

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

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

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

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
LINDÔRA MARIA ARAUJO

**Conselho Editorial**

**Ministério Público Federal**  
GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor  
MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República

**Ministério Público do Trabalho**  
REGINA BUTRUS (Vice-Coordenadora) – Procuradora Regional do Trabalho  
JORGE LUÍS SOUTO MAIOR – Professor Doutor

**Ministério Público Militar**  
ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 4 - Número 16 - julho/setembro 2005  
Brasília/DF



**Boletim Científico**

**Escola Superior do Ministério Público da União**

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, sala 218

CEP 70200-901- Brasília/DF

Tel.: (61) 3313-5114 - Fax: (61) 3313-5185

Home page: <<http://www.esmpu.gov.br>>

E-mail: <[editoracao@esmpu.gov.br](mailto:editoracao@esmpu.gov.br)>

© *Copyright 2005. Todos os direitos autorais reservados.*

**Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa**

Hindemburgo Chateaubriand P. D. Filho - Procurador Regional da República

**Setor de Apoio**

Adriana Ribeiro Tosta

**Setor de Documentação e Editoração**

Cecilia S. Fujita dos Reis

**Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato Cavalcante

**Editoração eletrônica, fotolitos e impressão:**

Artes Gráficas e Editora Pontual Ltda. - SIG/Sul Quadra 08 n. 2315

CEP 70610-400 - Brasília/DF - Tel.:(61) 3344-1210 - Fax: (61) 3344-3041

E-mail: <[graficapontual@ibestvip.com.br](mailto:graficapontual@ibestvip.com.br)>

**Tiragem: 3.000 exemplares**

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

---

**Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília: ESMPU, ano 4, n.16, jul./set., 2005

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

---

## Editorial

A 16ª edição do *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* traz importantes artigos de interesse contemporâneo, ordenados em suas cinco seções temáticas, consolidando seu caráter multidisciplinar, imprescindível para a discussão e abordagem dos problemas atuais.

A primazia dos temas e o destacado rol de colaboradores identificam esta publicação como uma notável fonte de pesquisa e estudo para os membros do Ministério Público, juristas e profissionais do direito.

O reconhecimento da cidadania, a luta pelos direitos humanos, o poder das classes organizadas revelam-se conquistas meritorias dos nossos tempos e perfazem os componentes fundamentais do progresso democrático. O leitor terá, certamente, o prazer de verificar na presente coletânea importantes matérias de interesse prático e doutrinário elaboradas por estudiosos de primeira linha.

A sociedade atual, marcada pela complexidade, exige e invoca iniciativas, entre outras a produção de textos e ensaios que possibilitem uma abordagem sofisticada e igualmente complexa dos dilemas enfrentados e de soluções jurídicas apontadas. O *Boletim Científico* tem como propósito, também, incentivar a participação de novos colaboradores, visando auxiliar, ampliar e enriquecer o debate.

REGINA BUTRUS

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



# Sumário

## Seção I – Direitos Humanos

O princípio do <i>ne bis in idem</i> e a Constituição Brasileira de 1988 <i>Rodolfo Tigre Maia</i> .....	11
---	----

## Seção II – Interesses Difusos e Coletivos

Respeito às funções urbanísticas e a prevenção da criminalidade urbana: uma visão integrada à luz da Escola de Chicago <i>Paulo José Leite Farias</i> .....	79
--	----

A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da <i>class action</i> norte-americana <i>Luís Roberto Barroso</i> .....	111
--	-----

## Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário <i>Paulo Gustavo Guedes Fontes</i> .....	143
---	-----

Investigação criminal e Ministério Público <i>Clèmerson Merlin Clève</i> .....	157
---	-----

## Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais <i>Ingo Wolfgang Sarlet</i> .....	193
---	-----

## **Seção V – Temas Atuais**

Juizados Especiais: a Fênix da Justiça ibero-brasileira <i>João Marques Brandão Néto</i> .....	263
---	-----



# Seção I

Direitos Humanos



# O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988

Rodolfo Tigre Maia\*

**Sumário:** 1 Introdução. 1.1 Objeto e estrutura. 2 Questões preliminares. 2.1 A cláusula aberta e a efetividade dos direitos fundamentais. 2.1.1 Origens históricas e significado do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988. 2.1.2 Força normativa constitucional. 2.2 Direitos fundamentais formais e materiais. 2.2.1 Cabimento de um conceito material de direito fundamental. 2.2.2 A exegese do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. 2.2.3 Principais orientações teóricas sobre a materialidade dos direitos fundamentais. 3 O princípio do *ne bis in idem*. 3.1 Noção preliminar. 3.2 Origens históricas. 3.2.1 Direito consuetudinário (*common law*). 3.2.2 Direito continental (*civil law*). 3.3 Situações de expressa previsão constitucional do princípio. 3.3.1 Estados Unidos: a cláusula do *double jeopardy* e a 5ª Emenda Constitucional. 3.3.2 Portugal: o art. 29º, n. 5, da Constituição de 1976. 3.4 Manifestações do princípio no direito brasileiro. 3.4.1 A legislação infraconstitucional brasileira. 3.4.1.1 Leis ordinárias. a) O Estatuto dos Estrangeiros e a extradição passiva. b) Código Penal: a aplicação da lei penal no espaço e sentença estrangeira. c) Código de Processo Penal: litispendência, coisa julgada e revisão criminal. 3.4.1.2 Normas convencionais. a) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU. b) Convenção Americana de Direitos Humanos. 3.4.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4 *Ne bis in idem* e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988. 4.1 As principais facetas do princípio. 4.1.1 *Bis in*

---

\* Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia é Professor Agregado de Direito Penal do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Procurador Regional da República no Estado do Rio de Janeiro.

*idem* interno, internacional e extradicional. 4.1.2 *Bis in idem* formal e material. 4.1.3 A identidade de fatos. 4.2 *Ne bis in idem* e valores constitucionais expressos: presença da proporcionalidade. 4.3 *Ne bis in idem* formal e o princípio da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXVI, da CF). 4.4 *Ne bis in idem* material e o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CF). 5 Conclusões.

## 1 Introdução<sup>1</sup>

### 1.1 Objeto e estrutura

O presente estudo tem por escopo precípua discutir o tema da inserção do princípio sintetizado na fórmula latina *ne bis in idem* – exclusivamente nos seus aspectos criminais – no quadro dos direitos fundamentais amparados pela Constituição brasileira de 1988. De imediato, diante da ausência de sua enunciação expressa entre os 78 incisos que consubstanciam o elenco dos “direitos e deveres individuais e coletivos” constantes do seu art. 5º, impõe-se uma discussão preliminar em torno de validade gnosiológica dessa meta. Admitindo-se seja superável tal obstáculo formal prévio, tentaremos desnudar aquele substrato principiológico mínimo sem o qual desapareceria sua relevância jurídica e constatar seu ajustamento aos termos em que tradicionalmente surge no direito positivo brasileiro. Nesse contexto, em um segundo momento, cuidar-se-á da explicitação do conteúdo essencial corporificado pelo princípio estudado e da verificação de se este efetivamente encontra assento na categoria normativo-constitucional na qual se pretende esteja inserido.

À guisa de pressuposto lógico-jurídico de nossa abordagem (e que será apenas sumariamente gizado), pois, para responder à nossa primeira indagação, impende discutir a questão da efetiva viabilidade de ampliação daquele rol para além dos preceitos ali expressa e

---

<sup>1</sup> A redação original do texto foi efetuada no âmbito da disciplina Direitos Fundamentais, no mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Universidade Clássica de Lisboa, cursado pelo autor graças ao convênio da Escola Superior do Ministério Público da União e à autorização do Conselho Superior do Ministério Público Federal. O trabalho aqui apresentado é a versão modificada daquele relatório.

copiosamente enunciados. Como se sabe, têm sido admitidos direitos fundamentais fora do catálogo ou que formalmente não integram a Constituição<sup>2</sup>, que podem resultar da afirmação autônoma de sua própria essencialidade (material), como decorrência da existência prévia de outro(s) direito(s) expressamente reconhecido(s) com ele(s) imbricado(s) (derivação). Assim, à partida será necessário proceder ao questionamento acerca da admissibilidade e do conteúdo de um conceito material de direitos fundamentais e, ainda neste plano, caberá estabelecer os parâmetros gerais em que se admite o processo de derivação dos direitos fundamentais que pode resultar no reconhecimento da existência de outros não diretamente explicitados.

Em um segundo momento, à míngua de uma formulação constitucionalmente explicitada, torna-se necessário delinear previamente um conteúdo essencial do *ne bis in idem* para reconhecer sua efetiva presença em nosso ordenamento jurídico. Para colaborar nessa tarefa recorreremos ao direito comparado, buscando subsídios nos sistemas normativos dos Estados Unidos e de Portugal, que, embora tendo matrizes jurídicas diferenciadas, possuem explícita previsão constitucional do princípio. Para assegurar a utilidade metodológica dessa estratégia no atingimento de nossos objetivos, entretanto, essa noção preliminar deverá ser complementada e ajustada às especificidades decorrentes do ordenamento jurídico brasileiro. O que será encetado mediante um processo de (re)construção normativo-jurisprudencial do princípio estudado, qual seja, a partir da análise crítica de sua explicitação em normas infra-constitucionais, internas ou internacionais, bem como, ainda, do delineamento do seu perfil operacional como resultante da sua discussão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Depois de fixados dessa maneira os contornos da categoria heurística, tratar-se-á de verificar se ela (em seu conjunto ou ao menos por meio de algumas de suas facetas) efetivamente possui *status* de direito constitucional fundamental, quer por inferência imediata de sua possível proeminência intrínseca, quer por

---

<sup>2</sup> Como é de comum sabença, podem existir direitos fundamentais inseridos no próprio corpo da Constituição, fora dos dispositivos especificamente a eles destinados.

força de sua eventual articulação mediata com outros direitos fundamentais já expressos pela própria Constituição.

## 2 Questões preliminares

### 2.1 A cláusula aberta e a efetividade dos direitos fundamentais

Ao menos na vertente europeia ocidental e nas formações sociais nela inspiradas, o modelo de Estado Constitucional moderno passou a caracterizar-se<sup>3</sup>:

- (a) por sua estruturação como Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>;
- (b) pelo estabelecimento de mecanismos restritivos a serem observados na modificação das normas integrantes da Carta Política<sup>5</sup>;
- (c) pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento máximo do estalão de valores constitucionais<sup>6</sup>;
- (d) pelo reconhecimento e constitucionalização dos direitos do homem<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Para um inventário histórico/conceitual dos traços mais marcantes dos paradigmas constitutivos do novo Estado Constitucional, por todos, remete-se a Häberle (2003).

<sup>4</sup> Para uma elaborada teorização do Estado de Direito, com ênfase na transição do arquetipo do liberalismo possessivo para o modelo social e democrático, consulte-se o contributo de Novais (1987). As Constituições republicanas brasileiras, em geral, consagram os princípios basilares do Estado de Direito, aliás outra conclusão não resulta do art. 179, § 1º, da Constituição imperial de 1822. Assim, e. g., dispunha o art. 72, § 1º, da Constituição de 1891 que “Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, e a Constituição de 1934, por seu turno, continha dispositivo virtualmente idêntico: “Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (art. 113, 2). A Constituição do Estado Novo de 1937 não contém disposição análoga.

