria Constituição) sobre o foro constitucional da garantia do sigilo bancário. E não foi à toa que a “tendência” do Ministro Rezek foi estampada no tablóide por quem é “leigo” em matéria jurídica, porque um “médico” obviamente não compreende a erudita técnica que interpreta o “espírito” da Constituição, mesmo que apresente em lógica e bom senso tudo o que parece faltar às eruditas peças dos juristas.

Para não deixar dúvidas, não demorará que alguém promova uma “pesquisa” de opinião pública entre os juristas (como, aliás, já vem sendo promovido e divulgado pela imprensa a propósito de congressos de tributaristas, constitucionalistas, etc.). E não demo-

rá que se divulgue o resultado com o percentual que votou constitucional ou inconstitucional, como um grande júri. Só que há questões que podem estar sendo impostas na pergunta, como sói ocorrer entre os que se valem do *marketing* para forjar consensos. E aí bem poderá a pergunta ser formulada do seguinte modo (em hipótese):

“Qual a opinião de V. Exa. sobre o sigilo bancário, *tal como previsto no artigo 5º inciso X, da CF?*”

E isso pode ser feito para uma finalidade meramente acadêmica, e depende de quem irá formular a pergunta a qualidade da resposta, como num grande espetáculo de audiência do tipo “Você Decide”. Nós precisamos publicar, sim. E ter meios de divulgação de opiniões que circulem entre nós mesmos e os outros (se quiserem ler, pois há tanta coisa publicada que cada um seleciona o que quer ler), para que saibamos nós mesmos (e os outros que quiserem saber) que nossas opiniões existem e não vão perecer. Porque, do contrário, não será muito relevante que a interpretação *jurídica* (que muitos entendem superior), vamos dizer, de uma lei nova que se limitou a dizer que na execução penal a lei aplicável será a mesma de que se vale a União para executar sua dívida ativa, que ela nem por isso tornou essencial a formação de um “título” extrajudicial (como é uma certidão de dívida ativa) para a cobrança de multa penal e custas do processo, e que o titular da ação continua sendo o mesmo titular da execução. Porque a unanimidade veio a ser decretada ontem, e não se precisa mais discutir, já que, a partir da interpretação nova, de que é atribuição da Fazenda Nacional, vem a interpretação “autêntica”, quando os tribunais federais, para evitar “tumulto” processual, legislarão sobre a matéria em provimento. E aí tanto faz que recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público ao Supremo Tribunal Federal, seja conhecido e provido, porque já haverá uma “praxe” simplificadora de tudo, que será um forte argumento no julgamento.

É preciso publicar para manifestar contrariedade à quebra da tradição, quando, por motivos de utilidade, conveniência ou outros de igual índole, entra no mundo um deus novo contra o qual não é possível manifestar contrariedade, porque ainda vão dizer que os recursos são tumultuários, e vão perguntar se “queremos fazer execução fiscal?” ou “quem quer julgar questiúnculas de fauna silvestre?”. E depois, já que passamos a pena corporal, por “conveniência” administrativa, para a Justiça dos Estados, por que não fazer o mesmo com a multa, que passaremos à Fazenda Nacional.

Haverá, de ora em diante, tanta coisa que não cabe em recursos, que é preciso publicar para não perecer. De uma hora para outra, com a quebra da tradição, entrará um “novo deus” na doutrina e jurisprudência, e então vistamos a roupa nova para não ficarmos fora de moda. Fala-se em igualdade das partes no processo penal? Alguns vão mais além e a aplicam ao inquérito. Então haverá despachos, dos quais não cabe recurso (não por razões jurídicas, mas por razões práticas, quem recorrerá, intimando a parte contrária para razões, da negativa de busca e apreensão?), do tipo “justifique o Ministério Público a necessidade de adentrar na vida privada do indiciado”, ainda que preso em flagrante delito de crime grave. Dizer o quê?

Publicar o que se “recorta” da boa doutrina será então aqui nosso “recurso” (e já que se trata, em alguns despachos judiciais do “apele quem puder”, também diremos, leia quem quiser, mas quem quiser ler algo diferente do que entrou no “ar” como o “novo”, verá que podemos ter fundadas razões de contrariedade).

Afirmar contrariedade fora do processo (preferencialmente em artigos de doutrina) se tornará necessário, à medida que a quebra de autoridade da doutrina é acompanhada também de quebra de autoridade judicial. Deve haver algo de sério e grave numa unanimidade que não consegue sustentar-se diretamente com recurso à argumentação jurídica, precisando de métodos laterais de legitimação. Deve haver algo sério acontecendo quando o Judiciário e o Ministério Público, ambos com lugar na Constituição, tenham “unani-

midades” divergentes sobre a aplicação das leis, quando deveriam ambos estar em busca do mesmo objetivo: de resguardo da ordem jurídica.

O pensamento jurídico do Ministério Público deve afirmar-se como uma voz dissonante, que cultivará a pluralidade de vozes na discussão jurídica, a busca da tradição. Publicar não precisa do elemento “novo”, nem da originalíssima e idiossincrática opinião do gênio. Temos que publicar a própria “tradição”. Afirmar, contra idéias novas que se disseminam com velocidade inédita, doutrina diversa, que teremos de ter o trabalho de procurar, ou simplesmente repetir o óbvio. A quem disser com estranha naturalidade que precisamos de “provas” para investigar ou denunciar, afirmaremos que jamais foi isso que se pediu ao Ministério Público, que tem na dúvida a legitimidade de pesquisar, na defesa da vítima, até o último vestígio.

Temos que afirmar que não existe igualdade entre a vítima e o infrator. E que por isso mesmo não é preciso de “prova” para busca e apreensão, mas de razoável suspeita. É preciso “publicar” a opinião, por exemplo, de um Tourinho Filho, para que ela não pereça, na onda do novo que sequer parou para refletir, porque não deu tempo. E aí publicaremos uma opinião que não somente manifesta contrariedade, mas é também o “recurso” que não cabia. Para que seja “conhecida” e provida, futuramente, se quiserem parar para pensar. E assim integraremos com legitimidade a *cultura jurídica*. No caso concreto em questão, publicaremos opiniões que – por seu intrínseco valor, independente do nome do autor – possibilitem a reflexão. Será mesmo que deve haver essa igualdade entre vítima e infrator? Tourinho Filho dirá que não, reportando-se a citação de Jimenez Asenjo, da doutrina estrangeira, para dizer que é dever do Estado esgotar todas as diligências para descobrir o crime e sua autoria:

“É difícil estabelecer igualdade absoluta de condições jurídicas entre o indivíduo e o Estado no início do procedimento, pela desigualdade real que em momento tão crítico existe entre um e outro. Desigualdade provocada pelo próprio criminoso. Desde que surge em sua mente a idéia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para restabelecer, pois, a igualdade nas condições da luta, já que se pretende que o procedimento criminal não deve ser senão um duelo ‘nobremente’ sustentado por ambos os contendores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de culpabilidade do seu autor”.³

O autor de onde se retira a opinião acima pode não ser o jurista mais “novo” no mercado, mas a opinião que registra é “válida” em si, e com certeza por isso foi recolhida, da doutrina estrangeira, por Tourinho Filho. E citar a “corrente” é também reportar-se a uma tradição, não pelo *nome* de um ou de outro, mas porque em nossa opinião diz uma coisa que parece fazer sentido, e é assim que *nós* construímos a autoridade do autor (nunca ele próprio, são os outros que o fazem).

Cultura e catarse

Mas é preciso publicar para não perecer também de outras causas, tais como a perplexidade. Até porque a “cultura” (e a vocação cultural do Ministério Público lhe é parte essencial, para que se assegure a pluralidade de vozes na produção do conhecimento e da prática judicial) também serve para canalizar emoções que, nos dias de hoje, tenderiam a perturbar a *tranquilidade* da vida e da rotina de trabalho das instituições, como o sen-

3 Apud SCARANCE, Antônio Fernandes. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.51.

timento de impotência ou de desalento que se expressa em frases do tipo, “não, isso de novo, não”, ou “nisto eu não acredito ...”, sob formas mais saudáveis e urbanas do que a eventual retorsão. Inclusive porque não é aconselhável a retorsão, que sempre fortalece quem não era vítima, porque a verdade e a justiça da retorsão jamais poderão entrar em discussão pública, pelo menos não diretamente e não com seus nomes “próprios”.

A pluralidade que se diz fazer parte essencial da cultura jurídica é a pluralidade de opiniões jurídicas, que se sustentam e fundamentam em métodos razoáveis de discussão e argumentação, mas todas tendo o mesmo objetivo (óbvio): o de realizar a justiça, o bem comum, resguardar o regime democrático. Exemplo clássico dessa divergência frontal e pluralidade que chega ao antagonismo, em que ambas as opiniões são respeitáveis em si mesmas, está na discussão célebre travada no Supremo Tribunal Federal, por ocasião da discussão dos efeitos, para a subsistência do estelionato, da fraude bilateral (nesse caso, a respeitabilidade da discussão transparece na “letra” do acórdão, que vale a pena recordar, apenas para “inspiração”, STF – RHC n. 65:186, RTJ 124:195).

Agora, quando a divergência não tem outro sentido senão o de disfarçar a injustiça e entronizar valores pré-modernos (como está-se tornando comum na discussão criminal, que retoma à pré-modernidade, quando primeiramente se valorava a “pessoa” para depois, conforme o seu estrato político, valorar-se o fato criminoso, de modo que não era para um “nobre” que se usaria o mesmo “direito” que era aplicável a um vassalo), na verdade não há discussão alguma, porque contra a sofisticação não há argumentação, mas mera sucumbência perplexa. É preciso haver um modo respeitável de negar respeitabilidade ao que não a possui. Para isso haveremos de “cultivar” também a tradição.

Quando o homem é lobisomem do homem

Tempos como o nosso são tempos que dão guarida aos lobisomens (que são, segundo a lenda, aqueles lobos que assustam nas sextas-feiras, até serem feridos, quebrando-se o encanto), porque entronizam a “lei da selva” em que o homem é lobo do homem. Se fôssemos adotar a nova-linguagem do politicamente correto até o dito ficaria “*os homens e as mulheres são lobos e lobas dos homens e das mulheres*”. A troca do gênero masculino pelo duplo gênero é, na verdade, mais “inclusiva” e constitui o lado mais simpático e inofensivo da nova-linguagem. Mas do lobisomem, que é, gramaticalmente, substantivo masculino, teríamos de dizer mais: que ele, em essência, de certo modo, não tem gênero. E não desencanta fácil, pois que é vitalício.

Na década de 70, fez sucesso, pelo menos no Rio Grande do Sul, o romance *Porque acredito em lobisomem*, de Serafim Machado, advogado que contava um caso escabroso do Judiciário, nas instâncias estaduais e no Supremo Tribunal. Cuidava-se da arguição de nulidade do testamento de Auristela Alves Pereira, oligofrênica de nascimento, que – segundo a perícia, séria, que fora produzida no processo, contraditório, de interdição – jamais havia passado dos oito anos de idade mental e que, não obstante, após um processo administrativo de “revisão” da interdição, “apenas para poder testar”, recebido por petição do curador que, em três linhas, apontava “grave erro dos peritos” e pedia novo exame, na certeza de que suas conclusões lhe haveriam de ser favoráveis⁴, viu passar para os filhos do seu curador toda sua fortuna, que parece que não era pouca.

E daí em diante, o processo segue em diversos juízos, relatado e votado por diversos desembargadores e ministros (e muitos, porque houve, no Tribunal de Justiça e no STF decisões não unânimes, posteriormente discutidas em embargos de divergência). Uns,

4 MACHADO, Serafim. *Por que acredito em lobisomem*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1976.

desembargadores e ministros, minoritários, apontam que havia não apenas graves nulidades, mas também uma verdadeira “fraude” urdida para benefício do curador da testadora, fraude que jamais poderia convalescer na casa da justiça. Entre os vencedores, afora os expedientes de “excesso de prazo” (cinco anos para entrar em pauta o processo em grau de embargos no Tribunal de Justiça, e mais um ano para lavrar o acórdão), vai narrando o autor todos os “titubeios e tergiversações” de relatórios que conseguiam contradizer em poucas e frívolas palavras os juízes vencidos, pairando, ao fim de cada julgamento: “a impressão de que tudo viera abaixo no monumento judiciário, coerência, tradição, jurisprudência e outros valores que formam a majestade da justiça. (...) [é o] momento em que parecia ruir o último reduto dos desafortunados; pois, quando tais figuras de gabarito aprovam e sancionam tal disparate, tamanha afronta à lei e às normas seculares, o que mais resta esperar?”.

O inusitado acórdão, relata Serafim Machado, era composto de “citações de fatos irrelevantes, acórdãos sem muita pertinência ao assunto em debate, mas que servem para ir ocupando espaço”, como sói ocorrer nesses casos, para que por fim, numa linha distraída, se traduza e resuma a essência “jurídica”, que no caso do voto do desembargador relator vinha na conclusão de grande profundidade de que “mesmo o normalmente perfeito ‘é relativo’”. E sustentava então, o excelso vencedor, o “fundamento” de seu voto – desprezando a prova (um incômodo, nesses casos), unicamente no “depoimento do advogado da interditada”.

No Supremo Tribunal, a essa altura já formado por ministros nomeados após a chamada “redentora”, mais um acórdão majoritário seria desafiado por embargos de divergência, sendo ambos relatados com “malabarismos e frases ambíguas, contornando fatos e situações tão claras, sem lugar para dúvidas interpretações”.

“Foi quando passei a acreditar em lobisomem”, conclui Serafim Machado, para quem o sentimento que traz um caso como esses não tem propriamente nome, mas é algo como “um estado de enojamento por tudo, de descalabro total, dismantelo irremediável, como quem perde o entusiasmo e a crença por todos os valores humanos”.

Conjeturou-se, na época, que o caso Auristela tinha por objeto não tanto o testamento de uma oligofrênica, cujos sucessores talvez já nem mais esperassem justiça, mas era o verdadeiro julgamento da Justiça, e nisso teria semelhança com o famoso precedente do julgamento de Dreyfus, em que o advogado, Émile Zola, já relutara em aceitar a defesa, “porque, cético e descrente, achava ‘ridícula a luta da boa fé contra a fraude’”.

A reação à modernidade

Aqui faz sentido o paradoxo: o verdadeiro incrédulo é aquele que... acredita no lobisomem. Os mais céticos não nos desencantamos tão tragicamente, como Serafim Machado, que – pelo espírito de seu livro, parece que tinha mais fé do que devia na tradição jurídica e nos propósitos de moralização da “Redentora”. Talvez porque sejamos céticos, acreditando no bicho mesmo antes das provas e “de tudo o mais que dos autos consta”, é que procuramos compreender que espécie de Estado concede mais “espaço” para os lobos. Será importante não conceber, de modo ingênuo e sempre conveniente aos detentores do poder, que o bicho existe como uma “marca indelével da condição humana”. Não, os “lobisomens” de Serafim não são recorrências eternas da burocracia judicial, que seriam parte da natureza ou da ordem das coisas. Eles têm e ganham espaço em regimes que precisam deles, que são regimes que vão suprimindo as liberdades públicas, os valores democráticos, e entronizando sofismas e conveniências como “opiniões politicamente corretas”.

Já se produziu, em dez anos de medidas de emergência, suficiente quebra do conceito de “ordem jurídica”, quebra adequada para que o próximo passo seja a perda de qualquer padrão razoável de discussão e argumentação judicial, de qualquer expectativa razoável de que diante de determinada conduta seja decorrência legal determinada sanção. Onde nada

se espera, nada surpreenderá. Tudo é movimento e dinamismo. O que ontem foi perdoado, amanhã será punido, e “exemplarmente” – como sói acontecer em estados de exceção.

Farão falta – em tempos como o nosso – aqueles que afirmem com saudável senso comum, e mesmo na frente do bicho, que “lobisomem não existe”, e que traduzirão, nesse gesto, a prova de que a fraude, o sofisma e a conveniência política podem levar ao poder, mas não asseguram a honra ou a glória.

O politicamente correto entroniza “linguagens” novas, e normalmente tais linguagens serão um pouco míticas: falarão numa coisa, mas o que se produzirá é o contrário. Os maiores retrocessos – até mesmo em direito e processo – virão como marcas da insofismável afirmação da modernidade e da liberdade *possível*. As maiores conquistas modernas passam por mágica a serem “ab-rogadas” pelo “novo” espírito do mundo (um espírito que seria meio americano, fala-se em mudar nosso processo penal, na imprensa, para que fique um pouquinho como os filmes de júri, e muitos até se entusiasmam em coletar, para o novo mosaico pós-moderno, pedaços de tradições diversas, fazendo por fim uma grande salada que pode bem ficar com o pior de cada tradição, como se a solução fosse o recurso já velho de “mudar de nome”, que é na verdade a estratégia de mudar tudo para que fique tudo igual). Ouviremos – com a mais absoluta naturalidade, até em juízo e em acórdãos, verdades feudais como o *testis unus testis nullus*, a prova tarifada, etc. contra as quais a modernidade se construiu, e não com tanta facilidade (valeria a pena lembrar a luta de Mittermaier, traduzida, aliás, com clareza, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, ao fundamentar o “livre convencimento leal” do juiz na avaliação da prova, e mais, a participação ativa do juiz no processo, quando só pronunciará a dúvida favorável ao réu depois que esgotar a última fonte de convicção possível). Ouviremos, com a maior naturalidade, no processo judicial, o triunfo do pensamento cotidiano estampado nos jornais, e incentivado por quem na verdade não aprecia demasiado o que é “moderno”, para chegar a um “objetivo” final, não claramente expressado, mas que pode ser “deduzido” de pistas e sinais. O retomo a critérios medievais de avaliação da prova é recomendável a uma burocracia judicial que tem por tarefa não só aplicar o direito, mas também avocar os processos de determinadas pessoas, construindo, de modo disfarçado, novos privilégios de foro.

E isso se fará com a mais “liberal” das justificativas, que é de preservar as honras dos acusados contra a sanha persecutória de uma nova “inquisição”. Isto é, divulga-se à imprensa que o Ministério Público (defensor da sociedade) seria quem retomaria à Idade Média, quando a verdade é todo o contrário.

E com que naturalidade aparecerá a confusão, mesmo em processos, entre prova e indício, entre o princípio acusatório e a dúvida em favor do réu, e com que naturalidade se dirá que – se não podia pedir condenação com as provas do inquérito não podia o acusador processar, e por isso, se o fez, que indenize a pseudovítima, e por aí vai.

A “onda” de litigância contra o Ministério Público Federal insere-se nessa “histeria” antimoderna, fomentada pela imprensa, que é, no fundo, uma grande e bem armada reação contra a Constituição democrática de 1988.

Será preciso publicar para não perecer, à míngua, tendo nossos bens seqüestrados e penhorados nas novas “espécies processuais”. Vem-se disseminando uma “cultura”, segundo a qual o nosso “quinto poder” é algo terrível, que precisa pagar pela vitimização dos acusados. Estimula-se na imprensa uma espécie de histeria, e então o Judiciário aparece como protetor da dignidade do acusado contra a nossa suposta vilania. Somado a isso, vem o “interesse” a que a histeria é subserviente: as “perdas e danos” vêm de uma “instância” social que não admite que contra ela se levantem suspeitas, porque na melhor linha da ética absolutista, nem o rei, nem os que lhe são próximos, cometem crimes, quando muito “enganos”, cuja retratação será sinal de “ética” e valentia. Daí ser importante propalar, para

o público leigo (até mesmo profissional) o “espírito” de uma legislação, como a Medida Provisória n. 2.088, de 29.12.2000, que poderá até não vigorar, mas já cumpriu seu papel, que é o de sedimentar a idéia antidemocrática de que “todo acusado absolvido deve processar o acusador”, ou seu lado mais bárbaro, que a denúncia que não se prova é “calúnia”.

Será bom e nos trará algum conforto encontrar lucidez na tradição, por exemplo, do bom Maquiavel, que compreendeu muita coisa da política e não se furtou a dizer o certo e o errado, que tal coisa acontece, mas é fraude, que a fraude pode levar ao poder, mas não à glória, etc. Então, contra a barbárie, afirmaremos a boa tradição. Segundo o pensador renascentista, a boa república estabelecerá o princípio de que: “todo cidadão poderá ser acusado, sem qualquer temor ou perigo; uma vez estabelecido e bem observado este direito, os caluniadores devem ser punidos rigorosamente”. Afirma um pouco antes: “as calúnias devem ser detestadas nas cidades que vivem sob o império da liberdade (...) para isto, o melhor meio é abrir caminho às denúncias (...). Acusa-se os cidadãos perante magistrados, perante o povo, ou os tribunais; calunia-se nas praças públicas, em reuniões particulares. A calúnia é mais empregada sobretudo nos Estados onde a acusação é menos habitual, e cujas instituições não se harmonizam com este sistema.”⁵

Daí se compreende como e por que se fala em “calúnia” para que determinadas pessoas não “sofram” o que lhes é de direito: a acusação pública perante os tribunais. Sofram, então, as vítimas, porque o Judiciário não está interessado na persecução penal, apenas na proteção do réu (por inacreditável que seja, é o que se lê num artigo sobre o direito penal “moderno” de autoria de juiz federal, e que teria por fundamento certa doutrina “garantista”, etc.).

Então começamos a conectar os pedaços do novo mosaico. O “remédio abortivo da ação penal”, evocado em texto publicado no *Boletim da Associação Nacional dos Procuradores da República*⁶, não tem só aquele propósito “nobre” de antecipar a absolvição do acusado para evitar a “martirização” pelo processo (conceito que já é equívoco, como também a idéia que já circula que o processo penal é “a favor do réu”, quando o processo, qualquer um, é a favor das liberdades em plural, para conhecer, com seriedade, os fatos, e afirmar a “liberdade de todos”), que ali se delineou (até porque o texto não examinava a questão de um ponto de vista mais generalista, como fazemos agora).

O *habeas corpus* falso é também parte essencial de um projeto maior de reação contra a modernidade. O abuso do *habeas corpus* simboliza um retorno ao processo pré-moderno, já que se abusa da forma jurídica e da tradição para julgar pessoas relevantes, e não fatos criminosos, perpetuando a desigualdade formal de todos perante a lei, que é a base de nossa tradição colonial. Andará junto, o “abortamento” da ação penal ou de improbidade, com a confusão geral e inconstitucional das funções do Estado.

As indenizatórias, contra atos praticados pelo Ministério Público Federal, no mais das vezes abusarão da forma processual, no que tange à competência. Todos sabem que agimos no exercício da função, mas pode ser mais “conveniente” eleger o foro estadual. E aí o raciocínio supostamente jurídico para dizer que a competência é estadual é o mesmo que fundamenta a existência do artigo 22 da Lei n. 9.028/95 (segundo o qual, a Advocacia-Geral da União poderá representar judicialmente, quando quiser, alguns altos funcionários de Governo ou agentes do Poder Judiciário).

O raciocínio, juridicamente perverso, é mais ou menos o seguinte: quando o funcionário (de um bom escalão) é acusado, ele obviamente agiu, como diz o artigo 22,

5 MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio (“Discorsi”)*. Trad. de Sérgio Bath. 3. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994. Livro 1, capítulo 8, p. 45-46.

6 AYDOS, Marco Aurélio Dutra. O remédio abortivo da ação penal. *Boletim da Associação Nacional dos Procuradores da República*, n. 26, jun. 2000.