<sup>5</sup> Aliás, há muito reconhecida alhures: “É preceito claro demais para ser contestado que a Constituição se sobrepõe a qualquer ato legislativo contrário a ela [...] Entre as alternativas não há meio-termo. Ou bem a Constituição é uma lei mais alta, suprema, inalterável por meios ordinários, ou está no nível dos atos legislativos comuns, e, assim, é alterável quando à legislatura aprouver. Se a primeira é correta, então um ato legislativo contrário a Constituição não é lei; se a segunda é a correta, então as Constituições escritas não passam de tentativa da parte do povo para limitar um poder de natureza ilimitável” [Justice Marshall, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803)].

<sup>6</sup> Nesse diapasão de inspiração kantiana, os arts. 1º e 2º da Constituição da República Portuguesa de 1982 (doravante CRP de 1976) e o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CF de 1988). Para uma análise da própria “humanidade como valor básico do Estado constitucional”, consulte-se o ensaio, com esse título, de Häberle (in MERLE; MOREIRA, 2003, p. 53-66).

Nesse quadro mais geral é que os direitos fundamentais adquirem um relevo e uma transcendência de tal ordem que pode-se mesmo afixar, na esteira da melhor construção doutrinária, que passaram a ser a marca característica do constitucionalismo atual. Configuram o elemento de diferenciação dos demais períodos da história constitucional, além de fornecer o balizamento político, social e econômico que permite definir a verdadeira identidade e finalidade de uma dada organização estatal<sup>8</sup>. Será a postura adotada pelo aparelho de Estado em relação ao reconhecimento, ao respeito e ao atendimento dos direitos fundamentais de seus súditos que definirá o maior ou menor grau de amadurecimento democrático e de justiça social de determinada nação.

Dentre a pleora de formulações existentes, em uma perspectiva mais estrutural, assumimos como definição formal prévia de direito fundamental aquela que reconhece como tais “os direitos subjetivos que universalmente são reconhecidos a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou de pessoas capazes de agir; entendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não-lesão) adscrita a um sujeito por uma norma jurídica e por *status* a condição de um sujeito também ela prevista em uma norma jurídica positiva como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos no seu exercício” (FERRAJOLI)<sup>9</sup>.

Esses direitos revestem-se, desde logo, como aponta Alexy (2002, especialmente p. 503 e ss.), de uma dupla fundamentalidade, formal e material. A primeira reflete sua pertinência objetiva ao conjunto normativo que configura o ápice estrutural da ordem jurídica

---

<sup>7</sup> Aprendendo com o desastre decorrente da possibilidade de alteração legislativa ordinária da carta de direitos, como facultado pela Constituição de Weimar (nesse sentido: BACHOF, 1994, p. 12). Muitas vezes, inclusive, erigindo aqueles direitos e garantias à dignidade de cláusula pétrea. Assim, e. g., claramente o art. 60, § 4º, da CF de 1988. De modo menos evidente, mas, ao menos em tese, com o mesmo alcance, dispõe o art. 288º, d, da CRP de 1976.

<sup>8</sup> Nesse exato sentido, dentre muitos, Perez Luño (1995, p. 19 ss.) e Canotilho (2002, p. 377).

<sup>9</sup> Una definizione del concetto di diritti fondamentali. In: *Diritti fondamentali*. Disponível em: <<http://www.ristretti.it/areestudio/territorio/opera/documenti/approfondimento/diritti.htm>>. Acesso em: 4 jun. 2004.

(a Constituição), vinculativo de todos os demais segmentos do poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário)<sup>10</sup>. A fundamentalidade material, por sua vez, resulta do fato de que exatamente “com elas se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade” (ALEXI, 2002, p. 505)<sup>11</sup>.

### 2.1.1 Origens históricas e alcance do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988

De outra parte, principalmente em razão de haver emergido de um processo político de superação de um regime ditatorial, inimigo das liberdades públicas e cerceador das garantias constitucionais, a Constituição Brasileira de 1988, aos moldes de outros diplomas produzidos no mesmo contexto histórico<sup>12</sup>, buscou dotá-los de imediata efetividade e tentou ampliar ao máximo o elenco dos direitos fundamentais nela positivados<sup>13</sup>. Além disso, como resulta do teor do § 2º do seu art. 5º, os direitos fundamentais que consagra foram enunciados em um rol não-taxativo, manifestando uma opção constitucional pelo que foi apropriadamente designado pela doutrina por

---

<sup>10</sup> Alexy (2002, p. 503-504) distingue ainda entre o modelo puramente procedimental (no qual a Carta possui apenas dispositivos de organização e procedimentos de poder e, em consequência, os direitos fundamentais são despidos de potência vinculativa) e o modelo puramente material (à partida, segundo o autor, marcado por sua inviabilidade concreta e no qual “a Constituição contém exclusivamente normas materiais a partir das quais, através de operações metódicas, qualquer que seja sua configuração, pode obter-se o conteúdo de cada norma jurídica do sistema jurídico”), para concluir que, sob o ponto de vista formal, uma Constituição sempre tem um caráter misto, material/procedimental (2002, p. 505). Do que decorre que “para além dos conteúdos do sistema jurídico que do ponto de vista constitucional são meramente *possíveis*, existem outros conteúdos que são constitucionalmente *necessários* e outros que são *impossíveis*. O fato de que as normas jusfundamentais determinem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis, constitui o núcleo de sua fundamentalidade formal” (ALEXY, 2002, p. 505 – grifos do original).

<sup>11</sup> Sobre toda essa estrutura dicotômica, por todos, Canotilho (2002, p. 379-380).

<sup>12</sup> De que são exemplos evidentes – ressalvadas as respectivas particularidades dos processos sociais de que resultaram – a CRP de 1976 e a Constituição espanhola de 1978.

<sup>13</sup> Como relembra Canotilho, “Sem esta positivação jurídica os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)” (2002, p. 377).



cláusula aberta ou princípio da não-tipicidade<sup>14</sup>. Essa modalidade de formulação extensiva dos direitos, liberdades e garantias constitucionais remonta no caso brasileiro à primeira Constituição republicana de 1891 (art. 78<sup>15</sup>), que foi a fonte inspiradora da Constituição portuguesa de 1911<sup>16</sup>, que continha dispositivo praticamente igual àquele (o art. 4<sup>o</sup><sup>17</sup>).

### 2.1.2 Força normativa constitucional

Ao evidenciar a destacada preocupação de efetividade e clara pretensão ampliativa dos direitos fundamentais, além de demonstrar a enorme importância destes, o legislador constitucional explicita sua preocupação com a efetividade dos vetores normativos que concretamente propiciem a hegemonia da *dignidade da pessoa humana*, como fundamento do Estado brasileiro (art. 1<sup>o</sup>, III, da CF). Reafirma-se, desse modo, a *prevalência dos direitos humanos*, como princípio reitor da sua atuação na ordem internacional (art. 4<sup>o</sup>, II, da CF)<sup>18</sup>. Em ângulo diverso, esse preceptivo conduz a uma maior permeabilidade da Constituição às conquistas e avanços nessa área, possibilitando um perene *aggiornamento*, mercê de sua maior sensibilidade aos tempos e aos anseios da sociedade<sup>19</sup>. Assegura-se, assim,

---

<sup>14</sup> MIRANDA, 2000, p. 162. Esse autor relembra que o primeiro exemplo relevante de preceptivo constitucional aberto nesses moldes foi fornecido pela 9<sup>a</sup> Emenda à Constituição norte-americana de 1787 (p. 163). Como se sabe, essa Emenda IX integra o grupo de dez emendas constitucionais promulgadas em 15.12.1791, conformando o que ficou conhecido como o *Bill of Rights*, e afixa que “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

<sup>15</sup> Cujo exato teor era o seguinte: “Art. 78 – A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”.

<sup>16</sup> Conforme referem Miranda (2000, p. 163) e Canotilho (2002, p. 404), este último fazendo menção a esta Constituição brasileira.

<sup>17</sup> “Art. 4<sup>o</sup> – A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis”.

<sup>18</sup> O que é reforçado pela inclusão do § 3<sup>o</sup> no art. 5<sup>o</sup> da CF de 1988, pela Emenda Constitucional n. 45/2005.

<sup>19</sup> Acresce enfatizar que “a partir do momento que os direitos do homem são postos como referência última, o direito estabelecido está destinado ao questionamento [...]. Por mais

por meio da viabilidade de concreção de seu conteúdo, a maior força normativa constitucional<sup>20</sup>.

## 2.2 Direitos fundamentais formais e materiais

### 2.2.1 Cabimento de um conceito material de direito fundamental

Por outro lado, diante do exato teor do § 2º do art. 5º – para além da abertura integrativa já enfatizada – o legislador constitucional brasileiro de 1988 também avançou uma inegável potencialidade de conceituação material desses direitos, quer por essencialidade, quer por derivação. Dessa forma, como resultado da construção efetuada, impõe-se a elaboração preliminar de um conceito material de direito fundamental consentâneo com a exata dicção desse preceito constitucional. Esse deve ser suficientemente operacional para servir como paradigma testante que permita proceder à verificação de se um dado princípio pode ser efetivamente aceito como um direito fundamental não-expresso.

### 2.2.2 A exegese do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988

O preceito assemelha-se bastante ao constante do art. 16º da CRP de 1976<sup>21</sup>. Ao que se indica, todavia, existem algumas evidentes

---

eficazes que sejam os meios de que dispõe uma classe para explorar em proveito próprio e denegar às outras garantias do direito, ou aqueles meios de que dispõe o poder para subordinar a si a administração da justiça ou sujeitar as leis aos imperativos da dominação, esses meios permanecem expostos a uma oposição de direito [...]. O Estado de Direito sempre implicou a possibilidade de uma oposição ao poder, fundada sobre o direito [...]. Sobretudo o Estado democrático excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de Direito. Experimenta direitos que ainda não lhe estão incorporados, é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido, mas que se forma a partir de focos que o poder não pode dominar inteiramente” (LEFORT, 1983, p. 55-66).

<sup>20</sup> Com efeito, no que concerne à força normativa da Constituição, na lição magistral de Hesse (1983, p. 27), “quando a Constituição ignora o estado de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo, se vê privada do imprescindível germen de força vital, resultando incapaz de conseguir que se realize o estado por ela disposto em contradição com dito estágio de desenvolvimento. Sua força vital e operativa se baseia em sua capacidade para conectar com as forças espontâneas e as tendências vivas da época, de sua capacidade para desenvolver e coordenar estas forças, para ser, em razão de seu objeto, a ordem global específica das relações vitais concretas”.

<sup>21</sup> “Artigo 16º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. [...]”.

diferenças entre ambos. Em primeiro lugar, será mister, no caso da CRP de 1976, articular os direitos como reconhecidos pela cláusula aberta (art. 16<sup>o</sup>) com os chamados “direitos fundamentais de natureza análoga” (referidos no art. 17<sup>o</sup><sup>22</sup>). Este último artigo impõe uma indispensável reflexão sobre os critérios para o reconhecimento desses direitos fundamentais análogos, bem como acerca do perfil do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias aplicável àqueles direitos<sup>23</sup>.

Em segundo lugar, a CRP empenhou-se em enfatizar o *topos* indispensável dos direitos fundamentais existentes fora dos lindes constitucionais que devem obrigatoriamente ser previstos em lei ou em regra internacional. A CF de 1988, por seu turno, buscou também o *telos* desses mesmos direitos ao exigir que se vinculem ao regime e aos princípios por ela consagrados, ou, ainda, com os direitos constantes de tratados internacionais e que encontram expressividade que os caracterize como fundamentais. Como reconhece a doutrina sobre o tema<sup>24</sup>, todavia, é igualmente necessária no âmbito de aplicação do preceptivo luso a presença da mesma forma de relacionamento entre os direitos expressos e os que estão fora do diploma constitucional. Apesar da comunhão exegética nesse ângulo, permanece a discrepância entre os preceitos, já que por força de sua exata *vox*, ao que parece, o dispositivo da CF de 1988 não impõe qualquer exigência de estarem os direitos fundamentais extraconstitucionais sediados em um dado diploma legal, mesmo em sentido amplo<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CRP de 1976: “Artigo 17<sup>a</sup> (Regime dos direitos, liberdades e garantias) O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”.

<sup>23</sup> Sobre a visão doutrinária tradicional dessa articulação, por todos, Miranda (2000, p. 149-156 e 168-170). Para uma perspectiva diferenciada, Novais (2003, p. 151-152 na nota 261). Entende Sarlet (2003, p. 97-98), que “direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo [...]”.

<sup>24</sup> Vide, *infra*, itens 2.2.3.1 e 2.2.3.2.

<sup>25</sup> Do que resultaria viável no caso brasileiro, ao menos em tese, admitir-se que foi aberta a possibilidade de uma perspectiva de feição jusnaturalista de tais direitos, com a existência de direitos fundamentais não-escritos ou, mesmo, costumeiros. De qualquer feita, essa discussão transcende em muito os objetivos mediatos de nossa abordagem.

Em terceiro lugar, para além da presença, na CRP de 1976, de disposição que não encontra eco na CF de 1988<sup>26</sup>, existem outras distinções que radicam no (a) peso específico diferenciado das normas internacionais e convencionais no âmbito normativo interno que se reconhece nesses países<sup>27</sup>, e na (b) restrição operada no preceito brasileiro que não inclui as normas gerais de direito internacional público, contemplando apenas as de feitura convencional. Como leciona a melhor doutrina<sup>28</sup>, em Portugal, por força do que dispõe o art. 8º da Constituição<sup>29</sup>, que assegura o acolhimento pleno das normas de Direito Internacional geral ou comum e do Direito Internacional convencional, todas essas normas expressamente fazem parte integrante do Direito português e possuem reconhecida primazia quando confrontadas com a legislação ordinária<sup>30</sup>.

Já no Brasil, na linha da posição dominante na Corte Suprema<sup>31</sup>,

[...] É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

---

<sup>26</sup> Art. 16º, n. 2, da CRP: “[...] 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Sobre o alcance desse preceptivo, por todos, Miranda (2000, p. 158-162).

<sup>27</sup> Diferenças mitigadas com o advento da inclusão do § 3º do art. 5º da CF de 1988 pela EC n. 45/2005, que, como se sabe, estatuiu que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>28</sup> Miranda, 1999.

<sup>29</sup> “Artigo 8º (Direito internacional) 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

<sup>30</sup> E mais: polemiza-se hoje naquele país, na seara do direito comunitário, acerca da eventual supremacia da Constituição europeia diante da própria Constituição portuguesa.

<sup>31</sup> Que deverá ser ajustada à multicitada inclusão do § 3º no art. 5º da CF de 1988.

[...] No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. [...] No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori* ou, quando cabível, do critério da especialidade). [...] (ADIn n. 1.480-DF, STF, Plenário, maioria, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça* de 18 maio 2001, p. 429).

De todos os modos, porém, ao reconhecer a existência de direitos fundamentais, mesmo quando não formalmente inseridos na carta política, as Constituições brasileira e portuguesa esposaram uma perspectiva inequivocamente substantiva nesse tema. Daí poder conformar-se uma estrutura dicotômica para esses direitos, que podem ser divididos em (a) direitos fundamentais *prima facie*, (b) direitos fundamentais extraconstitucionais. Os primeiros são tidos como tal por (a1) formalmente expressos na Constituição (quer no rol específico, quer em outras paragens daquela), ou, ainda, por (a2) estarem equiparados àqueles (uma vez que incluídos em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados por meio de *quorum* legislativo qualificado). Os últimos, por seu turno, ao menos no caso

brasileiro, podem ser desdobrados em (b1) implícitos ou decorrentes, que, mesmo sem expressão normativa própria, derivam-se do próprio *regime e dos princípios* já estabelecidos na própria Carta Política, e em (b2) previstos em outros diplomas normativos infraconstitucionais, inclusive nos demais *tratados e convenções internacionais* dos quais o Estado brasileiro seja parte<sup>32</sup>, direitos que por sua essencialidade intrínseca possam ser tidos como tal, na medida em que igualmente reconduzíveis aos parâmetros materiais qualificadores daqueles direitos fundamentais expressos.

A doutrina brasileira hegemônica, todavia, diante da ausência de expressa referência à lei ordinária no dispositivo, resiste à possibilidade do reconhecimento de direitos fundamentais extraconstitucionais que tenham mera sede legal<sup>33</sup>. Entende-se que à legislação comum cabe apenas “o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na Constituição, tornando-os (em se cuidando de normas de cunho programático, isto é, de eficácia limitada) diretamente aplicáveis” (SARLET, 2003, p. 96). Em nosso ver, exatamente por cuidar-se de um conceito material, é que a discussão central no parágrafo referido não é sobre a sede onde estaria localizado o direito, mas àquela acerca da efetiva pertinência do seu conteúdo<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> No caso do direito constitucional português, como assinalado, sendo passível de complementação, inclusive, por normas internacionais gerais, além das convencionais. Nesse sentido, Canotilho & Moreira (1993, p. 137).

<sup>33</sup> Nesse sentido, com resumo das principais posições doutrinárias durante a evolução constitucional do preceito, por todos, Sarlet (2003, p. 96-97).

<sup>34</sup> Este último, sim, necessariamente deve defluir do regime democrático republicano e dos princípios sufragados pela carta política, em especial, os indicados no Título I da CF de 1988 sob a rubrica Dos Princípios Fundamentais. Dentre esses destacam-se como fundamentos estruturantes do Estado brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º), e como valores norteadores de sua atuação internacional a garantia da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político (art. 4º). É na articulação e projeção desses pressupostos gerais, os quais têm por indicadores concretos – com inequívoca e efetiva conformidade – os direitos que foram expressamente elencados no rol “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II), que outros predicativos de foro extraconstitucional devem buscar chancela e confirmação.

Na verdade, ao contrário de ter o caráter limitativo pretendido, como ocorre na carta portuguesa, a ausência de referência explícita à lei parece denotar uma vocação ampliadora da Constituição brasileira. É que ao admitir-se a existência por inferência de direitos fundamentais não-escritos e ao aceitar que outros surjam com mera origem convencional (quando sabidamente no Brasil os tratados e convenções equiparam-se às normas infraconstitucionais), *a fortiori*, não há qualquer razão para recusar que a lei ordinária também consubstancie uma fonte de direitos fundamentais. Por outro lado, que dizer de um direito que possua os requisitos geralmente aceitos (o da vinculação sistêmica e/ou o do desdobramento funcional) e ao mesmo tempo esteja expresso em uma lei ordinária (como ocorreu durante muito tempo com os direitos da personalidade, os ligados à ecologia e outros)? Não alcançará ele por essa razão dignidade de direito fundamental?<sup>35</sup>

### 2.2.3 Principais orientações teóricas sobre a materialidade dos direitos fundamentais

No âmbito luso-brasileiro existem várias concepções doutrinárias sobre o problema da feição material dos direitos fundamentais. Como não caberia aqui um aprofundamento do tema, por transcender os limites propostos ao presente trabalho, optamos por limitar nosso enfoque ao exclusivo arrolamento das características mais marcantes das posições doutrinárias que podem ser tidas por representativas do conjunto<sup>36</sup>.

Ressalte-se, todavia, em virtude da exegese por nós efetuada do art. 5º, § 2º, da CF de 1998, seja qual for o conceito de

---

<sup>35</sup> Ao que parece, em Portugal, a exigência de inserção legal do princípio ou regra caracteriza uma condição necessária, mas não suficiente para o reconhecimento da sua fundamentalidade, requisito que provavelmente origina-se no afã de evitar qualquer controvérsia jusnaturalista. No Brasil, em nossa opinião, diante do teor do dispositivo em análise, essa demanda formal passa a ser secundária para discernir um dado direito como fundamental. A questão, a nosso ver delicada e complexa, mas que não cabe agora deslindar, especialmente no campo de suas restrições, será a do regime jurídico a que se sujeitam tais direitos fundamentais extraconstitucionais.

<sup>36</sup> No domínio da doutrina alemã sobre o assunto, ressalvadas as especificidades que defluem do § 1º do art. 2º da Lei Fundamental, referente ao livre desenvolvimento da personalidade: Alexy (2002, p. 331 ss.).

fundamentalidade adotado, que esse deverá concatenar-se com a perquirição acerca do parentesco que o direito estudado tenha com os demais direitos fundamentais formalmente constitucionais, que se corporifica em um processo de derivação, quer seja por (a) implicância, na acepção lógico-jurídica que afirma a existência de um vínculo relacional entre dois ou mais direitos – um dos quais expressamente tido por fundamental – pelo qual um deles não poderá estar afirmado sem que estejam consagrados os demais; quer seja por (b) decorrência, no sentido de poder-se extrair de um direito fundamental expresso, por inferência dedutiva, um outro direito, em virtude da existência de uma relação de continência autônoma entre ambos.

### 2.2.3.1 A posição de Vieira de Andrade

Para o estudioso português precursor do tema dos direitos fundamentais na vigência da CRP de 1976<sup>37</sup>, em síntese, o conceito material estaria arrimado em um tríptico critério. A uma, ao nível da essencialidade, pela presença nuclear de um relevante “radical subjetivo”, qual seja, a existência de posições jurídicas subjetivas tidas por fundamentais e vinculadas a todos os indivíduos ou ao menos a categorias abertas desses (VIEIRA DE ANDRADE, 2000, p. 78). Devem ser, pois, como enfatiza esse autor, tão-somente àqueles “direitos básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa” (VIEIRA DE ANDRADE,

---

<sup>37</sup> VIEIRA DE ANDRADE, 2001, p. 71-93. Esse autor igualmente sustenta a existência de uma discutível categoria de direitos formalmente fundamentais, mas que não o seriam materialmente (idem, ibidem), em razão de alguns não possuírem o “radical subjectivo” que os conecta com o princípio da dignidade da pessoa humana. A categoria mereceu reproches de Canotilho (2002, p. 406-407), que aponta a concepção do autor citado, nesse aspecto, como um “exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada” (p. 407). Com efeito, em resumo, a posição criticada não tem qualquer ressonância prática, na medida em que, desde que o direito fundamental seja formalmente constitucional, ainda que não o seja nos termos substantivos propostos por Vieira de Andrade, estará de qualquer modo revestido das mesmas prerrogativas normativas dos demais. Melhor nos parece a posição de Miranda (2000, p. 9 e 139), para quem a simples inserção constitucional de um direito é suficiente como critério de reconhecimento da sua materialidade: “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles” (p. 9). Sobre esse problema, ainda, Alexy (2002, p. 373 e ss.).