“no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público”. Agora, ao contrário, se o Judiciário rejeita as ações do Ministério Público Federal, tais ações não são ações da “instituição democrática do Estado”, mas daquelas pessoas enquanto entes “particulares”, que se apossariam da máquina estatal (entrariam no cargo) para dele abusar e contrariar o interesse público, e perseguir o interesse privado, daí porque a ação indenizatória civil jamais seria proposta pela pseudovítima para fazer que a União pague algo (porque seria, veja-se, a União também *vítima* da ação de vilania desse seu agente), mas sim contra o próprio agente enquanto particular, e uma ação cível entre dois particulares se resolve no foro estadual, dado o “óbvio” desinteresse da União. Que seja esse o argumento “jurídico” em discussão, é mais uma das conseqüências do nosso tempo de vigência – paralela à Constituição – da ilegalidade. Ou no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, é conseqüência da “singularidade do momento em que vivemos, no qual mesmo as noções jurídicas mais óbvias, mais primárias, são ignoradas ou simplesmente desaplicadas, dando margem, então, a que o curial apareça como problematizável, o evidente como duvidoso, o elementar como exotérico, o lógico como ilógico, o singelo como complexo e o básico como tema de alta indagação”.⁷

Em termos mais abstratos, mas não menos certos, aqui também se tem prova inequívoca desse nosso “salto” sobre o Estado moderno, para trás, quando voltam a unir-se, na mesma pessoa, a Coroa e o Rei (e acreditem ou não, talvez a Judiciário retorne rapidamente a ser manifestação da soberania do príncipe e não da lei). A modernidade construiu lentamente – como no representativo relato filosófico da jurisprudência medieval européia, de Ernst Kantorowicz, se demonstra – a tese da dualidade entre o corpo político do rei e o corpo político da Coroa (corpo místico, de inspiração teológica)⁸ que é, na realidade, predecessora do Estado moderno, da idéia de que os Estados são eternos enquanto seus governantes passam, da idéia de que podem os governantes pecar (cometer delitos) contra o Estado, podem usurpar poderes, etc.

0800-Disque juristas

E mais grave é que tempos de anormalidade constitucional são tempos também que verão, juntamente à quebra da tradição, o desaparecimento de autoridades sociais (com o aparecimento de novas autoridades, normalmente autoproclamadas, ou proclamadas por alguém que detenha poder de conferir uma espécie de grau ou “carteirinha” de intérprete correto do espírito da Constituição, sendo os demais ignorantes, atrasados e chicaneiros), uma quebra generalizada e crescente de decoro, e um aumento também generalizado de soberba, porque desaparecem as noções objetivas em que temos de nos fiar para agir no plano ético-jurídico. Para a grande convulsão de valores, é essencial que passem a valer “novos deuses”, e daí é normal que a tradição judiciária seja tomada de um certo “academicismo”, onde o que mais importa é o último título publicado. A soberba, que torna a vida das instituições judiciais passionalizada, a ponto de quase esquecer-se de aplicar o direito às partes (aplicando-o para premiar ou castigar os próprios agentes que as representam) atinge indiscriminadamente todas as instâncias. Não é uma “radicalização” que resolve atacar as instâncias inferiores como rebeldia contra a autoridade, ela é a própria quebra do conceito de autoridade de que são culpáveis as instâncias superiores. Nestas, a

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 758, p. 11, dez. 1998.

8 KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. Trad. de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

soberba manifesta-se como violência (que age de modo violento ou sofisticado, pela manipulação, como no caso dos “lobisomens que dirão que a decisão é x, embora o fundamento seja até o “normalmente perfeito é relativo”, ou ainda, que o réu “n” confessou, mas o depoimento deste co-denunciado “w” está muito bom e autoriza o trancamento da ação, e “apele quem puder”). Nas instâncias inferiores, a soberba manifesta-se como “retorsão” e, com o tempo (é o consenso pelo cansaço), até esta se esvai, e adentramos no campo da desistência.

E ainda pagaremos indenização, provavelmente em foro incompetente e por ritos sumaríssimos, aos acusados culpáveis e “prá lá de responsáveis”, em processos abortados pelo *deus ex-machina* do palco judicial, que ora parece trágico, ora comédia, e que, entre nós, desde o livrinho de Serafim Machado, atende pelo nome de “lobisomem”?

Melhor não responder, ainda. Mas na necessidade de “publicar” o pensamento jurídico do Ministério Público, para que não pereça a democracia, também se afirma a vocação do Ministério Público, que é “política” em sentido amplo, por não aceitar a ditadura do “politicamente correto” que se ensaia entre nós, sem qualquer sinal de resistência. Por isso, e também como “o último recurso”, nos fará bem a cultura, não só como formadora de opinião pública verdadeira (plural) e combatente do “politicamente correto”, mas também como “catarse”. Hannah Arendt já citava Isak Dinesen para traduzir o elemento catártico da cultura e sua função (positiva) na vida política, para eliminar o ressentimento: “todas as desgraças podem ser suportadas se você as colocar em uma estória ou narrar uma estória a respeito delas.”⁹

Nem tudo precisa ser alienado. Engajemo-nos no autêntico “publicar”, mesmo que seja de peças jurídicas que achamos simples e pouco originais, mesmo que seja de “colagens” de opiniões de outros, porque até o “selecionar” de boas opiniões de outros está fazendo falta. Publiquemos independentemente de autoridade acadêmica, até porque ela é relativa, e por vezes absolutamente independente da autoridade profissional, que vem da labuta responsável do dia-a-dia, da resolução de problemas concretos e da necessidade de ser parte ativa na consecução do bem comum, através da prática institucional, e não meramente espectador irresponsável, ou ator interessado na coleta dos bônus (poder ou dinheiro) que advirão da opinião jurídica oferecida em “consultorias”, como ocorre com muitos dos que se intitulam, entre nós, juristas e doutrinadores.

A instituição democrática e constitucional do Ministério Público, criação idiossincrática da nossa tradição, cuja antítese é o Estado-policia, deve fortalecer-se para poder incutir vida e energia ao regime democrático, que anda tão fraquinho.

Publicar será também um jeito de continuar existindo e construindo-se, resistir contra todos que tramam o nosso óbito, ou pelo menos, nossa pseudo-existência como instituição que convenha mais aos príncipes do que à defesa da ordem jurídica, como um “apêndice” do Poder Judiciário, como já voltam alguns a defender explicitamente.

Publicar ou perecer parece, enfim, uma disjuntiva autêntica. Publicando, tentaremos resgatar a cultura jurídica verdadeira, que sempre foi e sempre será pluralista e não unânime, para que saibam os novos intérpretes do espírito vivo da Constituição que haverá quem resista à democracia fictícia, que tudo decidirá pelo recurso a quantidades de opiniões previamente manipuladas, uma democracia em que todos somos finalmente iguais, mas igualmente nulos, porque o que é jurídico, moderno e constitucional será resolvido pelo método hipermoderno do 0800-Disque Juristas.

9 ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972. p.323.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Paulo Gilberto Cogo Leivas

1 Introdução

A responsabilidade do Estado por ato legislativo é um tabu que ao longo deste século está sendo paulatina e muito lentamente superado.

Entre as razões para a não-aceitação da responsabilidade civil do Estado por danos causados em face de lei, está a entendimento de que a criação de normas jurídicas constitui função de órgão da sociedade – o parlamento – e não do Estado.

Trata-se de uma concepção não conciliável com o atual estágio de evolução do Estado Democrático e Social de Direito. Segundo Konrad Hesse, “esse dualismo radica ainda nas idéias liberais (pré)-democráticas do tempo anterior a 1918, que eram expressão da relação entre poder estatal, que se personificou no governo e aparato de funcionários monárquicos, e uma ‘sociedade’ excluída em grande medida, da determinação e configuração política, cuja vida, fundamentalmente, mesmo se regulava, enquanto o ‘Estado’ somente tinha de garantir os pressupostos desse transcurso, que obedecia a leis próprias, e intervir em caso de perturbações”.¹

Outro argumento esgrimido contra a admissão dessa espécie de responsabilidade é o de que a lei é um ato soberano e, como ato soberano, não pode deixar de ser reputada como um ato perfeito e acabado.

A soberania é compreendida como poder supremo e independente. Portanto, soberano é apenas o titular do poder constituinte, conforme expressa Loewenstein². Logo, o Parlamento legislador não é órgão soberano, porque possui competências delimitadas pela Constituição.

Dizem outros que a lei geral e abstrata não é suscetível de provocar danos merecedores da tutela ressarcitória. Ocorre que muitas leis não são leis gerais e abstratas, e mesmo leis gerais e abstratas podem causar danos especiais e anormais a alguns cidadãos.

Fala-se ainda da ausência da relação de imediação entre a violação e a ação nos atos legislativos. Ocorre que leis individuais possuem executividade imediata (por exemplo, reintegração de funcionário aposentado injustamente demitido) e mesmo leis gerais podem causar danos *ope legis*.

Por fim, argüi-se que os danos causados por uma lei podem ser tão numerosos que a eventual aceitação da responsabilidade do Estado poderia fazer perigar gravemente o equilíbrio das finanças públicas.

Entretanto, o princípio da igualdade como direito fundamental vem a exigir uma distribuição igualitária dos encargos públicos, por toda a sociedade. Não é justo que certas pessoas arquem com um ônus maior que outras pessoas.

1 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

2 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 172.

O presente trabalho centra-se em uma análise da responsabilidade civil do Estado por ato legislativo, nos Direitos alemão, francês, português e brasileiro.

Ato legislativo é toda lei em sentido formal. Ordinariamente, a lei parlamentar é também lei em sentido material.³ Entretanto, há leis em sentido formal que não são normas jurídicas, como as leis de efeitos concretos. Os preceitos legais de conteúdo concreto, ainda mesmo quando esgotam a sua própria execução, nem por isso deixam de ser leis. O traço de generalidade, portanto, não é elemento essencial das leis.

Não obstante possuírem ponto de ligação com a matéria, não serão analisadas a responsabilidade por omissão legislativa e nem responsabilidade por leis em sentido material, por merecerem estudos específicos. Para o nosso estudo, consideraremos os danos causados por leis em sentido formal.

2 A Doutrina e a jurisprudência sobre a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo nos direitos francês, alemão e português

2.1 Direito francês

Na França, a reparação de danos causados por atos legislativos pressupunha, no século XIX, a vontade expressa do legislador, no sentido de conceder a indenização. Assim, as leis de 1º de maio de 1822, sobre proibição do fabrico e destilação de aguardente em Paris, e de 1848, sobre a abolição da escravatura, previram essa indenização.⁴ Fora desses casos, valia a tese tradicional da irresponsabilidade do legislador, como corolário da soberania.

Duguit, num estudo de 1910, a partir da crítica à noção de soberania, preconiza a obrigação de o Estado indenizar os danos resultantes de leis que proíbem ou restringem uma certa atividade.⁵

No início do século XX, começa a se desenvolver a idéia da igualdade perante os encargos públicos, destacando-se nessa linha Brunet, que afirma que “o princípio da igualdade perante os encargos públicos e as vantagens sociais é o melhor critério de responsabilidade, necessariamente objetiva, do Estado legislador; a lei pode excluir a indenização, mas, no silêncio da lei, o juiz deve presumir que o legislador quis indenizar”.⁶

Assim, em 14 de janeiro de 1938, pela primeira vez o Conselho de Estado reconheceu, no *arrêt La Fleurette*⁷, a obrigação de o Estado indenizar os danos causados por uma lei que não previra expressamente indenização. Uma lei de 9 de julho de 1934 interditou a fabricação de todos os produtos suscetíveis de substituir a nata natural, que não fossem exclusivamente de leite. Em consequência, uma empresa teve que renunciar à sua atividade, que consistia em fabricar um produto nas condições vedadas pela lei, chamado de *grandine*. Segundo a decisão, o prejuízo que a lei causou foi especial⁸ e grave.