2000, p. 92). A duas, no plano da funcionalidade, pela existência de uma função protetiva ou garantidora que se projeta no resguardo de “determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo das posições ou relações na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários” (idem, ibidem). A três, no patamar da teleologia, pelo fato de a consagração de um rol de direitos fundamentais corresponder a uma “intenção específica” de atender a uma dada concepção do ser humano – consentânea com o evoluir histórico, cultural e social – que repercute na Constituição dos estados concretos e que, no caso, “se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da *dignidade da pessoa humana*” (VIEIRA DE ANDRADE, 2000, p. 79 – grifos do original).

Nessa posição pode-se criticar a ênfase demasiada no chamado “radical subjetivo”, vinculativo do direito fundamental ao círculo essencial de um dado indivíduo, bem como o elevado grau de subjetivismo que permeia os critérios fixados. Tudo isso torna particularmente difícil sua concreta aplicação como parâmetro hermenêutico hábil a subsidiar o exegeta. Com efeito, no que tange ao primeiro aspecto, parece-nos conduzir a um reducionismo, quer quanto ao rol dos direitos (e.g., ao excluir os direitos sociais), quer quanto à sua titularidade (por exemplo, ao tornar as pessoas coletivas insusceptíveis de tais direitos). Essas facetas antagonizam a vocação da Carta, que é francamente universalista. Quanto ao segundo ângulo, os predicados de “essencialidade”, “primariedade”, “intencionalidade”, mesmo sendo reunidos ao redor da dignidade da pessoa humana, diante da própria indefinição do conteúdo desse termo unificador, acabam por ser igualmente conceitos juridicamente indeterminados em busca de uma efetiva bússola orientadora.

### 2.2.3.2 A posição de Canotilho & Moreira

Canotilho & Moreira (1991, p. 106-117)<sup>38</sup>, no essencial, partem de uma leitura na qual todos os direitos *prima facie* organizam-se com fincas nos valores constitucionais essenciais, que para esses autores seriam a liberdade, a democracia política e da democracia econô-

---

<sup>38</sup> Posicionamento que é reafirmado por Canotilho (2002, p. 403).

mica e social. Esses configuram seu pressuposto e seu critério substancial, e, em decorrência, os direitos extraconstitucionais serão necessariamente referenciados àqueles valores para serem tidos por fundamentais quando muito importantes nesse contexto. Em última análise, serão àqueles “equiparáveis, pelo seu objecto e pela sua importância, aos diversos tipos de direitos fundamentais de grau constitucional” (Canotilho; Moreira, 1991, p. 116). Aqui, ao que se indica, apesar de um inegável avanço consubstanciado na adoção como referencial de direitos já existentes e bem definidos, mantêm-se as fragilidades subjetivistas (“importância” do novo direito) e reducionista (“equiparação” pelo objeto aos já existentes).

### 2.2.3.3 A posição de Sarlet

Na doutrina constitucional brasileira específica sobre o tema, colhemos como mais representativa a posição teórica<sup>39</sup> que, como critérios especificadores do conceito material, reconhece (a) a presença de substancialidade e relevância equiparável aos que constam do catálogo, em um patamar axiológico semelhante (SARLET, 2003, p. 97-100), o que se assemelha em parte à posição de Canotilho & Moreira que se expôs; (b) a vinculação ao regime e aos princípios fundamentais (Títulos I e II da CF de 1988), com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2003, p. 100-120, *passim*), nesse particular, com a assunção expressa da orientação defendida por Vieira de Andrade (2001, p. 102); e, (c) a adoção do “radical subjetivo” e da “função protetiva” dos direitos fundamentais (SARLET, 2003, p. 121), tudo também aos moldes do professor de Coimbra<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Que é a de Ingo Sarlet (2003, p. 86-144). O autor parte de uma divisão dos direitos fundamentais em dois grupos, a saber, (a) os dotados de expressa e escrita previsão e (b) aqueles não-escritos (p. 95). Os primeiros por sua vez subdividem-se em (a1) direitos constantes do catálogo ou em outros locais da própria Constituição e (a2) os direitos fundamentais com assento convencional internacional. Os segundos, de seu lado, dicotomizam-se em (b1) direitos implícitos, “no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, e (b2) “direitos decorrentes do regime e dos princípios” (idem, *ibidem*).

<sup>40</sup> No particular, Sarlet apenas ressalva que para a efetiva adequação da posição de Vieira de Andrade ao sistema constitucional brasileiro seria mister tais critérios “englobarem os direitos sociais e para encontrarem a devida inserção no contexto global do regime e dos princípios fundamentais dos arts. 1º a 4º da CF, além de guardarem relação com as

Além das ponderações já expressadas quanto às posições adotadas por empréstimo à doutrina portuguesa, acrescentam-se as enunciadas anteriormente quanto à classificação adotada pelo autor, que exclui a lei como fonte de direitos extraconstitucionais.

### 3 O princípio do *ne bis in idem*

#### 3.1 Noção preliminar

A expressão *ne bis in idem*<sup>41</sup>, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha, provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma mezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos por incoerente<sup>42</sup>, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal<sup>43</sup>.

---

normas contidas no catálogo da Constituição (arts. 5º, 6º e 7º, especificamente). Nesse sentido cumpre lembrar que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana são, também para o Estado brasileiro (ainda que não de forma exclusiva), valores fundamentais subjacentes e informativos de toda a ordem constitucional, e não apenas do título relativo aos direitos fundamentais” (SARLET, 2003, p. 122).

<sup>41</sup> Uma construção similar ao conteúdo veiculado pela fórmula remonta a Demóstenes, ainda que com caráter processual e em contexto não-penal (imunidade tributária): “[...] as leis proibem proceder judicialmente duas vezes contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos, quer se trate de ação civil, de prestação de contas, [...] ou de qualquer outro pleito desse gênero” (1969, p. 317). Já na sua adoção latina, apesar de constar da obra de Gaio (Instituições, IV, § 108 – “Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum”), parece ser a simplificação do aforismo *bis de eadem re ne sit actio* (não se pode agir duas vezes pelo mesmo motivo), colhido em Quintiliano (35–95 d.C.). Na sua literalidade atual significa algo como “não duas vezes, a mesma coisa”. A expressão, também de uso corrente, *non bis in idem*, muito adotada em Espanha, não se configura gramaticalmente como a mais perfeita, consoante refere a doutrina sobre o tema (e. g., GARCÍA ALBERO, 1995, p. 23, nota 1).

<sup>42</sup> Relembre-se, como é curial, que “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento” (BOBBIO, 1989, p. 113).

No inevitável embate dialético entre a liberdade e a segurança, que perpassa o processo de elaboração das normas jurídicas, configura-se como um instituto híbrido. Ao mesmo tempo garante a liberdade do indivíduo, limitando o exercício da violência legítima monopolizada pelo Estado contra ele, ao impedir seu duplo sancionamento (ainda que sacrificando eventualmente as demandas do interesse da coletividade), e é apanágio de segurança jurídica de todos, estabilizando a manifestação inicial do *jus puniendi* estatal e impedindo sua renovação permanente.

### 3.2 Origens históricas

#### 3.2.1 Direito consuetudinário (“*common law*”)

Como nos esclarece Blackstone, nos países de linhagem jurídica costumeira a proibição do *double jeopardy* (duplo risco) é das mais antigas regras da *common law* inglesa (4 Commentaries, p. 335-336<sup>44</sup>). Relaciona-se aos denominados “pleitos” (*pleas*) de “absolvição anterior” (*autrefois acquit*) e de “condenação anterior” (*plea of autrefois convict*), que têm suas raízes no princípio de que “nenhum homem deve ser colocado mais de uma vez em uma situação de risco (*jeopardy*) de sua vida pela mesma ofensa [...]”. Lembra Dennis que “Friedland remonta sua origem à disputa no século XII entre Henrique II e o arcebispo Thomas Becket acerca de se os clérigos condenados nas Cortes eclesiásticas estavam isentos de futuras puni-

---

<sup>43</sup> Como lembra Queralt, a propósito da evolução do princípio na Espanha, existe uma “[...] dupla funcionalidade substantiva e processual do *non bis in idem* [...] nascido com um instituto processual vinculado à idéia de coisa julgada [...] o que enfatiza a idéia de segurança jurídica, este princípio evolui até o terreno muito mais substancial e consistente da proibição de infligção de duplo castigo a um mesmo sujeito por idênticos fatos correspondendo a uma idêntica repercussão normativa [...]” (QUERALT, 1992, p. 10).

<sup>44</sup> Apud LAW COMMISSION, 1999, p. 1. A *Law Commission* foi instituída pelo Parlamento britânico em 1965 e constitui um órgão encarregado de propor reformas legislativas naquela nação (o documento utilizado foi obtido no sítio da instituição na Internet: <<http://www.open.gov.uk/lawcomm>>, em 25 jun. 2004). Moore, por seu turno, no âmbito da percutiente análise crítica que faz do princípio no direito anglo-americano, após referir a incisiva assertiva de Blackstone, aduz que na realidade de sua aplicação concreta ainda “[...] há espaço para uma visão céptica de que não há requisito coerente ou unitário para caracterizar o *double-jeopardy*” (MOORE, 1993, p. 306).

ções nas Cortes reais” (DENIS, 2000, p. 935). A existência de uma absolvição ou condenação anterior pelo mesmo crime constitui impedimento a uma nova punição ou a um novo julgamento pelos mesmos fatos. Com o precedente de *Connely v. D.P.P* (1964) da Corte Suprema, com base na teoria do abuso do processo, às chamadas “regras de *autrefois*” acrescenta-se uma proibição de sucessivos indiciamentos pelas mesmas razões fáticas, ressalvada a presença de determinadas circunstâncias especiais capazes de excepcionar a regra (DENNIS, 2000, p. 936 ss.).

### 3.2.2 *Direito continental (“civil law”)*

Na vertente dos países de legislação codificada, apesar de não ser referido pelo Marquês de Beccaria em sua obra seminal, o *ne bis in idem* tem sua importância efetivamente afirmada apenas com o alvorecer do movimento iluminista. Aparece como uma reação ao sistema inquisitivo de investigação criminal, que – sob a máxima odiosa do *plus amplement informé* – facultava a indefinida manutenção de processos em curso ou a reabertura dos que já haviam findado<sup>45</sup>. Encontra sua primeira formulação positiva no corpo da Constituição francesa de setembro de 1791, cujo art. 9º assegurava diversas garantias no âmbito criminal<sup>46</sup>. Entre essas estabelecia que “Todo homem absolvido por um júri legalmente constituído não pode mais ser julgado nem acusado de novo em razão do mesmo fato”. É, pois, em decorrência da força ideológica das idéias que encontraram sua expressão política na revolução burguesa de 1789 que a máxima se espalhou pelos demais países ocidentais.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, o princípio encontra abrigo explícito em inúmeros diplomas constitucionais e, modernamente, vem assumindo cada vez maior importância internacional. Essa decorre do processo de globalização, com seu encurtamento das

---

<sup>45</sup> O desenvolvimento histórico esboçado neste item foi colhido em Correia (1996, p.301 e ss.).

<sup>46</sup> “Article 9. En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés [...]. Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.”

distâncias em todos os sentidos, e mercê do crescente fomento de uniões entre estados independentes na busca de fortalecimento recíproco na luta por objetivos comuns. No quadro constitucional externo destacaremos sua precursora inclusão nas emendas à Constituição norte-americana de 1776 e sua inserção contemporânea na Constituição Portuguesa de 1976.

### 3.3 Situações de expressa previsão constitucional do princípio

#### 3.3.1 Estados Unidos: a cláusula do “double jeopardy” e a 5ª Emenda Constitucional

A proibição do *double jeopardy* originada da *common law* foi formalizada na Constituição norte-americana, no bojo das garantias processuais do devido processo legal (que encontra consagração genérica na 14ª Emenda Constitucional) e explicitada na 5ª Emenda<sup>47</sup>, do chamado *Bill of Rights*<sup>48</sup>, um conjunto de provimentos que, em dezembro de 1791, sob o influxo da Revolução Francesa, altera substancialmente a carta política dos Estados Unidos. De fato, entre outras determinações garantistas, a 5ª Emenda estatui que “[...] nenhuma pessoa deverá sujeitar-se ao risco de sua vida duas vezes, pela mesma violação [...]”. Como o antecedente legislativo mais remoto desse princípio, em solo americano, a doutrina daquele país aponta o

---

<sup>47</sup> Cuja íntegra é a seguinte: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

<sup>48</sup> Como relembra Miller, “é bem provável que a ordem das cláusulas no *Bill of Rights*, ao contrário do que posteriormente tenderam a considerar as mentes legalistas, não tenha sido cuidadosamente concebida, como foi o texto constitucional original, que se beneficiou de um comitê de estilo. Nele, como um todo, as provisões relacionadas à lei penal não estão agrupadas em seqüência. Na 5ª Emenda, as cláusulas parecem aleatoriamente articuladas, embora se possa argumentar que deliberadamente principie com as que se aplicam exclusivamente nos julgamentos criminais, passando para uma garantia aplicável em situações quer criminais quer cíveis (a cláusula do devido processo legal) e concluindo com um preceptivo não-criminal (compensação justa) [...]” (1977, p. 42, nota 30).

conjunto de direitos individuais enfeixados em 1641 sob o rótulo de *Body of Liberties*, promulgados na colônia de Massachusetts (BODENHAMER, 1992, p. 15-16).

A garantia protetiva da vedação ao duplo risco, em que pese a referência feita na emenda à ofensa ou violação, ou seja, a um crime, desde logo foi relacionada ao fato imputado e adquiriu eficácia tanto no sentido de impedir o duplo sancionamento, quanto no de obstaculizar um novo indiciamento por sua prática. Destarte, por exemplo, em julgamento efetuado pela Suprema Corte de Indiana em 1822, concluiu-se que uma acusação de colocar em circulação numerário contrafeito deveria obrigatoriamente incluir uma exata descrição das notas falsas, sem o que o acusado não poderia alegar a cláusula protetiva caso acusado novamente pelo mesmo crime (BODENHAMER, 1992, p. 52). No que tange à inevitável polêmica acerca da identidade de violações para fins do reconhecimento do *double jeopardy*, a Suprema Corte consagrou o teste de Blockburger<sup>49</sup>, segundo o qual, “cada uma das ofensas criadas requer a prova de um elemento diferente. Para verificar se o mesmo ato ou transação constitui uma violação de duas provisões estatutárias distintas, o teste a ser aplicado para determinar se há duas ofensas ou somente uma é se cada provisão demanda a prova de um fato que a outra não requer”<sup>50</sup>.

De se ver, todavia, que o referido alcance mais amplo da cláusula comporta inúmeras limitações<sup>51</sup> e passou por inúmeras vicissitudes históricas. Assim, por exemplo, diante das especificidades do federalismo naquele país, em 1937, a Suprema Corte (no julgado *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 – 1937)<sup>52</sup> expressamente fixou uma diferenciação entre estados e União, para fins de aplicação das garantias constitucionais do devido processo legal como estabelecidas

---

<sup>49</sup> Estabelecido no precedente *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 52 S.Ct. 180, 76 L.Ed.2d 306 (1932).

<sup>50</sup> Para uma leitura crítica do teste, apontando as incongruências a que conduz, ver Amar (1997, p. 1813 e ss.).

<sup>51</sup> Uma esclarecedora análise do panorama do *double jeopardy* encontra-se em Amar (1997).

<sup>52</sup> O teor dos precedentes utilizados da Suprema Corte norte-americana foi obtido na Internet, no mês de junho de 2004, no sítio <<http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>>.

nas oito primeiras emendas constitucionais (BODENHAMER, 1992, p. 98). O ponto essencial do precedente, como expresso pelo relator Justice Cardozo, resumia-se em que “[...] a Quinta Emenda, *que não é aplicável aos estados*, mas tão-somente para o governo federal, cria imunidade ao duplo risco [...]” [grifei]. Esse entendimento perdurou até o advento da hegemonia liberal da chamada Corte de Warren que apenas em um dos seus últimos julgados paradigmáticos (no julgado *Bento v. Maryland*, 395 U.S. 784, 795 – 1969), reverteu expressamente o *leading case* citado (BODENHAMER, 1992, p. 127-128), tendo o relator Justice Thurgood Marshall asseverado que qualquer das garantias do *Bill of Rights* era “fundamental para o esquema americano de justiça [...] os mesmos parâmetros constitucionais aplicam-se a ambos governos, estaduais e federal. As raízes do caso *Palko* foram cortadas anos atrás [...]” (apud LEAHY, 1992, p. 67).

Com a preponderância conservadora iniciada com a cognominada Corte de Burger, por seu turno, consolidou-se uma posição que estabelece a independência das instâncias federal e estadual para fins do *double jeopardy*, qual seja, na hipótese de o mesmo fato constituir um ilícito penal na legislação da União e na de um estado-membro, a absolvição ou condenação anterior em sede federal não era óbice para que o mesmo fato fosse apreciado pela justiça estadual<sup>53</sup>. Do mesmo modo, não se aplica a garantia em casos de julgamentos do mesmo fato em sede criminal se, na oportunidade em que esse fora anteriormente apreciado, o acusado estivera submetido apenas às sanções de natureza civil, cautelar ou administrativa<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> De que é exemplo mais remoto *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959), no qual, apreciando a situação na qual o réu fora absolvido de uma imputação federal de roubo de banco e julgado novamente no Estado de Illinois pelo mesmo fato, acusado de violação de roubo previsto no estatuto daquele estado, a Corte considerou inaplicável a garantia. O relator Justice Frankfurter, referindo o voto do Justice Cardozo no precedente *Palko*, assevera que “sobre o significado amplo do devido processo legal, abstraídas as oito emendas, ele [Cardozo] sugeriu que seriam proibidas aos estados apenas aquelas práticas ‘repugnantes para a consciência do gênero humano’ [...] Aplicando estas frases em *Palko*, a Corte fixou que, ainda que até certo ponto a crueldade do assédio de múltiplos processos por um Estado possa ofender o devido processo, a específica limitação imposta pelo Governo Federal na 5ª Emenda, através da Cláusula do Duplo Risco, não obriga os Estados”.

<sup>54</sup> Assim, e. g., em *Hudson et alli v. United States* 522 US 93 (1997) e *Monge v. California* 524 US 721 (1997).



### 3.3.2 Portugal: art. 29<sup>o</sup>, n. 5, da Constituição de 1976

Inovando no constitucionalismo português, a Constituição de 1976 incluiu a proibição de que “ninguém pode ser julgado mais de uma vez pela prática do mesmo crime” (art. 29<sup>o</sup>, n. 5)<sup>55</sup>. Canotilho & Moreira (1993, p. 194) esclarecem que o princípio proíbe não só o duplo julgamento, como expresso em sua dicção, como também a dupla penalização, e que ele se desdobra em um dúplice dimensionamento. Dessa maneira, como direito fundamental subjetivo que se reconhece ao indivíduo, fornece-lhe um remédio para contrapor a eventual tentativa estatal de julgá-lo duas vezes pelo mesmo crime (*direito de defesa negativo*). Na vertente objetiva, por sua vez, conduz a que o legislador estabeleça os mecanismos processuais hábeis a sua implementação concreta, especialmente no campo da litispendência e da coisa julgada. Aduzem esses autores, ainda, sem todavia efetivamente enfrentar o problema, que “para a tarefa de ‘densificação semântica’ do princípio, é particularmente importante a clarificação do sentido da expressão ‘prática do mesmo crime’, que tem de obter-se recorrendo aos conceitos jurídico-processuais desenvolvidos pela doutrina do direito e processo penais. [...]” (idem, *ibidem*).

Discutindo o que deve ser tido por mesmo fato, a partir da ótica do concurso de crimes, o Tribunal Constitucional esclareceu que

[...] A doutrina penalística portuguesa, na esteira de Eduardo Correia [...] defendeu a aplicação do regime do concurso efectivo de crimes – com o inerente afastamento do chamado concurso aparente, ou concurso de normas –, que se traduz entre nós na realização de um cúmulo jurídico das respectivas penas (v. artigos 77<sup>o</sup> e 78<sup>o</sup> do Código Penal), quer ao chamado concurso real, quer ao denominado concurso ideal de crimes. O n. 1 do artigo 30<sup>o</sup> do Código Penal de 1982 veio justamente consagrar tal aplicação, mediante uma equiparação das duas modali-

---

<sup>55</sup> Em diapasão similar, a Constituição Alemã estabelece que “ninguém com base na lei penal pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato” (art. 103, III).

dades de concurso de crimes. No último caso (concurso ideal), um único facto ou acção é multiplamente qualificado como crime, quer por força da violação simultânea de mais do que uma norma incriminadora (concurso ideal heterogéneo), quer por força da ofensa plural da mesma norma incriminadora (concurso ideal homogéneo). É muito complexa a questão de saber quais os limites que constitucionalmente condicionam a possibilidade de tratar como concurso efectivo e não como mero concurso aparente determinado comportamento tipificado na lei penal. Mas *não basta evidentemente invocar a punição plural de um facto ou acção unitários para se ter como demonstrada uma violação do n. 5 do artigo 29º da Constituição. O apuramento de tal violação pressupõe que as normas em causa sancionem – de modo duplo ou múltiplo – substancialmente a mesma infracção. A contrariedade ao princípio “ne bis in idem” depende assim da identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes, ou do desvalor pressuposto por cada uma delas. [...]* (Acórdão n. 244/99, exarado no Processo n. 234/97, Tribunal Constitucional, 2ª Secção, unânime, Rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, julgado em 29.4.1999 – grifei)<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Como ensina Correia a propósito da regra da consunção no concurso aparente de normas penais, “Se na verdade se apresentam ao mesmo tempo para se aplicarem a uma certa situação de fato, diversos tipos de crimes, encontrando-se os respectivos bens jurídicos, uns relativamente aos outros, em tais relações (de mais e menos), pode suceder que a reação contra a violação concreta do bem jurídico, realizada pelo tipo informado pelo valor mais vasto, se efetive já pela aplicação do preceito que tem em vista a defesa de bens jurídicos mais extensos. Quando isto acontece, as disposições penais vêm a encontrar-se numa relação de consunção: uma consome já a proteção que a outra visa. E como não pode haver dúvida de que a mais ampla, a *lex consumens*, tem em todo o caso de ser eficaz, é manifesto, sob pena de clara violação do princípio *ne bis in idem*, que a menos ampla, a *lex consumptae*, não pode continuar a aplicar-se” (*A teoria do concurso em direito criminal*, 1996, p. 131). Sobre os critérios para delimitar a relação entre o concurso de crimes e o *bis in idem*, por todos, García Albero (1995, especialmente p. 321 ss.).