3 BÜLOW, Eric. La legislación. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 727 ss.

4 MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 29.

5 Cf. VEDEL Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 12. ed. Paris: PUF, 1992. v. 1., p. 638.

6 BRUNET, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, 1936, apud MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 33.

7 “CE Ass. 14 janvier 1938, Soc des produits laitiers La Fleurette, p. 25, D 1938.3.41, concl. Roujou, note L. RoUand, RDP 1938, p. 87, concl., note G. Jeze, S 1938.3.25, concl., note P. Laroque: “Rien, no dans le texte de la loi ou de ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe normalement pas; cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité.” (CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1, p. 1.264).

8 Segundo René Chapus: “elle paraît éte la seule à tomber sous le coup de la loi”. (ob cit. supra).

O *arrêt La Fleurette* fez escola na França, fundando as bases para outras decisões símeis do Conselho de Estado, entre as quais destaca-se o *arrêt Sovero*, de 3 de janeiro de 1963. Uma lei proibiu a execução de decisões judiciais pronunciando o despejo de locatários que fossem familiares de militares servindo na África do Norte, na Guerra da Argélia. Bovero, que era locador de um destes imóveis, propôs ação judicial, pedindo que o Estado lhe indenizasse os danos causados, obtendo decisão favorável do Conselho de Estado.⁹

A doutrina e a jurisprudência têm sistematizado as condições para o reconhecimento da responsabilidade pelo fato da lei. Não admite-se a responsabilidade, quando a lei busca atender ao interesse público¹⁰. Nesse aspecto, o Conselho de Estado só garante o direito de indenização quando o interesse público, em nome do qual se impõe o sacrifício, se confunde com o interesse coletivo duma categoria social e econômica bem determinada. Em contrapartida, a indenização é recusada se a lei intervém para tutela de interesse geral (defesa nacional, salvaguarda da saúde pública, legislação econômica).

Também são condições a especialidade e a anormalidade do dano, ambas tendo como suporte o princípio da igualdade diante dos encargos públicos. Em verdade, a condição de especialidade é intrinsecamente ligada ao próprio fundamento da responsabilidade: ela permite reconhecer que a igualdade foi rompida. Para ser identificada a especialidade, segundo Vedel e Devolvé, há de se verificar inicialmente se apenas uma ou algumas pessoas foram atingidas pela situação prevista na lei: *“Si les administrés placés dans la même situation subissent tous un dommage, il n’y a pas de rupture de l’égalité; si, parmi eux, un seul ou quelques-uns de subissent, l’égalité est rompue; elle doit être rétablie par l’octroi d’une indemnité.”*¹¹

No *arrêt La Fleurette*, a vítima foi uma só pessoa, era a única empresa que fabricava o produto que imitava a nata do leite. Todavia, no *arrêt Sovero*, um número indeterminado de pessoas foi atingido, embora, segundo o Conselho de Estado, a lei atingiu somente os proprietários que haviam locado seus imóveis para famílias com pessoas participando da guerra, o que satisfazia o requisito da especialidade.

A anormalidade diz respeito a um certo grau de importância¹² dos prejuízos causados pela lei, pois os membros da coletividade devem suportar os inconvenientes ordinários da vida em sociedade. Vedel e Devolvé¹³ afirmam que muitas vezes a anormalidade se confunde com a gravidade do dano. Entretanto, sublinham que certos danos, por sua natureza mesmo, não serão jamais anormais, ou serão sempre anormais, qualquer seja sua gravidade, enquanto outros são anormais somente a partir de um certo grau de gravidade. Sublinham o aspecto da razoabilidade na aferição da anormalidade: *“On peut dire que la condition d’anormalité est un instrument aux mains du juge pour ‘tenir’ la responsabilité sans faute dans des limites raisonnables.”*

2.2 Direito alemão

A responsabilidade civil por ato legislativo, no Direito alemão, tem por fundamentos a teoria da expropriação ou sacrifício, aplicada às hipóteses de danos causados por leis constitucionais, e o ilícito administrativo, aplicado à lei inconstitucional.¹⁴

9 MEDEIROS, Rui, *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*, cit., p. 36.

10 Cf. VEDEL Georges; DEVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, cit., v. 1, p. 637 e ss.

11 Ibidem., p. 626 e ss.

12 *“Anormal, c’est-à-dire (au sens de la jurisprudence) atteignant un certain degré d’importance, car les membres de la collectivité doivent supporter sans compensation (sous peine qu’il n’y ait pas de vie sociale possible) les gênes et inconvénients ordinaires de la vie en société.”* (CHAPUS, René, *Droit administratif général*, cit., p. 1.253).

13 Cf. Georges Vedel; Pierre Devolvé, *Droit administratif*, cit., p. 628.

14 MEDEIROS, Rui, *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*, cit., p. 38-39.

2.2.1 Responsabilidade por atos legislativos constitucionais – teorias da expropriação e do sacrifício

No Estado de polícia prussiano, reconhecia-se a concessão de indenização em caso de sacrifício de direitos adquiridos dos particulares pelos príncipe. Esse princípio foi reafirmado no parágrafo 75 da Introdução ao Código Geral prussiano. Entretanto, uma ordem do gabinete prussiano, de 4.12.1831, impediu a aplicação do sacrifício à atividade legislativa. Portanto, o Direito alemão recusava indenizar os danos causados por leis, exceto no caso de previsão expressa. Otto Mayer é enfático ao defender esta posição: “*Il faut de cette maxime – que la loi n’indemnise pas, à moins qu’elle ne le dise expressément.*”¹⁵

O século XIX assistiu, na Alemanha, ao desenvolvimento do instituto da expropriação, com o direito do expropriado de ser indenizado. A doutrina passa a alargar o conceito de expropriação para incluir as expropriações não intencionais ou meramente acidentais, ou seja, consequências atípicas da medida legislativa adotada. O artigo 14, III, da Lei Fundamental de 1949¹⁶, passa a prever as expropriações legislativas e nega ao legislador a possibilidade de afastar o direito à indenização. O Tribunal Constitucional Federal, todavia, em uma decisão de 15.7.1981, recusou alargar o conceito da expropriação. Desde então, parte da doutrina e o Tribunal Federal têm fundamentado a obrigação de indenizar as consequências danosas causadas por atos legislativos, com base no princípio do sacrifício.¹⁷

O Tribunal Federal passou também a aplicar o princípio do sacrifício aos casos de danos não-patrimoniais, sendo sua decisão paradigmática a relativa ao caso de uma criança que foi vacinada pelo médico da saúde pública, com base numa lei que impusera uma vacinação obrigatória. Embora as reações às vacinas, em regra, fossem muito leves, essa criança sofreu um prejuízo grave e duradouro para a sua saúde. O Tribunal concedeu uma indenização pelos danos patrimoniais suportados (*BGHZ* 9, 83).

Entretanto, a concepção dominante é no sentido de que a aplicação do princípio do sacrifício aos danos provocados pela lei a bens não-patrimoniais valeria tão-somente contra agressões a bens jurídicos protegidos pelo artigo 2.2 da Lei Fundamental: a vida, a integridade física e a liberdade.¹⁸

2.2.2 Responsabilidade por leis inconstitucionais

Durante a monarquia constitucional, não tinha sentido falar em responsabilidade do Estado pelo ilícito legislativo, uma vez que, aplicada a teoria do mandato às relações entre o príncipe e os funcionários, o comportamento destes só era imputado ao Estado quando conforme à lei.

Houve um tempo em que se discutia se o legislador poderia ser equiparado a funcionário, para fins de indenização. É que a Constituição de Weimar, no seu artigo 131, consagra expressamente a responsabilidade do Estado, no caso de um funcionário violar um dever de função para com terceiro. Todavia, o Tribunal do Reich amplia a noção de funcionário. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, em conformidade com a interpretação

15 MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1906. v. 4, p. 243-244.

16 “Art. 14.3 – Solo procedera la expropiacion (*Enteignung*) cuando sea en interes comun, y se producira unicamente por ley o en virtud de una ley, que determinara la modalidad y el alcance de la misma. La indemnizacion (*Entschddigung*) se ajustara mediante una justa ponderacion de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto se dara recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnizacion.”

17 MEDEIROS, Rui, *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*, cit., p. 38-39.

18 *Ibidem*, p. 43.

dada pelo Tribunal do Reich, utiliza a expressão “no exercício de um cargo público”¹⁹ no lugar de “funcionário”.

O maior obstáculo ao reconhecimento da responsabilidade do Estado por lei inconstitucional, na Alemanha, é a exigência de que os atos sejam ilícitos e culposos. É que o parágrafo 839/BGB continua em vigor, no qual a culpa é pressuposto da responsabilidade civil, bem como o fato de culpa do lesado na produção do dano excluir totalmente o direito de indenização.

A discussão hoje centra-se em saber se existe dever de função do deputado para com terceiro. A concepção dominante recusa a existência de deveres de função dos deputados para com terceiros, pois do caráter geral e abstrato da lei resulta que o legislador só atua no interesse da coletividade, e não no interesse de determinadas pessoas, salvo no caso de aprovação de leis individuais ou leis-medida.

Alguns autores tentaram ultrapassar as limitações da responsabilidade do Estado contidas no parágrafo 839/BGB, fundamentando a aplicação do instituto da expropriação (ou do princípio do sacrifício) aos casos de agressões legislativas ilícitas na propriedade dos particulares (art. 14, III, da Lei Fundamental). Os Tribunais, com base em decisão do Tribunal Constitucional Federal, tem recusado essa interpretação.

2.3 Direito português

A maioria dos autores portugueses que defendem a responsabilidade por ato legislativo utilizam-se do princípio francês da igualdade perante os encargos públicos. Diz Canotilho²⁰ que, nesses casos, devem ser conciliados os princípios da socialidade com o da igualdade. A questão, que não é específica das leis, diz respeito ao reconhecimento de uma conformação social positiva, socializando os danos causados desigualmente, a um ou vários indivíduos, pela atuação estatal. Assim, sempre que houver prejuízo especial e grave imposto aos cidadãos em nome do interesse público, deveria haver a indenização. Entretanto, admite que o Decreto-Lei n. 48.051 não abrange a responsabilidade da função legislativa.

Canotilho menciona obras de dois autores portugueses, Nobre de Melo e Fezas Vital, como os únicos dignos de referência. O primeiro aceitou a responsabilidade resultante de lesões causadas por leis, porém somente se se tratasse de leis inconstitucionais: “Se o poder legislativo exercer a sua ação dentro dos limites constitucionais, é irresponsável pelos danos causados”. Fezas Vital, por sua vez, fala que, nas hipóteses em que a desigualdade fosse flagrante, devia o legislador decidir favoravelmente às pretensões da vítima, sem estar juridicamente a isso obrigado.

Rui de Medeiros merece também referência, pois realiza uma exaustiva análise da matéria sob exame. Diz ele que a admissibilidade duma responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais resulta claramente do artigo 22 da CRP²¹, sendo seus pressupostos a ilicitude do comportamento do legislador e a existência de culpa. Além disso, os atos legislativos lícitos que afetam intencionalmente o conteúdo essencial de direitos subjetivos patrimoniais conferem aos proprietários lesados o direito ao pagamento de uma indenização.

19 “Art. 34 – Si alguien vulnera en el ejercicio de un cargo publico del que sea titular los deberes que su funcion le imponga frente a terceros, la responsabilidad recaera, en principio, sobre el Estado o la entidad a cuyo servicio aquel se enaunten, si bien queda a salvo el derecho de regreso contra el infractor si mediase intencion deliberada o negligencia grave. No se podra excluir el recurso judicial ordinario para la accion de danos y perjuicios (Anspruch auf Schadenersatz) ni para la de regreso (Ruckgriff).”

20 CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, p. 153 e ss.

21 “Artigo 22º (Responsabilidade das entidades públicas) – O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.”