### 3.4 Manifestações do princípio no direito brasileiro

Diante da estratégia que adotamos para o enfrentamento do nosso tema, nesse passo impõe-se verificar como o princípio reverbera na legislação infraconstitucional brasileira. Em termos da legislação ordinária encontramos manifestações explícitas do *ne bis in idem* basicamente em três diplomas legais, a saber: o Estatuto do Estrangeiro e os Códigos Penal e de Processo Penal. No que concerne aos tratados e convenções internacionais destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### 3.4.1 A legislação infraconstitucional brasileira

##### 3.4.1.1 Leis ordinárias

###### a) O estatuto do estrangeiro e a extradição passiva

Começando pela repercussão do princípio no patamar das relações internacionais do Estado brasileiro, encontramos sua previsão na Lei Federal n. 6.815, de 19.8.1980, que “define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil”, quando em seu Título IX estabelece a disciplina geral da extradição<sup>57</sup>. Ao que parece, o legislador estava fundado em uma concepção de supremacia absoluta da ordem normativa interna, quiçá motivada pelo entendimento da aplicação da lei como manifestação exclusiva da soberania nacional e pela proverbial desconfiança dos julgamentos realizados em tribunais alienígenas<sup>58</sup>. Assim, após reafirmar a projeção judicial da soberania do Estado brasileiro, com o descabimento da extradição se “o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado [...]” (art. 77, III), a norma legal veda sua concessão, também, quando o “extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido” (art. 77, IV)<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> A doutrina penal clássica define a extradição como “instituto de cooperação internacional na luta contra o crime” (FREDERICO MARQUES, 1997, p. 387).

<sup>58</sup> Nesse mesmo sentido, na esfera dos países europeus, manifesta-se Amalfitano (2002, p. 927).

<sup>59</sup> Nesse sentido, e. g., “[...] – A extradição não será concedida, se, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extraditacional, o súdito reclamado estiver sendo submetido a procedimento penal no Brasil, ou já houver sido condenado ou absolvido pelas autoridades

Desse dispositivo legal, em primeiro lugar, pode-se extrair que nele convivem duas faces da proibição do *ne bis in idem* extradicional na ordem jurídica brasileira, quais sejam, (a) uma de cariz material, que conduz ao impedimento de uma segunda apenação pelos mesmos motivos que fundamentaram uma primeira condenação, e (b) uma outra de cunho processual, que resulta na vedação de um novo processo e eventual novo julgamento, quando já julgado pelas mesmas razões<sup>60</sup>.

Em segundo lugar, para fins do estabelecimento da identidade do julgamento e/ou do processo que é vedada pelo princípio e que resultará no indeferimento do pleito extradicional, o que deve ser co-tejado é o *fato descrito* pelo Estado requerente<sup>61</sup>. Dessa maneira, para além da eventual classificação jurídica ou do enquadramento típico emprestado ao fato pela solicitação alienígena, o que impende considerar é o substrato material fenomênico que ali se encontra descrito.

Em terceiro lugar, o reconhecimento da função protetiva do princípio no campo extradicional é aparentemente restringida a um âmbito de mera eficácia interna. Desse modo não seriam o eventual julgamento ou acusação anteriores realizados em qualquer outro Estado que poderiam ensejar sua aplicação, mas, tão-somente, aquelas decisões ou processos ocorrentes no território brasileiro e perante a justiça penal nacional. De se ver, todavia, em uma feliz interpretação extensiva do princípio, haver o STF recentemente decidido que, se o extraditando comprova já ter sido julgado ou acusado pelo mesmo fato em um terceiro Estado, essa situação também terá o condão de impedir a efetivação de sua extradição<sup>62</sup>.

---

judiciárias brasileiras. – Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de *double jeopardy* atua como insuperável causa obstativa do atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o *bis in idem*” (Ext. 688-6, STF, Pleno, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 22 ago. 1997).

<sup>60</sup> Sobre os reflexos no âmbito da investigação criminal, vide item 3.4.2, *infra*.

<sup>61</sup> Observe-se desde logo não se ignorar que o conceito de identidade de fato é “invocado por todas as normas que disciplinam o *bis in idem* extradicional, mas nenhuma o define” (DEAN, 1998, p. 68).

<sup>62</sup> Ext. 871-4, STF, Pleno, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário de Justiça*, 12 mar. 2004,

b) Código Penal: a aplicação da lei penal no espaço e sentença estrangeira

Esta última situação, contudo, não impedirá que ele seja julgado pelo mesmo fato em território brasileiro no caso de existir competência nacional para o conhecimento do crime, quer por territorialidade, quer por extraterritorialidade, ao menos quando esta última for incondicionada. Isso é o que resulta do Código Penal brasileiro ao tratar da aplicação da lei penal no espaço e ao disciplinar os efeitos da sentença estrangeira em nosso território. Com efeito, diante da consagração da regra da prevalência da territorialidade contida no art. 5º do CP e consideradas as conseqüências que são atribuídas à pena cumprida no estrangeiro pelo art. 8º do CP<sup>63</sup>, fica claro que no plano internacional a condenação ou absolvição anterior pelo mesmo fato não impedirá sua apuração, processamento, julgamento e sancionamento pela justiça penal brasileira<sup>64</sup>. De se

---

cuja ementa assinala: “Constitucional. Penal. Extradicação: Grécia. Tráfico de Entorpecentes. Extraditando condenado num terceiro Estado pelo mesmo delito: Aplicabilidade do disposto no art. 77, V, Lei 6.815/80. I – Extradicação requerida pelo Governo da Grécia, com base no art. 8º do Código Penal grego, que dispõe que os crimes cometidos no exterior, pelos seus nacionais, são sempre punidos pelas leis gregas, independentemente das leis do lugar onde foi praticado o ato. Acontece que, pelo mesmo delito, cuja prática iniciou-se no Brasil, foi o extraditando julgado pela Justiça italiana, tendo cumprido a pena de prisão a que foi condenado. II – A lei brasileira não admite seja o indivíduo processado criminalmente por delito pelo qual foi condenado, consagrando a regra, que vem do direito romano, do *non bis in idem*: não se pune duas vezes a um acusado pelo mesmo crime. III – Caso em que a extradicação deve ser indeferida, porque ocorrente situação configuradora de *double jeopardy*, vale dizer, de duplo risco de condenação, no Estado requerente, pelo mesmo fato pelo qual foi condenado pela Justiça italiana: Extradicação 688/Itália, Rel. Min. Celso de Mello. Aplicabilidade, por analogia, do disposto no art. 77, V, da Lei 6.815/80. IV – Extradicação indeferida”.

<sup>63</sup> “Art. 8º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

<sup>64</sup> No plano da extraterritorialidade, o art. 7º, inciso I, do CP relaciona toda uma gama de ilícitos penais, em relação aos quais a lei penal será aplicada nos mesmos termos em que aplicável aos que são praticados em território brasileiro. Na Alemanha, cujo diploma constitucional expressamente contempla o princípio, ocorre o mesmo: “O princípio ‘*ne bis in idem*’ (art. 103 III GG) só proíbe o tratamento repetido do mesmo assunto por parte dos Tribunais da República Federal da Alemanha [...]. Ao contrário, a prolação de um julgamento *estrangeiro* não se opõe a um processo penal alemão pelo mesmo fato [...]” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 188 – grifo do original). Aduzem os mesmos doutrinadores que não há qualquer ilegalidade no caso, em razão da possibilidade de

observar, também, que nos dispositivos invocados, diferentemente do Estatuto dos Estrangeiros, o Código Penal utiliza a expressão *mesmo crime* como parâmetro para ensejar a detração da pena cumprida no exterior.

c) Código de Processo Penal: litispendência, coisa julgada e revisão criminal

O Código de Processo Penal, por sua vez, ao reconhecer as exceções da litispendência e da coisa julgada<sup>65</sup>, ainda que de forma indireta também resguarda o princípio do *ne bis idem*<sup>66</sup>, ao menos na sua feição processual<sup>67</sup> já referida (v. item 3.4.1.1, a, retro). Esse vetusto código, como é consabido, dos mais deficientes tecnicamente, não oferece maiores subsídios acerca do que se deve entender por tais institutos. De relevante apenas ressalta quanto à coisa julgada que essa “somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença” (art. 110, § 2º, do CPP). Apesar dessas lacunas, por analogia autorizada (art. 3º do CPP), aplicando-se os subsídios constantes do nosso Código de Processo Civil (sobretudo em seu art. 301), pode-se dizer que ocorrerão aqueles indesejáveis fenômenos processuais de repetição de lides nos casos em que hou-

---

detração da pena eventualmente cumprida no exterior (*idem, ibidem*), nos mesmos moldes do que ocorre no Brasil. Roxin considera insatisfatório o mencionado preceito constitucional germânico, por entender que em sua literalidade ele parece permitir a cumulação de sanções penais e administrativas (ROXIN, 1997, p. 75). Quanto à extradição e ao *bis in idem* no direito italiano, Mantovani (2001, p. 956 ss.), e, com ênfase nos aspectos comunitários, Dean (1998). No direito português, cite-se o parecer de Figueiredo Dias sobre o chamado caso Varizo (1995, p. 213-222).

<sup>65</sup> Art. 95 – “Poderão ser opostas as exceções de: [...] III – litispendência; [...] V – coisa julgada” – e ss.

<sup>66</sup> Assim, e.g.: “[...] – A prolação de decreto condenatório pelos mesmos fatos delituosos de que foi o acusado processado e absolvido, por sentença transitada em julgado, configura *bis in idem*, devendo, pois, ser anulado o segundo processo para que não se ofenda a coisa julgada” (Apelação Criminal 1.210.071/7, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 8ª Câmara, unânime, Rel. Juiz Roberto Midolla, data do julg. 15.2.2001).

<sup>67</sup> Ressalta Muñoz Lorente que essa vertente processual do princípio “[...] tem um caráter meramente profilático, acessório ou coadjuvante do autenticamente importante: o *non bis in idem* material. Em definitivo, como assinala Cuerda Riezu, ambos institutos se traduzem em ‘uma regra de direito que pretende evitar uma pluralidade de efeitos jurídicos sobre um mesmo substrato real’; ou, em outros termos, e *de forma deliberadamente reducionista, tendentes a evitar uma duplicidade de sanções pelos mesmos fatos*” (MUÑOZ LORENTE, 2001, p. 18-19 – grifos originais).

ver identidade dos elementos essenciais (os sujeitos, o pedido e a causa de pedir) de duas ou mais causas (art. 301, § 2º, do CPC).

De se assinalar que a construção processual civil deve ser adaptada às especificidades do processo penal. De fato, como foi bem decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do HC 4.325<sup>68</sup>), os elementos constitutivos de uma ação encontram-se em três requisitos:

a) legitimidade ativa e passiva; b) causa de pedir; c) pedido. [...] a teoria geral do processo civil só parcialmente se projeta na teoria geral do processo penal, dado, por exemplo, neste último, não haver pedido, no sentido do processo civil, porque inexistente lide, só analogicamente, far-se-á a aproximação. Não há lide porque, juridicamente, o Ministério Público não se opõe ao réu; ao contrário, os interesses se encontram no mesmo ponto: não haver punição senão pelo fato cometido. [...] Apesar da aproximação dos institutos, na área processual penal, projeção do princípio da reserva legal, impossível punir a pessoa, duas vezes, pelo mesmo fato. Resulta do comando penal – *non bis in idem*. Com isso, afasta-se, terminantemente, a fluência de processo, cuja denúncia repita fato em curso, ou definitivamente apreciado em outro processo” (colhido do voto condutor).