3 A Responsabilidade do Estado legislador na doutrina e jurisprudência brasileiros

A responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais é aceita por grande parte da doutrina brasileira. Entretanto, a responsabilidade por leis constitucionais danosas possui raros defensores.

Cretella Júnior não admite a responsabilidade por lei constitucional, mesmo causando dano, a não ser que, por exceção, passe a enquadrar situações excepcionais, o que lhe retira a característica de lei. Em relação às leis inconstitucionais, entretanto, aceita a responsabilidade sem reservas.²²

Hely Lopes Meirelles expressa o entendimento de que o Estado deve ter responsabilidade em caso de lei inconstitucional, que atinja o particular *uti singuli* e for demonstrada a culpa. Sustenta que a soberania e o fato das normas serem abstratas e impessoais impossibilita, a princípio, o reconhecimento da responsabilidade do Estado legislador.²³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite a responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais. Entretanto, o reconhecimento depende da prévia declaração do vício pelo Supremo Tribunal Federal.²⁴

A exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, pode inviabilizar o reconhecimento da responsabilidade nas hipóteses de lei revogada, pois o STF tem-se posicionado pela perda de objeto das ADIns quando ocorre essa situação. Outra limitação é o número limitado de autoridades e órgãos com legitimidade ativa para essas ações.

Assim, se não se aceitar a declaração de inconstitucionalidade por via do controle difuso, com possibilidade do Supremo Tribunal Federal pronunciar-se sobre a matéria por via recursal, haveria grande dificuldade para o reconhecimento da responsabilidade por danos causados por leis inconstitucionais.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em diversas decisões²⁵, sempre com relatoria do Juiz Osvaldo Alvarez, admitiu a responsabilidade do Estado por lei julgada inconstitucional. E o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello, expressa o mesmo entendimento²⁶, citando também outros julgados com essa posição.

Almiro do Couto e Silva é um dos raros juristas brasileiros que admitem a responsabilidade por dano causado por lei constitucional. Aplica o princípio da igualdade perante

22 CRETILLA JÚNIOR, José. *Responsabilidade do Estado por ato legislativo*. Revista de Direito Público, n. 71, p. 60-75, jul./set. 1984.

23 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 561-562

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

25 “Ementa: administrativo. Processual civil. Agravo de instrumento. Sistemas de poupança, captação e garantia de poupança. Responsabilidade da União Federal por ato legislativo. Requisitos. Estado de direito. Estado democrático de direito. Unicidade do poder estatal. Exclusão da lide. Natureza da decisão. Princípio da fungibilidade recursal. Avaliação doutrinária e jurisprudencial. Improvimento ao agravo. (...) É matéria de competência legislativa privativa da União Federal os sistemas de poupança, captação e garantia de poupança (art. 22, inc. 19, da CF-88). No âmbito publicista, afirmou-se a responsabilidade do Estado (adaptada a partir do ramo privado) por danos de seus representantes causados a terceiros, mesmo sem culpa. Dita responsabilidade não se restringe ao Poder Executivo, mas se estende também aos atos legislativos não ungidos pela Constituição porque ferem a sociedade que a reconhece e por ela se rege, não se compreendendo o Estado puna aos infratores e se subtraia, impunemente, ao cumprimento de sua lei básica, mesmo porque, provindo tais atos de órgãos colegiados, impossível ulterior ação regressiva contra esses serviços públicos (*latu sensu*), ocasionalmente culposos de edição de ato inconstitucional (Juarez C. Silva), na forma do decidido pelo STF (RE n. 8.889, 1ª Turma, v.u., 19.7.1948). São requisitos a verificação da responsabilidade: (a) declaração de inconstitucionalidade; (b) dano concretamente causado ao cidadão e (c) nexo de causalidade. Indemonstrado naquele primeiro, no caso. Negado provimento ao agravo. (ag n. 92.04.09267-0, DJU, de 9.9.1992, p. 27.603)”.

26 Despacho do Ministro Celso de Mello no RE n. 153.464, de 2.9.1992.

os encargos públicos, extraído do Direito francês, do mesmo modo que entende que os requisitos para essa responsabilidade são a normalidade e a especialidade do dano.²⁷

Foi apurado um único caso em que houve decisão favorável à indenização dos danos por atos legislativos constitucionais. Trata-se de decisão proferida em 4.8.1971 pelo TASP, tendo decidido o Tribunal pelo cabimento da indenização a favor da apelante, empresa exploradora de madeiras, pelo prejuízo decorrente de lei estatal – Lei n. 8.656, de 16.1.1965 – que criou a reserva florestal do Vale da Paraíba, afetando o direito de propriedade da autora, ao proibir o corte de suas matas.²⁸

4 Conclusão

O princípio da igualdade perante os encargos públicos, no Direito brasileiro, é um corolário do princípio da igualdade, incluído no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal.

Portanto, a recusa em conceder uma indenização a pessoas que sofrem, de modo anormal e especial, um dano em face de ato legislativo, mesmo que não seja detectada nenhuma inconstitucionalidade, violaria o princípio da igualdade.

Não pode ser olvidada, contudo que, em determinadas situações, os recursos públicos poderão ser seriamente comprometidos, o que traz enormes dificuldades nesse campo.

Do Direito alemão, utilizamo-nos da cláusula restritiva da “reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo possa razoavelmente exigir da sociedade”.

Essa cláusula expressa a necessidade de ponderação de princípios, levando-se em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas, extraíndo-se um direito à indenização, quando o princípio da igualdade tem um peso maior que o princípio do equilíbrio orçamentário.

Contudo, somente em casos limites seria possível que, em uma ponderação de princípios, fique prejudicado o direito daquele que sofreu um dano anormal e especial e, em decorrência disso, possui um direito a ser indenizado.

Trata-se, portanto, de aplicação das teorias dos direitos fundamentais e dos princípios à matéria aqui analisada, sendo que nesse particular, a obra de Roberto Alexy²⁹ é um instrumento essencial nessa tarefa.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BÜLOW, Eric. La legislación. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1977.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 12. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1.

COUTO E SILVA, Almiro. A responsabilidade extracontratual do estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 19-41, out./dez. 1995.

27 COUTO E SILVA, Almiro. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 19-41, out./dez. 1995.

28 AC n. 157.299, 4.8.1971, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 144, p. 162-164, jul./set. 1972.

29 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. *Revista de Direito Público*, n. 71, p. 60-75, jul./set. 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1906. v. 4.

MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 12. ed. Paris: PUF. 1992. v. 1.

O SISTEMA PENAL MILITAR DOS EUA

Ricardo de Brito A. P. Freitas

Sumário: Introdução 1. A Presença da Justiça Militar no Mundo 2. O Sistema Judicial Militar Americano 2.1. *A Summary Court-Martial* 2.2. *As Special Courts-Martial* 2.3. *As General Courts-Martial* 3. Competência *Ratione Personae* da Justiça Militar Americana 4. O Direito Militar Disciplinar 5. Conclusões.

Introdução

O estudo da legislação estrangeira, bem como o de sua doutrina, é, como se reconhece, de grande relevância. Por intermédio do exame do direito de outros povos, pode-se obter uma idéia mais ampla dos institutos jurídicos, da organização judiciária, enfim, de seus princípios reitores e, conseqüentemente, melhor compreender as virtudes e deficiências do direito pátrio. Sem ter qualquer pretensão de fazer direito comparado, pretendo, neste despretensioso artigo, examinar alguns aspectos do sistema penal militar americano, contribuindo, assim, para que possamos refletir sobre o nosso próprio sistema penal militar.

A minha hipótese de trabalho é a seguinte: a existência das cortes marciais no sistema penal americano implica em maiores restrições ao direito de defesa dos acusados, o que seria inconcebível no âmbito de um Estado democrático de direito. Acertada ou não tal idéia, a discussão é, sem dúvida, importante, e pretendo subsidiá-la através deste pequeno trabalho. Decerto não tenho a pretensão de exaurir o tema proposto no título do presente texto, extraordinariamente vasto e complexo, contudo, creio ser importante alinhar algumas das características essenciais da organização judiciária militar americana e, de forma geral, compará-la à de outros Estados, para que possamos, aí sim, munidos de fundamentos legais e doutrinários, ter uma noção mais clara acerca do mesmo, inclusive no que diz respeito às garantias da defesa do direito penal militar americano.

1 A presença da justiça militar no mundo

Por regra, na generalidade dos Estados independentes, democráticos ou não, onde há Forças Armadas há Justiça Militar funcionando, também, em tempo de paz. Ela existe, inclusive, nos Estados de maior extensão territorial e de maior população como, por exemplo, na China, na Rússia, no Reino Unido, na Índia, na França, na Itália e na Espanha¹. Por exce-

¹ Na Espanha, o texto legal básico referente à organização e competência da Justiça Militar é a *Ley Orgánica* 4/87, de 15.6.1987. O órgão de cúpula na organização judiciária militar espanhola é a chamada *Sala de lo Militar del Tribunal Supremo*, secundada pelo *Tribunal Militar Central*, *Tribunales Militares Territoriales*, juízes militares togados centrais e territoriais. Na Itália, existe um único diploma legal englobando normas substantivas e processuais penais militares. Trata-se do *Codici Penali Militari*, criado através do Regio Decreto n. 303, de 20.2.1941, alterado posteriormente por várias leis. Todavia, a atual organização judiciária militar italiana só surgiu com o Regio Decreto n. 1.022, de 9.9.1941. Nele, encontramos a previsão da existência de tribunais militares de bordo e tribunais militares territoriais, além do Tribunal Supremo Militar. Com o advento da Legge n.180, de 7.5.1981, modificou-se a estrutura judiciária militar italiana, com a substituição do Tribunal Supremo Militar pela Corte Militar de Apelação, extinguindo-se os Tribunais Militares de Bordo e transformando-se os Tribunais Militares Territoriais em Tribunais Militares, simplesmente. Na França, o *Code de Justice Militaire* (Loi n. 82-621 du 21.7.1982; Décr. n. 82-984 du 19. 11.1982) prevê a existência dos *Tribunaux aux Armées en Temps de Paix*, sempre sob o controle da *Cour de Cassation*.

ção, os únicos países onde não há Justiça Militar em tempo de paz são a Suécia, a Noruega, a Dinamarca e a Alemanha². Nos Estados de tradição jurídica romanística, muitas vezes a existência da Justiça Militar em tempo de paz decorre do próprio texto constitucional. A Constituição italiana, por exemplo, dispõe no seu artigo 103:“(…) Os tribunais militares em tempo de guerra têm sua jurisdição estabelecida em lei. Em tempo de paz a têm somente para os crimes militares cometidos pelos integrantes das Forças Armadas”³. Todavia, não encontramos referência a Justiça Militar nem na Constituição francesa nem na Espanhola. Não obstante, nesses dois países admite-se que ela encontra-se fundada no texto constitucional, até porque na Espanha, por exemplo, a Constituição remete para a lei orgânica do Poder Judiciário a constituição, funcionamento e governo de seus órgãos (art. 122).

No Brasil, a Justiça Militar é bem antiga, tendo sido criada em 1808, com a chegada da família real. Contudo, a sua previsão constitucional só veio a ocorrer com a primeira Constituição da República, instalada, como se sabe, através da decisiva ação militar. Aliás, é interessante observar que a inexistência de previsão constitucional da Justiça Militar no período imperial corresponde ao reduzido prestígio das Forças Armadas nessa fase de nossa história, situação só alterada após a guerra do Paraguai.

Os Estados Unidos, portanto, não constituem uma exceção à regra. Também o sistema judicial militar americano funda-se na própria Constituição, e sua existência em tempo de paz não é objeto de contestação política ou doutrinária.