Nesses termos, ocorrerá a litispendência nos casos em que após instaurada a instância e antes do julgamento definitivo da demanda for renovada a propositura de ação idêntica (pode-se aplicar por analogia o estatuído no art. 219 do CPC e considerar a citação válida como marco inicial para fins do reconhecimento da existência de litispendência). Se já decidida anteriormente a lide em caráter

---

<sup>68</sup> HC 4.325, 6ª Turma, maioria, Rel. originário Min. Adhemar Maciel, Rel. designado Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ, 22 set. 1997. Assinala a ementa que: “HC – Processual Penal – Litispendência – Há litispendência quando uma ação repete outra em curso. Os elementos constitutivos são: legitimidade ativa e passiva; causa de pedir e pedido. Esses elementos da Teoria Geral do Processo Civil só parcialmente se projetam na Teoria Geral do Processo Penal, particularmente quanto ao pedido. Repetem-se ações penais quando a imputação atribuí ao acusado, mais de uma vez, a mesma conduta delituosa”.

definitivo, igualmente veda-se a repetição de causas idênticas, agora em razão da eficácia preclusiva ou excludente própria do efeito de imutabilidade externa que resulta da coisa julgada material (art. 301, § 3º, do CPC). Nesse diapasão, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal,

[...] Só há litispendência enquanto em curso ambas as ações penais que digam respeito ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado, e ela, argüida a exceção de litispendência, se resolve, quando ambos os juízes são competentes, pela prevenção em favor daquele que tiver antecedido ao outro “a prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa” (artigo 83 do CPP). Quando, porém, em uma dessas ações já há decisão transitada em julgado, deixa de haver litispendência, e, como salienta Eduardo Espínola Filho (Código de Processo Penal brasileiro anotado, vol. II, 5ª ed., n. 264, p. 301, Editora Rio, Rio de Janeiro, sem data), “em qualquer fase esteja a ação penal, se o juiz verificar que o fato principal foi solucionado por sentença transitada em julgado, no seu próprio juízo, ou em outro, paralisará definitivamente aquele processo, fazendo apensar os respectivos autos aos da outra causa, ou, para isso, os remetendo ao juízo, onde esta ocorreu”. O que implica dizer que, em respeito à coisa julgada, se extingue a ação penal em curso. Finalmente – e esse é o caso sob exame –, quando só se verifica a existência de duas ações penais relativas ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado depois que em ambas suas decisões já transitaram em julgado, essa questão não mais se resolve pela prevenção, que é o critério para a solução da litispendência, que, com o trânsito em julgado da decisão proferida numa delas, já deixou de existir, mas, sim, pelo critério da precedência da decisão transitada em julgado, porquanto, se houvesse sido conhecida essa decisão enquanto a outra ação penal estava em curso, esta ação teria sido definitivamente paralisada, como se salientou acima. [...]



(HC 77.909-3, STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário de Justiça*, 12 nov. 1999).

### 3.4.1.2 Normas convencionais

#### a) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>69</sup>, embora tenha sido aprovado pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em 16.12.1966, apenas recebeu a adesão brasileira em 1992. A cláusula 7 de seu artigo 14 estabelece que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”. De sua própria inserção sistêmica no referido diploma transnacional resulta claro existir um relativo consenso entre as nações acerca da fundamentalidade do princípio do *ne bis in idem*<sup>70</sup>.

Na realidade, todavia, demonstra-se extremamente ambígua e limitada a garantia aqui prevista<sup>71</sup>. Isso se dá (a) por força do emprego da expressão “delito” como parâmetro do *idem* em vez do termo “fato”, tornando mais fluida a identificação da existência de duplicidade de julgamentos ou de punições em razão das diferentes acepções que aquele vocábulo assume nas diferentes ordens jurídicas nacionais; (b) em razão da exigência de uma sentença penal transitada em julgado, o que reduz a garantia na sua seara processual, uma vez que implicitamente possibilita a convivência de diversos processos ao mesmo tempo, ainda que em diferentes estágios procedimentais; e, sobretudo, em termos de projeção internacional do princípio<sup>72</sup>, (c) diante da ressalva explicitada no final do dispositivo possibilitando a

---

<sup>69</sup> Para uma análise global das garantias processuais asseguradas por esse instrumento, por todos, consulte-se Chiavario (1978, em especial, quanto ao *bis in idem*, p. 495 ss.). Para um extensivo inventário da presença do princípio no direito penal internacional convencional até meados da década passada, Pralus (1996, p. 565-572).

<sup>70</sup> Fazendo apelo ao princípio como “exigência natural de equidade” cuja observância “encontra correspondência no respeito do direito individual” e cujo fundamento radica em “um processo justo”, Galantini (1981, p. 101).

<sup>71</sup> Ressaltando sua limitada relevância, ao menos no direito administrativo francês, Heers (1996, p. 39 ss.).

<sup>72</sup> Nesse sentido, Galantini (1981, p. 118-119) e Amalfitano (2002, p. 935).

pluralidade de julgamentos, tendo em vista as regras freqüentemente adotadas de extraterritorialidade incondicionada e de territorialidade absoluta, como visto inclusive no caso brasileiro. Sobre este último aspecto, relembra Pralus que “o Comitê de Direitos do Homem emitiu uma recomendação segundo a qual o artigo 14, parágrafo 7, não teria alcance internacional e ‘proíbe as duplas condenações por um mesmo fato, apenas quando as pessoas foram julgadas dentro de um mesmo Estado’ [...]” (PRALUS, 1996, p. 567). Diante disso, ao menos no que tange ao Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, fica afastada a consagração de um *ne bis in idem* internacional, qual seja, não se reconhece a ampla projeção de efeitos dos julgados penais ou de processos instaurados em um determinado estado na esfera do direito interno dos demais países (retro, item 3.4.1.1).

b) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura em 22.11.1969, e, também, tão-somente em 1992 foi ratificada e promulgada pelo Brasil (por meio do Decreto n. 678, de 6.11.1992). A cláusula 8ª da Convenção, que trata das garantias judiciais, em seu item 4 estabelece que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgamento não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Em nosso ver, a cláusula padece de inúmeras deficiências. Em primeiro lugar, parece consagrar somente a vertente processual do princípio, proibindo tão-somente o duplo processo, ainda que se possa implicitamente considerar que também veda o duplo sancionamento. Em segundo lugar, refere apenas as hipóteses de absolvição, quando a garantia se aplica da mesma maneira ao que sofreu anterior condenação pelos mesmos motivos, exatamente para que não seja mais severamente sancionado<sup>73</sup>. Em terceiro lugar, resguarda apenas efeitos da coisa julgada, não obstaculizando que durante a tramitação de um processo e antes da solução definitiva da lide ou-

---

<sup>73</sup> De se ver que, se atendida essa observação, estendendo-se a vedação de duplo processo ao réu já condenado anteriormente, não se impediria que fosse ressalvado a este poder se valer de ação revisional ou que existisse uma proibição geral de revisão *pro societate*.

tras investigações sejam instauradas ou outros processos iniciados pelas mesmas razões. De positivo destaque-se que o preceptivo proíbe o novo processo “pelos mesmos fatos”. Nesse exclusivo aspecto, isso torna essa versão da cláusula mais abrangente do que diploma internacional analisado anteriormente.

De qualquer sorte, mesmo a expressão “mesmos fatos” traz dificuldades práticas para a aplicação do princípio diante das peculiaridades dos diferentes ordenamentos jurídicos envolvidos. Apenas a presença desses pode não ser suficiente para redundar na aplicação do princípio. Assim, e.g., na Espanha, até o advento de um novo posicionamento do Tribunal Constitucional, adotado no final da década de 1990 (com a sentença n. 177/1999), exigia-se para sua configuração os

[...] seguintes requisitos: 1º) que exista identidade absoluta de fatos e, com ele, de sujeito ativo; 2º) que o fundamento de ambas as sanções seja idêntico; 3º) que, como regra geral, sejam aplicados por autoridades da mesma ordem e mediante procedimentos distintos; e, 4º) em caráter negativo, que em caso de duplicidade de sanções administrativa e penal, não exista um relação de supremacia especial da administração [...] que justifique o exercício do *ius puniendi* pelos Tribunais e, ao mesmo tempo, a capacidade sancionadora da Administração (GARCÍAS PLANAS, 1989, p. 11)<sup>74</sup>.

### 3.4.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Se das normas infraconstitucionais estudadas resultam patentes as inúmeras limitações ao alcance do *bis in idem* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, essa inteligência é confirmada pela análise dos acórdãos da jurisprudência criminal do STF nos quais o princípio foi suscitado<sup>75</sup>. Como veremos perfunctoriamente, apenas para extrair a leitura que dele é feita pela Corte Suprema, para além

---

<sup>74</sup> Para um minudente levantamento do princípio no âmbito do Tribunal Constitucional daquele país, Manzano (2002).

<sup>75</sup> Todos os acórdãos referidos no texto foram selecionados no quadro dos existentes sobre o tema no sítio da instituição na Internet: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Foi aí igualmente que se obteve o texto integral dos escolhidos.

dos julgados pertinentes às normas infraconstitucionais que expressamente consagram o princípio, já referidos quando do estudo daquelas, existem inúmeras outras questões penalísticas nas quais essa suscitação é recorrente. Destarte, não obstante reconhecendo o princípio e consagrando sua observância em nossa ordem jurídica, a Corte é em geral parcimoniosa no seu reconhecimento concreto.

Muitos arestos problematizam aspectos relacionados à aplicação conjunta de leis penais diversas ou de distintos dispositivos da mesma norma legal que parecem incidir sobre os mesmos fatos (matéria que na verdade remete ao concurso aparente de normas penais). A ser resolvido pelos princípios hermenêuticos usualmente aplicáveis ao tema, a saber: (a) especialidade (quando duas normas possuem o mesmo núcleo comum, mas uma delas contém um *plus* especializante em comparação a outra, e.g., a relação entre o homicídio e o infanticídio); (b) subsidiariedade (uma norma penal define uma conduta típica que é meio imprescindível à prática de um outro crime, e.g., não há como cometer-se homicídio sem praticar lesão corporal); (c) consunção (um crime é meio habitual à prática de outro ilícito, e.g., o falso como meio executivo para perpetração do estelionato); (d) antefato (atos preparatórios, anteriores ao início do *iter criminis*, e.g., no homicídio, a escolha do lugar, a compra da arma etc.) e (e) pós-fato impuníveis (mero exaurimento do crime já consumado, e.g., a venda do objeto furtado feita ao receptor pelo próprio ladrão). Nessa linha, existem inúmeros arestos discutindo a questão da aplicação do acréscimo da pena previsto na Lei de Crime Hediondos (LCH)<sup>76</sup> para as modalidades dos crimes de estupro (art. 213 do CP) e de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) já qualificadas<sup>77</sup> no próprio Código Penal, por exemplo, quando tiver

---

<sup>76</sup> Assim denominada a Lei Federal n. 8.072/1990, cujo art. 9º estabelece que “As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. [...] 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal”.