2 O sistema judicial militar americano

Historicamente, o sistema judicial militar americano foi sempre muito extenso, o que se explica pelo tamanho das Forças Armadas dos EUA e pela sua capacidade de intervenção externa, sobretudo a partir do século passado. Contudo, pode-se observar, nos últimos tempos, uma diminuição do número de casos julgados pela Justiça Militar americana, fenômeno que se explica em razão da redução do efetivo regular de todas as Forças e da extinção do serviço militar obrigatório.

O sistema judicial militar americano encontra-se plenamente integrado ao sistema judicial americano, assim como ocorre com os sistemas judiciais federal e estaduais. Assim como estes, o sistema judicial militar americano, no seu funcionamento, encontra-se inteiramente subordinado à Constituição dos EUA. Além dela, outras fontes do direito penal militar americano são o Código Uniforme da Justiça Militar (UCMJ), promulgado pelo Congresso em 1950, amplamente reformado em 1968, e mais uma vez reformado em 1989; os decretos promulgados pelo Presidente e Secretários de Defesa; decretos promulgados por vários comandantes e, como não poderia deixar de ser, a jurisprudência dos tribunais militares e da Suprema Corte. Em termos de organização judiciária, o diploma legal que prevê e regula o funcionamento dos órgãos do sistema é o Manual para as Cortes Marciais (MCM), recentemente reformado em 1993.⁴

Ainda quanto à organização judiciária, os órgãos judiciais de 1ª instância são: as *Summary Courts-Martial*, as *Special Courts-Martial* e as *General Courts-Martial*. Existem duas cortes recursais: a *Court of Criminal Appeals* (CCA), para cada uma das quatro Forças; e a *Court of Appeals for the Armed Forces* (USCAAF). Ressalte-se que, quando se trata do julgamento de militares da mais alta patente, os recursos podem ser conhecidos e julgados pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos.

2 Cf. JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco. *Introducción al derecho penal militar*. Madrid: Civitas, 1987. p.77 e ss.

3 MAZZI Giuseppe; BRUNELLI David (Orgs.). *Codici Penali Militari enorme complementari*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1995. p.20.

4 SHANOR, Charles A.; HOGUE, L. Lynn. *Military law*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1996. p.103-104.

No geral, pode-se afirmar que o sistema judicial militar nos Estados Unidos é análogo aos sistemas penais federal e estaduais, todavia, em alguns aspectos particulares, há diferenças decorrentes das peculiaridades da vida militar. Nesse sentido, reconhece a Suprema Corte (1974) que, pelo fato da sociedade militar ser uma sociedade separada da sociedade civil, o direito penal militar existe de modo independente do direito que é aplicado pelo sistema judiciário federal.⁵

O raciocínio exposto no parágrafo anterior não parece ser suficientemente digno de fundamentar a existência de uma Justiça Militar em tempo de paz. As Forças Armadas, pelo menos em um Estado democrático de direito, não podem existir sob o argumento de que constituem uma sociedade fechada, com valores próprios e um código de conduta particular. Tal argumento é basicamente segregacionista e, se no passado poderia ser aceito, talvez até por analogia com a sociedade eclesiástica, hoje é inteiramente inadmissível. De toda sorte, ele demonstra existir uma consciência da necessidade da justiça especializada.

Em sentido subjetivo, parece-nos mais aceitável admitir que a Justiça Militar existe porque do militar é exigido, no plano do comportamento humano, justamente em razão da necessidade de preservação da hierarquia e disciplina essenciais à existência das Forças Armadas, uma disciplina inexigível aos civis. Se a vida militar é mais regrada que a civil, nada mais justificável que a existência de um sistema penal destinado especificamente aos infratores do direito penal militar. Nesse sentido, tem-se afirmado, inclusive, a necessidade não apenas da existência da Justiça Militar, mas também de leis penais e processuais penais militares, na medida em que “diferentemente do que ocorre com a lei penal comum que regula fatos em que pode incorrer qualquer sujeito, a lei penal militar, quando a jurisdição é própria, só contempla certa classe de fatos que podem ser infringidos por determinada categoria de indivíduos: os militares”⁶. Por igual se manifesta a doutrina italiana, quando diz que “o direito penal militar é um direito penal especial (não extraordinário ou excepcional), porque dirige os seus comandos a uma especial categoria de cidadãos, isto é, aos militares e aquelas pessoas que têm vínculo com as forças armadas do Estado”⁷.

Objetivamente, a previsão constitucional da Justiça Militar funda-se na peculiar natureza dos bens e interesses jurídicos resguardados pelo direito penal militar. Assim, costuma-se afirmar que “o direito penal militar não é um direito extraordinário ou excepcional, mas especial porquanto rege-se de forma permanente em relação a determinados fatos puníveis que lesionam determinados interesses estatais ou institucionais, ou bem, em relação com a conduta ilícita realizada em tempo, lugar ou circunstâncias previstas pela lei, por determinados indivíduos: militares ou empregados civis das instituições armadas”⁸.

2.1 A *Summary Court-Martial*

No sistema judicial militar americano, a *Summary Court-Martial* é o órgão de competência mais restrita. No que concerne à jurisdição, apenas os recrutas a ela se encontram sujeitos. Ademais, a pena máxima de prisão que a *Summary Court-Martial* pode impor é de um mês. Fora disso, pode aplicar pena de trabalho sem confinamento por, no máximo,

5 SHANOR, Charles A; HOGUE, L. Lynn, *Military law*, cit., p. 104.

6 ASTROSA HERRERA, Renato. *Derecho penal militar*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971. p. 22.

7 CIARDI, Giuseppe. *Trattato di diritto penale militare*. Roma: Bulzone, 1970. p. 11.

8 ASTROSA HERRERA, Renato, *Derecho penal militar*, cit., p. 10.

quarenta e cinco dias; penas restritivas por, no máximo, dois meses; e ainda multa, no limite máximo de dois terços do pagamento mensal devido ao militar sentenciado.⁹

Quanto à sua composição e procedimentos processuais, temos que a *Summary Court-Martial* é integrada por um único juiz – um oficial – cujos poderes processuais são bastante amplos. Seu papel é extremamente ativo. Na verdade, ele atua ao mesmo tempo como magistrado, promotor e advogado de defesa. Suas atribuições investigatórias também são extraordinariamente vastas. Nos processos sujeitos ao seu conhecimento, o acusado, apesar de ter o direito de se consultar com um advogado militar antes do início da instrução, não tem o direito de ser acompanhado por ele, inclusive no interrogatório. Pode, no entanto, sem qualquer restrição, ser defendido por um advogado civil.¹⁰

Ainda quanto ao ponto de vista processual, é reconhecido ao acusado o direito de recusar-se a ser julgado pela *Summary Court-Martial*. Se, porém, ele aceita a sua jurisdição, deve ser alertado acerca de suas desvantagens, exigindo-se que se manifeste expressamente sobre cada uma delas. Além disso, caso o réu se declare culpado, deve ser a ele explicado o significado e os efeitos decorrentes da confissão.¹¹

O processo penal militar é público, inclusive na *Summary Court-Martial*. As testemunhas depõem sob juramento e podem ser reinquiridas pela defesa. Ao acusado é garantido o direito de permanecer em silêncio, não respondendo às perguntas que lhe forem formuladas.¹²

Sopesando-se o conjunto de características acima descritas, pode-se concluir que a *Summary Court-Martial* é um órgão judiciário de perfil acentuadamente inquisitivo, situado a considerável distância da tradição judicial dos Estados ocidentais, inclusive dos que possuem uma tradição jurídica fundada na *common law*. Aliás, tal característica a torna particularmente vulnerável a questionamentos acerca da constitucionalidade de sua existência, afinal, ela afasta-se, sem dúvida, sob vários aspectos, da tradição judicial americana. Todavia, já decidiu a Suprema Corte dos EUA que as limitações ao direito de defesa na *Summary Court-Martial* não violam o *due process of law* – do mesmo modo que, analogamente, não haveria ofensa ao referido princípio constitucional nos procedimentos relativos à criminalidade juvenil – inclusive porque tais restrições encontram-se justificadas pela necessidade de preservação da eficiência militar e de manutenção da disciplina nas Forças Armadas.¹³

De toda sorte, sobretudo pelo fato de haver uma espécie de sobreposição entre as atribuições da *Summary Court-Martial* e os poderes não-judiciais de ordem disciplinar dos comandantes, tem-se constatado um progressivo esvaziamento desse órgão judiciário.

2.2 As *Special Courts-Martial*

As *Special Courts-Martial* ocupam uma posição intermediária entre a *Summary Court-Martial* e a *General Courts-Martial*.

No tocante à sanção penal, as *Special Courts-Martial*, compostas por, no mínimo, três membros, podem aplicar, no máximo, pena de prisão por até seis meses; exclusão das Forças Armadas; trabalhos pesados realizados sem confinamento por até três meses; multa no valor não excedente a dois terços da remuneração mensal, ou desconto no pagamento por até seis meses. Logo, pode-se observar que as *Special Courts-Martial* julgam delitos mais graves que a *Summary Court-Martial*.¹⁴

9 SHANOR, Charles A.; HOGUE, L. Lynn, *Military law*, cit., p. 118.

10 Idem Ibidem, p. 119.

11 Idem Ibidem, p.119-120.

12 Idem Ibidem, p. 120.

13 Idem Ibidem, p.120-121.

14 Idem Ibidem, p.121-122.

Em termos processuais, a semelhança de outros tribunais civis americanos, é o princípio acusatório que tem vigência. A corte é presidida por um juiz-militar, o processo é totalmente registrado na sua literalidade, o direito de defesa é amplo etc.¹⁵

2.3 As *General Courts-Martial*

As *General Courts-Martial* constituem o mais importante e poderoso órgão da justiça militar nos EUA. Podem julgar qualquer pessoa sujeita à UCMJ, por todo crime punível, previsto no mesmo diploma legal. Podem impor as penas mais severas, incluindo a pena capital, exclusão desonrosa, multa equivalente ao total da remuneração ou proventos dos que se encontram na reserva remunerada, além da prisão ou penas mais leves.¹⁶

As *General Courts-Martial* são compostas por um juiz-militar – atuando sozinho caso o acusado assim prefira, salvo nos crimes passíveis de punição com a morte – e, no mínimo, cinco membros. Elas possuem grande semelhança com as *Special Courts-Martial*, delas diferenciando-se em aspectos secundários.¹⁷

3 Competência *ratione personae* da justiça militar americana

Do mesmo modo que todos os órgãos do judiciário americano, também a Justiça Militar encontra-se obrigada a respeitar as garantias constitucionais penais e processuais, referentes aos direitos do cidadão acusado da prática de um delito. Portanto, os órgãos da justiça militar dos EUA não são tribunais de exceção, o que seria incompatível com o próprio regime democrático.

Assim como ocorre na maioria dos Estados, os civis, por regra, não estão sujeitos à jurisdição militar em tempo de paz. Tal entendimento é antigo e tradicional, tendo sido estabelecido a partir de uma decisão em *habeas corpus* da Suprema Corte, no longínquo ano de 1866. Na ocasião, a Justiça Militar americana pretendia processar um civil, em plena Guerra da Secessão, por acusação de insubmissão, conspiração e outros crimes relativos a um suposto plano de organizar uma força militar secreta no Estado de Indiana, com o objetivo de auxiliar os confederados. Decidindo a respeito, a Suprema Corte dos EUA apresentou os seguintes argumentos para afastar a competência dos tribunais militares: a) o acusado encontrava-se em um Estado da Federação que não se estava sob sítio militar; b) o civil poderia perfeitamente ser processado, sentenciado e punido por um tribunal civil; c) não havia conexão entre o delito supostamente praticado por ele e a atividade militar. Logo, em conclusão, pode-se afirmar que a justiça militar americana não tem competência para julgar civis. Todavia, ao contrário do que se supõe, existem exceções ao referido princípio.¹⁸

Apenas em poucas situações, pode um civil ser processado por um tribunal militar, como por exemplo, quando não existir jurisdição civil em território estrangeiro ocupado pelas Forças Armadas americanas ou quando o civil for de nação beligerante e não exista base legal para puni-lo sob as leis de seu país, ou ainda na hipótese em que civis estejam, em tempo de guerra, acompanhando as Forças Armadas no estrangeiro, por ocasião de operações militares.¹⁹

4 O direito militar disciplinar

A fonte do poder disciplinar do comandante nas Forças Armadas americanas radica no artigo 15, do UCMJ. Esse poder, freqüentemente exercido, justifica-se em razão da

¹⁵ SHANOR, Charles A.; HOGUE, L. Lynn, *Military law*, cit., p.123-124.

¹⁶ Idem Ibidem, p.124.

¹⁷ Idem Ibidem, p.124-125.

¹⁸ Idem Ibidem, p.127-128.

¹⁹ Idem Ibidem, p.128 e ss.

necessidade de imediata punição do subalterno pelo comandante, de modo a não implicar em delongas e despesas desnecessárias. Todavia, só podem ser aplicadas sanções disciplinares aos militares infratores, na hipótese do cometimento de infrações leves, que dispensam a intervenção da Justiça Militar. Tais sanções podem se constituir em prisão de até quinze dias, reprimenda verbal e multa, no valor de metade da remuneração do militar, pelo máximo de dois meses.

Mesmo no âmbito disciplinar, o militar infrator tem o direito de permanecer calado, para não se auto-incriminar, todavia, não pode ser assistido por um advogado, não obstante poder consultá-lo.

Diz-se que a existência da sanção disciplinar prende-se a finalidades de ordem corretiva, e não retributiva.²⁰

5 Conclusões

Quando se trata de direito militar, pode-se observar, tanto na doutrina nacional, quanto na estrangeira, uma preocupação fundamental: a preservação dos valores hierarquia e disciplina nas Forças Armadas²¹. Isso ocorre em face da necessidade de proteção da ordem jurídica militar, cuja existência justifica-se, em última análise, pelo fim de defesa nacional. Por conta desse especial desiderato, segundo a doutrina, as próprias leis penais militares tendem a ser mais severas que as comuns, tanto no Brasil quanto no exterior²². Essa maior severidade, por sua vez, advém tanto do maior rigor de suas sanções penais, quanto da incriminação de certas condutas penalmente irrelevantes no meio civil, tais como os delitos que traduzem insubordinação, dentre eles, por exemplo, a recusa de obediência e a publicação ou crítica indevida, que refletem comportamentos passíveis, no máximo, de punição tão-somente no plano administrativo, fora da esfera castrense. Por outro lado, a lei processual penal militar proporciona, ainda de acordo com a doutrina, maior celeridade ao processo, quando comparada à lei processual penal comum, algo fundamental para a preservação dos valores disciplina e hierarquia. Além disso, a celeridade processual contribui para a prevenção geral negativa. Diante de tais características, poder-se-ia imaginar que a organização judiciária militar nos Estados que possuem Justiça Militar em tempo de paz apresentaria, em princípio, uma tendência à redução do âmbito do exercício de certos direitos inerentes à ampla defesa por parte do réu. Observando-se, em especial, a organização judiciária militar nos Estados Unidos e no Brasil, tal fato não parece ocorrer. Particularmente quanto aos Estados Unidos, a existência das chamadas cortes marciais características da organização judiciária militar americana não a diferencia fundamentalmente da organização judiciária dos Estados europeus ocidentais, ou mesmo do Brasil, no que diz respeito à observância dos direitos e garantias do acusado. Em todos esses países – e os Estados Unidos não constituem uma exceção – o funcionamento do Judiciário tem por base a Constituição, repositório dos direitos civis.

20 SHANOR, Charles A.; HOGUE, L. Lynn, *Military law*, cit., p.107-109.

21 Cf., por exemplo, TEIXEIRA, Sílvio Martins. *Novo Código Penal Militar do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 25; ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1; COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime militar*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, passim; JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco, *Introducción al derecho penal militar*, cit., passim; DOLL, Paul-Julien. *Analyse et commentaire du Code de Justice Militaire*. Paris: L.G.D.J., 1966. p.15-16.

22 É verdade que, no Brasil, a tese é, no mínimo, bastante questionável. Ora se percebe que a lei penal comum é, muitas vezes, mais severa que a lei penal militar. Trata-se de um fenômeno que pode ser atribuído aos êxitos parciais que o movimento da lei e da ordem tem obtido em nosso país. Como exemplo, basta perceber que a Lei dos Crimes Hediondos não é aplicável no âmbito da Justiça Militar.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E O CADE NA LEI ANTITRUSTE¹

Waldir Alves

Sumário: 1. Introdução 2. O papel do CADE 3. O papel do Ministério Público Federal junto ao CADE 4. Atuação do Ministério Público Federal nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da Lei Antitruste 5. Conclusão 6. Referências bibliográficas

1 Introdução

A Lei Antitruste brasileira (Lei n. 8.884/1994)², criada para atender ao mandamento constitucional da regulamentação da atividade econômica e financeira³, no que se refere à repressão do abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros⁴, prevê a participação do Ministério Público nos processos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

A atuação do Ministério Público Federal, prevista na Lei n. 8.884/1994, no que se refere aos processos sujeitos à apreciação do CADE, necessita de devida definição e atuação perante o referido órgão colegiado e no Judiciário.

2 O papel do CADE

Desde a proteção da economia popular até a defesa da concorrência, a liberdade de iniciativa, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico, são o escopo das leis antitruste. A primeira lei brasileira nessa matéria foi o Decreto-Lei n. 869⁵, de 18.11.1938, sendo o CADE apenas instituído (ainda com a denominação de Comissão Administrativa de Defesa Econômica) com o advento do Decreto-Lei n. 7.666⁶, de 22.06.1945, que definiu as mais importantes formas de abusos do poder econômico.

Dezesseis anos após a promulgação da Constituição de 1946, foi aprovada a Lei n. 4.137, de 10.9.1962 que, no seu artigo 8º, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional. Esse órgão colegiado de decisão ficara incumbido, à época, de averiguar a exis-

1 O texto tem por base tema apresentado pelo autor no 3º Encontro Nacional da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Consumidor e Ordem Econômica), evento realizado de 25 a 29 de setembro/2000, em Brasília/ DF, com o título “Parceria do Ministério Público Federal com o CADE e outros Órgãos da Administração Pública”, cujas conclusões apresentadas no evento foram aprovadas pela Reunião Plenária do Encontro.

2 “Art. 1º - Esta lei disporá sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

3 CRFB, Título VII, Capítulo I, artigos 170-181.

4 “Art. 173. (...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

5 Que definia “os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego”, o que foi objeto de atuação do CADE até a Constituição de 1988, quando assumiu definitivamente seu papel na defesa da livre concorrência.

6 “Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica”.

tência de abusos do poder econômico, promover o julgamento das infrações e requerer ao Poder Judiciário, em certos casos, a aplicação das sanções.⁷

Suas atribuições foram modificadas pelo artigo 14 da Lei n. 8.158/1991⁸, que o classificou como órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas na Lei n. 4.137/1962 e naquele diploma legal. Dessa forma, passou o CADE a funcionar na Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, do Ministério da Justiça. Atualmente, as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE estão albergadas na Lei n. 8.884, de 11.6.1994. Os Conselheiros do CADE exercem funções de extrema importância, sendo os atos administrativos de competência da autarquia cercados de necessário formalismo e relevante conteúdo material, de larga repercussão na vida econômica nacional e do consumidor.⁹

3 O papel do Ministério Público Federal junto ao CADE

O papel do Ministério Público Federal na Lei Antitruste (Lei n. 8.884, de 11.6.1994) é de: 1) oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE (art. 12, caput); 2) promover a “execução de seus julgados ou do compromisso de cessação” (art. 12, parágrafo único, 1ª parte); e 3) adotar as medidas judiciais necessárias em defesa da “ordem econômica e financeira” (art. 12, parágrafo único, 2ª parte).¹⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no inciso IX, do seu artigo 129, que são funções institucionais do Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. A Lei Complementar n. 75/1993, na alínea “b” do inciso XIV do seu artigo 6º também estabelece que compete ao Ministério Público da União promover as ações necessárias em defesa da “ordem econômica e financeira”.¹¹

Sendo o CADE autarquia federal¹², está prevista a intervenção do Ministério Público Federal, e não do Ministério Público Estadual, nos processos a ele submetidos.¹³

O parecer da Procuradoria do CADE, que exerce o papel de advocacia e consultoria do órgão (Lei n. 8.884/1994, art. 10)¹⁴, não substitui a necessidade de intervenção do Ministério Público Federal nos processos sujeitos à apreciação do CADE, que neles fun-

7 Cf. VAZ, Isabel. Nova legislação antitruste brasileira: aspectos regulamentares e institucionais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 31, n. 124, p. 65, out./dez. 1994.

8 “Art. 14 – O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, com as competências previstas no referido diploma e nesta Lei, funcionará junto à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SNDE, que lhe dará suporte de pessoal e administrativo.”

9 “Os Conselheiros do CADE exercem funções quase-judiciais, em razão do formalismo na lei para a preparação e edição dos atos administrativos de competência da autarquia.” (COELHO, Fábio Ulhôa. Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 32).

10 “Art. 12 – O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE. Parágrafo único – O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 69 da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.”

11 “Art. 6º – Compete ao Ministério Público da União: (...) XIV – promover as ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: (...) b) à ordem econômica e financeira.”

12 Lei n. 8.884/1994, artigo 3º.

13 Cf. LAZZARINI, Alexandre Alves. O papel do representante, do procurador e do Ministério Público nos procedimentos da Lei 8.884/94. Revista de Processo, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 224, jul./set. 1999.

14 “A Procuradoria do CADE, por outro lado, é um órgão jurídico de natureza peculiar. Ao mesmo tempo em que atua como advocacia da autarquia, defendendo os interesses da entidade judicial e extrajudicialmente, tem também competência para emitir parecer nos processos de competência do Conselho.” (COELHO, Fábio Ulhôa, ob. cit., p. 32).

ciona como defensor da coletividade, que é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.884/1994¹⁵, e na qualidade de *custos legis*¹⁶, ou seja, como fiscal da lei, nos moldes da sua atuação no processo civil judicial (CPC, art. 82, III), por expressa previsão de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei Antitruste (Lei n. 8.884/1994, art. 83)¹⁷. Mesmo que se dissesse que a sua atuação não fosse tão proveitosa e eficaz em determinado processo, há a necessidade da sua intimação para a prática do ato, até para afastar eventual alegação de irregularidade ou nulidade do processo.

Apesar de ainda não prevista no Regimento Interno do CADE (Resolução n. 12, de 31.3.1998), essa atuação é de todo necessária, pois além de cumprir o comando do *caput* do artigo 12 da Lei n. 8.884/1994, propiciaria ao Ministério Público Federal a produção de prova e apresentação de parecer no próprio processo administrativo, tomando pleno conhecimento da questão submetida à apreciação do órgão colegiado, de modo a contribuir na condução e melhor solução da questão. Também propiciaria o envio direto de cópia do processo ao órgão competente do Ministério Público, para a adoção das medidas extrajudiciais e judiciais necessárias em defesa da “ordem econômica e financeira”, cumprindo diretamente o comando da 2ª parte do parágrafo único do artigo 12 da Lei Antitruste, além de tornar céleres as providências penais cabíveis, no caso de ocorrência de tipo penal. Igualmente, possibilitaria a participação do *Parquet* no acompanhamento do cumprimento das decisões e dos ajustamentos de conduta celebrados pelo CADE, contribuindo para o alcance da efetividade das suas decisões.

A participação direta nos processos submetidos ao CADE também possibilitaria, na hipótese de apresentação de “representação” ao *Parquet*, tanto pela sociedade civil organizada, como pelos lesados e especialmente pelos consumidores, a fim de que tome providências para a defesa dos seus direitos, para que, em sendo o caso, essa defesa fosse materializada de forma preventiva no próprio parecer exarado pelo Ministério Público Federal no processo administrativo. Desse modo, evitar-se-ia a necessidade de atuação diversa e repetida do *Parquet* sobre a mesma questão, salvo se a decisão do CADE, em hipótese eventual e remota, porém com evidente ofensa ao bem jurídico protegido constitucional e legalmente, decidisse de forma contrária ao parecer ministerial que buscou afastar a ofensa, ao que já haveria a possibilidade do necessário envio da questão ao órgão competente do *Parquet*, para a adoção das providências administrativas e judiciais cabíveis (LC n. 75/1993, art. 39, II)¹⁸. Isso porque se, em virtude do acesso aos autos do processo administrativo, o Ministério Público tiver conhecimento de prática empresarial lesiva a interesses coletivos ou difusos de sua competência, deverá tomar as providências extrajudiciais e judiciais para responsabilização por danos morais e patrimoniais causados (art. 1º, V, da Lei n. 7.347/1985¹⁹ e art. 84 da Lei n. 8.884/1994)²⁰. E, caso o órgão do *Parquet*, ao qual foi enviada a cópia do processo administrativo, cuja decisão foi contrária ao parecer exarado pelo Ministério Público Federal que buscou afastar a ofensa, entenda não questionar judicialmente a decisão do

15 “Art. 1º (...) Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

16 Cf. LAZZARINI, Alexandre Alves, ob. cit., p. 224.

17 “Art. 83 – Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis n. 7.347, de 24 de julho de 1985 e n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

18 “Art. 39 – Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos constitucionais do cidadão, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito: (...) II- pelos órgãos da administração pública federal direta ou indireta”.

19 Com a redação dada pelo artigo 88 da Lei n. 8.884/1994.

20 Cf. COELHO, Fábio Ulhøa, ob. cit., p. 35. “Art. 88 – O artigo 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso: Art. 1º – Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) V – por infração da ordem econômica.”; “Art. 84. O valor das multas previstas nesta Lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de quem trata a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.”

CADE, submeterá sua decisão de arquivamento à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Consumidor e Ordem Econômica).²¹

A manifestação do Ministério Público Federal junto ao CADE também não impede que o próprio *Parquet* leve ao Judiciário a decisão administrativa, caso ela não defenda em toda sua extensão a ordem econômica e financeira e o consumidor, especialmente materializada na “representação” apresentada ao Parquet, tanto pela sociedade civil organizada, como pelos lesados pelo fato de o Judiciário exercer o monopólio da prestação jurisdicional²², como por haver atuado apenas como fiscal da lei, e não como integrante do corpo decisório.

Importante destacar que a atuação do Ministério Público Federal somente se dá nos “processos sujeitos à apreciação do CADE” (Lei n. 8.884/1994, art. 12, *caput*), e não nos procedimentos de atuação da Secretaria de Direito Econômico – SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE, cujo volume de trabalho do CADE, nos últimos quatro anos (1996 a 1999), foi de 957 processos e 609 ajustamentos de conduta.²³

Essa participação encontra base, inclusive, no parágrafo 2º do artigo 6º da Lei Complementar n. 75/1993²⁴, pois o CADE é órgão constituído para a defesa de direitos e interesses relacionados com as funções de Ministério Público Federal.

Enfim, essa atuação do Ministério Público Federal deve dar-se para fiscalizar a aplicação da Constituição, no que se refere ao seu Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), o respeito e a defesa do consumidor, cuja garantia foi elevada a categoria fundamental²⁵, ao que devem ser acrescidas as palavras do Secretário de Direito Econômico, Dr. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, de que “diante da desregulamentação da economia e das privatizações, necessário um grande órgão antitruste”²⁶. Tudo para dar maior eficácia e legitimidade às decisões do CADE, elevando ainda mais o prestígio e a imprescindibilidade da atuação do órgão colegiado.

No entanto, para que seja cumprido o comando do *caput* do artigo 12 da Lei n. 8.884/1994, necessário que o CADE inclua essa participação do Ministério Público Federal no seu Regimento Interno²⁷, que dispõe sobre o seu funcionamento, o que deve se dar nos moldes e após a apresentação do parecer da Procuradoria do CADE, antes da sessão de julgamento (Resolução n. 12, de 31.3.1998, art. 14, *caput*).²⁸

Para efetivação dessa atuação, o Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior²⁹, designará membro do Ministério Público Federal para, nessa qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE (Lei n. 8.884/1994, art. 12, *caput*).

Também devem ser estabelecidos, o que pode ocorrer naturalmente por intermédio da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Consumidor e Ordem Econômica), mecanismos de comunicação e intercâmbio de experiências de atuação entre o membro do Ministério Público Federal designado para o CADE e os demais membros do Parquet atuantes na área do consumidor e ordem econômica.

21 Lei Complementar n. 75/1993, artigo 62, IV.

22 CRFB, artigo 5º, XXXV.

23 Informação estatística trazida pelo ex-presidente do CADE e economista Gesner José de Oliveira Filho, ao apresentar palestra sobre o “CADE: Competência e Composição do Conselho”, no “III Encontro Nacional sobre Defesa do Consumidor, Ordem Econômica e Economia Popular”, promovido pelo Ministério Público Federal, na cidade de Brasília/DF, no dia 25.9.2000.

24 “Art 6º (...) §2º – a lei assegurará a participação do Ministério Público da União dos órgãos colegiados estatais, federais ou do Distrito Federal, constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da Instituição”.

25 “Art 5º (...) XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

26 Palestra proferida com o tema “Secretaria de Direito Econômico – Processo Administrativo – SDE/CADE – Lei 8.884/1994 – Averiguações Preliminares – Instauração e Instrução – Medida Preventiva e Ordem e Economia Popular”, promovido pelo Ministério Público Federal na cidade de Brasília/DF, no dia 25.9.2000.

27 Lei n. 8.884/1994, artigo 7º, XIX.

28 “Art. 14 – Recebido o processo, o Relator abrirá vista dos autos imediatamente à Procuradoria para parecer.”

29 Lei Complementar n. 75/1993, artigo 57, XI, “a”.

Quanto a execução dos compromissos e das decisões administrativas sancionadoras emanadas do CADE, cabem à sua Procuradoria³⁰, atuando o Ministério Público Federal a pedido do CADE e quando entender que deva³¹, como seria no caso de defesa da ordem econômica e financeira, do consumidor e do patrimônio público, ante a recusa ou omissão, da Procuradoria do CADE na sua execução³², podendo acioná-la, inclusive, pela recusa ou omissão, já que a execução das decisões e julgados administrativos não é função institucional do Ministério Público. Portanto, tratando-se de atuação subsidiária do Parquet, pensamos que a primeira parte do parágrafo único do artigo 12 da Lei n. 8.887/1994³³ não é inconstitucional, em tese, mas deve receber uma interpretação conforme à Constituição, qual seja, a atuação do Ministério Público Federal deve dar-se nos casos de recusa ou omissão da Procuradoria do CADE na execução dos compromissos de cessação, das decisões e julgados administrativos emanados do CADE.

4 Atuação do Ministério Público Federal nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da Lei Antitruste

Tema a ser ainda explorado é o da intervenção do Ministério Público Federal, na condição de custos legis, em processos judiciais, nos quais se discuta a aplicação da Lei n. 8.884/1994 e nos quais o CADE seja parte, já que nestes casos e nessa condição sua função é fiscalizar o processo para a correta aplicação da Constituição e da lei, viabilizando o prevalecimento dos interesses indisponíveis da sociedade.³⁴

O artigo 89 da Lei n. 8.884/1994 determina a intimação do CADE nos processos judiciais onde se discuta a aplicação dessa lei³⁵, o que, na mesma linha de raciocínio, deve ser aplicado ao Ministério Público Federal, quer por tratar-se de matéria afeta às suas atribuições³⁶, como pela necessidade de atuar na condição de fiscal da lei, nos moldes da sua atuação nas hipóteses do artigo 82 do Código de Processo Civil³⁷, em virtude da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei Antitruste (Lei n. 8.884/1994, art. 83). Além do fato de que, se tiver atuado nos processos do CADE, nos moldes do artigo 12 da Lei n. 8.884/1994, haverá a necessidade de continuar na instância judicial a atividade fiscalizatória exercida na instância administrativa.

A própria Lei n. 8.884/1994, ao enumerar as atribuições da Procuradoria do CADE e prever a possibilidade de promover acordos judiciais (art. 10, IV)³⁸, condiciona-os à autorização do Plenário do CADE e manifestação do Ministério Público Federal.

30 “Art. 10 – Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições: I – prestar assessoria jurídica à Autarquia e defendê-la em juízo; II – promover a execução judicial das decisões e julgados da Autarquia”.

31 Cf. COELHO, Fábio Ulhôa, ob. Cit., p. 34-35.

32 CRFB, artigo 129, III; Lei Complementar n. 75/1993, art. 5º, III, “b” e art. 6º, VII, “b” e “c”, e XIV, “b” e XV.

33 “Art. 12 (...) Parágrafo único – O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação”.

34 Cf. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 280.

35 “Art. 89 – Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

36 Lei Complementar n. 75/1993, art. 6º, XIV, “b”.

37 “Art. 82 – Compete ao Ministério Público intervir: (...) III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

38 “Art. 10 – Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições: (...) IV – promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do CADE, e ouvido o representante do Ministério Público Federal”.

Nesse sentido, mostra-se necessária a intervenção do Ministério Público Federal nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da Lei n. 8.884/1994 e nos quais o CADE seja parte, quando existirem interesses que devam ser defendidos e protegidos pelo *Parquet*, em especial a ordem econômica e financeira, os consumidores e os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (Lei n. 75/1993, art. 6º, XV).³⁹

5 Conclusão

Pelas considerações acima, chega-se às seguintes conclusões:

a) o papel do Ministério Público Federal na atual Lei Antitruste (Lei n. 8.884, de 11.6.1994) é de: 1) oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE, antes da sessão de julgamento (art. 12, *caput*); 2) promover apenas no caso de recusa ou omissão da Procuradoria do CADE e para a defesa da ordem econômica e financeira, do consumidor e do patrimônio público, a “execução de seus julgados ou do compromisso de cessação” (art. 12, parágrafo único, 1ª parte); e, 3) adotar as medidas extrajudiciais e judiciais necessárias para a defesa da ordem econômica e financeira (art. 12, parágrafo único, 2ª parte);

b) para o cumprimento do comando do *caput* do artigo 12 da Lei n. 8.884/1994, necessário que o CADE inclua a participação do Ministério Público Federal no seu Regimento Interno, que dispõe sobre o seu funcionamento, o que deve ser nos moldes e após a apresentação do parecer da Procuradoria do CADE, antes da sessão de julgamento (Resolução n. 12, de 31.3.1998, art. 14, *caput*);

c) para a efetivação dessa atuação, o Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nessa qualidade, oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE (Lei n. 8.884/1994, art. 12, *caput*);

d) é necessária a intervenção do Ministério Público Federal nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da Lei n. 8.884/1994 e nos quais o CADE seja parte, quando existirem interesses que devam ser defendidos e protegidos pelo *Parquet*, em especial a ordem econômica e financeira, os consumidores e os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (LC n. 75/ 1993, art. 6º, XV).

6 Bibliografia

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LAZZARINI, Alexandre Alves. O papel do representante, do procurador e do Ministério Público nos procedimentos da Lei 8.884/94. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 95, jul./set. 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

VAZ, Isabel. Nova legislação antitruste brasileira: aspectos regulamentares e institucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 124, out./dez. 1994.

³⁹ “Art. 6º (...) XV “manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo a solicitação do juiz ou *por sua iniciativa*, quando entender existente interesses em causa que justifique a intervenção”.