<sup>77</sup> “Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Parágrafo único. Se do fato resulta a morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.”

sido perpetrado contra menores ou com abuso do pátrio poder<sup>78</sup>. Dentre os inúmeros acórdãos que acabaram por consolidar a posição do STF sobre o problema, utilizaremos como paradigma o promanado do Habeas Corpus (de agora em diante HC) n. 74.780-9 (2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário de Justiça*, 6 fev. 1998). Como se infere da ementa do aresto<sup>79</sup>, no caso concreto, não se considerou vulnerado o princípio em razão do argumento da dupla valoração do mesmo fato (menoridade), quer para suscitar a incidência da exacerbação das penas decorrente do reconhecimento da violência, quer para justificar sua elevação oriunda do que determina a LCH. Alicerçando sua construção nesse aspecto, argumenta o relator que

---

<sup>78</sup> “Art. 226. A pena é aumentada de quarta parte: I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III – se o agente é casado.” Com o advento da Lei Federal n. 11.106/2005, o dispositivo citado passou a ter a seguinte redação: “Art. 226. A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III – (revogado)”.

<sup>79</sup> “Cujo teor essencial é o seguinte: “[...] 1. Paciente condenado à pena mínima de 7 anos e 6 meses de reclusão por atentado violento ao pudor (CP, art. 214) praticado contra menor com nove anos de idade (CP, art. 224, I: violência presumida) e sob o seu pátrio poder (CP, art. 226, II). Pena acrescida de metade, com base no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90): ‘As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 213 e [...] 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único [...] do Código Penal, são acrescidas de metade [...] estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal’. 2. A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9º da LCH). 3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não-ocorrência de *bis in idem*. Precedentes. 3. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido”. Ao argumento de que, para caracterizar a violência nesses casos, na realidade consideram-se fatos distintos, é afastado precedente anterior que dimanava do HC 72.070-6 (STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 22 mar. 1996), que acolhia a alegação do *bis in idem*, inclusive, contando com o voto do mesmo ministro.

[...] em primeiro lugar noto que a particular situação da vítima, que no caso é não ser maior de quatorze anos, é utilizada tanto para se presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9º). [...] entendendo que estamos diante de um conceito que produz dois efeitos distintos: o fato de não ser a vítima maior de quatorze anos presume a violência, que é uma das circunstâncias necessárias para ocorrer o tipo previsto no art. 214 do Código Penal e também aumenta a pena de metade por se tratar de crime hediondo. Quer se saber se, no caso, ocorre *bis in idem*. Da minha parte entendo que temos, no caso, apenas a aparência de *bis in idem*, porque os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, e é praticado com violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9º aplica-se apenas aos casos em que a vítima é menor de 14 anos. [...] Maurício Alves Duarte entende que “o art. 9º veio corrigir uma iniquidade, porque, antes dele, para o Código, a violência real, nos casos dos arts. 213 e 214, praticada contra vítima abrigada pelo art. 224 do CP, é considerada como um indiferente penal uma vez que tal circunstância fática não mereceu tratamento penal próprio, sendo subsumida e abrangida pela presunção de inocência que ensejava igual sanção criminal. Entretanto, com o advento do art. 9º da LCH, tal iniquidade restou corrigida, ao estabelecer a majoração de pena, nos casos dos arts. 213 e 214, na forma simples e qualificada, com violência real, contra vítima abrangida pelas hipóteses do art. 224 do CP. Até então, a questão da violência real, nos casos do art. 224, não apresentava relevância penal, em razão do apenamento comum, mas, a partir da Lei n. 8.072, tal fato mereceu consideração específica da lei, depurando a distorção instituída pelo Código” (RJ 220/39) [...] [grifei].

Inúmeros acórdãos tratam de aplicação plural de distintas normas incriminadoras (matéria que conduz ao concurso efetivo de normas penais), remetendo aos casos de concurso material (art. 69 do CP) ou formal (art. 70 do CP) de crimes, bem como àquelas hipóteses de crime continuado (art. 71 do CP). Destaque-se, assim, que ocorre o reconhecimento expresso da existência do concurso ideal ou formal de crimes pelo ordenamento penal brasileiro. Esse exatamente tem por pressuposto a premissa de que um mesmo fato poderá ensejar a múltipla violação de diversos bens jurídicos, do que resulta não só a possibilidade da presença nessa hipótese de uma pluralidade de crimes, como implica uma evidente mitigação do alcance do *ne bis in idem*. Por outro, também, não há qualquer dúvida na jurisprudência hegemônica de que, “[...] no concurso material, não caracteriza dupla incidência das causas especiais de aumento de pena a majoração da sanção penal aplicada sobre cada um dos crimes praticados (HC 69.810, entre outros). [...]” ( HC 72.939-8, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 25 abr. 1997). Nesse quadro, vários julgados abordam a aplicação conjunta da forma qualificada de quadrilha armada com as qualificadoras decorrentes da presença de uma pluralidade de agentes ou do uso de arma de fogo no roubo. No HC 75.349-3 (STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 26 nov. 1999<sup>80</sup>), nesse ângulo específico<sup>81</sup> não se reconheceu a presença do *bis in idem*. Dessarte, sem maiores

---

<sup>80</sup> Com a seguinte ementa: “ ‘Habeas Corpus’. Paciente condenado à pena de 19 anos de reclusão, como incurso nos arts. 288, parágrafo único, e 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Insuficiência de provas. Não cabe, em ‘Habeas Corpus’, reapreciar fatos e provas. Certo é que as decisões condenatórias consideraram o complexo das provas trazidas aos autos, não se cuidando de condenação sem provas. Dosagem da pena. Cumulação da qualificadora do crime de roubo (uso de arma) com qualificadora de quadrilha armada. O crime de quadrilha é um crime autônomo, que independe dos demais crimes que vierem a ser cometidos pelo bando. É, também, um crime permanente que se consuma com o fato da associação e cuja unidade perdura, não obstante os diversos crimes-fim cometidos pelos integrantes do grupo criminoso. Delito de quadrilha. Vítimas diversas. Dupla apenação que configura ‘bis in idem’. ‘Habeas Corpus’ deferido parcialmente para reduzir a pena imposta de dois anos, em ordem a que não subsista a dupla apenação pelo delito de quadrilha qualificada, cada qual com dois anos de reclusão, mantendo-se, tão-só, uma condenação, no particular”.

<sup>81</sup> Como se lê da ementa, o *bis in idem* que foi reconhecido no julgamento originou-se da exclusiva dosimetria do crime de quadrilha, na qual, erroneamente, consideraram-se autonomamente os vários crimes cometidos pela *societas sceleris*.

fundamentações quanto à inevitável questão da identidade de fatos, o acórdão limitou-se ao acolhimento do parecer ministerial centrado na jurisprudência dominante, no sentido de que

[...] a prática do crime de roubo qualificado não absorve o delito de quadrilha ou bando. Daí, o agente que participa da formação deste, como seu autor intelectual, e, em conjunto com os seus associados comete aquele, não só pode como deve ser apenado pelos dois delitos que praticara. [...].

A solução adotada, na verdade, pois, remete à questão dos fatos que atingem diferenciadas objetividades jurídicas caracterizando situações de concurso de crimes<sup>82</sup>.

A questão do *bis in idem* nos crimes permanentes também tem freqüentado a jurisprudência do STF. Como se sabe, nessa modalidade de ilícito as ações tipicamente relevantes podem protrair-se no tempo e perpetuar a periclitção do bem jurídico protegido pelo tipo penal<sup>83</sup>. Em razão dessa estrutura resulta problemática a questão

---

<sup>82</sup> Nesse mesmo sentido, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e invocando a lição doutrinária de Cobo del Rosal e Vives Antón, manifesta-se Cano Campos (2001, p. 196). Como deixa claro outro precedente, “[...] O crime de formação de quadrilha (CP, art. 288, *caput*) prevê no seu tipo penal o concurso de quatro pessoas, no mínimo, e se qualifica pelo uso de armas (parágrafo único); o crime de roubo (CP, art. 157) se qualifica pelo concurso de pessoas e uso de armas (§ 2º, I e II). Em suma: a associação de pessoas é elementar do crime de quadrilha e qualificadora do crime de roubo e o uso de armas qualifica ambos. Não ocorre *bis in idem* na apenação de ambos, em concurso material, porque os crimes têm tipificação autônoma e ocorrem em momentos distintos: o crime de quadrilha se consuma pela simples associação e não pelo resultado da participação conjunta das pessoas associadas, de forma que num roubo praticado por membros de uma quadrilha só respondem os que efetivamente de alguma forma dele participaram. Assim, o roubo pode ser praticado com ou sem o uso de armas e por um ou mais membros da quadrilha e em concurso, ou não, de pessoas estranhas à mesma [...]” (HC 77.134-1, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 16 out. 1998).

<sup>83</sup> Observe-se, todavia, que “todos os crimes são instantâneos do ponto de vista do momento consumativo. Sob o aspecto do modo de realização, e, em particular, da sua duração, os crimes podem ser instantâneos, necessariamente ou não-necessariamente, e permanentes. No primeiro caso, a figura legal exclui a possibilidade de permanência. No segundo, ainda que não excluída da *fattispecie* abstrata, o agente não protrai sua atividade criminosa para além da perfectibilização do crime, quer por sua escolha, quer porque não vê ou não existem condições para tanto, quer por outro motivo contingen-



do estabelecimento do marco temporal considerado para fins de propositura da ação penal que poderá remeter à múltipla consideração dos mesmos fatos. Por outro lado, estabelecido o momento que foi considerado para propositura da ação, a eventual manutenção da conduta delituosa posterior a esse caracterizará hipótese de novo crime, em situação de concurso formal com o anterior. Para ilustrar essa posição da Corte selecionamos um precedente (HC 78.821-1, STE, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ, 17 mar. 2000<sup>84</sup>) que envolve o crime de quadrilha. Em hipótese na qual o réu já havia sido denunciado anteriormente pela prática do crime de quadrilha, no contexto de vários crimes perpetrados pela associação delituosa, foi afastado o *bis in idem* porque, após iniciada uma ação penal contra o réu pela prática do crime de quadrilha, esse persistiu na prática de novos delitos e desses é que resultaram uma segunda imputação pelo mesmo tipo penal, mas que seria alicerçada em fatos diversos. Como assinala o ministro relator,

[...] repousa a essência da inconformação do impetrante (antes como agora) na determinação do momento em que se deva ter como cessada a permanência do crime de quadrilha. Já teve essa questão a oportunidade de ser examinada pela Turma, em acórdão da lavra do eminente Ministro Pertence, no Habeas Corpus n. 71.368, tendo-se, então, como objetivo a demarcação do termo inicial do prazo de prescrição, ao passo que cumpre, aqui, examiná-la sob o prisma da assertiva de *bis in idem* formulada neste Habeas Corpus, contra a nova denúncia assentada ao paciente, ainda pelo delito de quadrilha. Naquela assentada (HC 71.368), afastou, em seu douto voto, o Relator, *como regra geral ou princípio jurídico, a tese da cessação da permanência pela simples instau-*

---

te. No terceiro, em permitindo a *fattispecie* abstrata, o agente decide protrair a duração do crime para além da consumação” (GRISOLIA, 1996, p. 08).

<sup>84</sup> Cujá ementa consigna: “Correto o acórdão impugnado, ao ter como cessada, com a denúncia, a permanência do delito de quadrilha, para o efeito de admitir (sem que se incorra, por isso, em *bis in idem*) a legitimidade, em tese, de nova acusação pela prática de crime daquele mesmo tipo”.

*ração do inquérito, salvo eloqüente particularidade derivada de fato concreto, como aquela em que haja tido origem, em flagrante, a investigação policial.* Adotou, então, S. Exa., como fator de “interrupção da linha contínua que é o delito permanente”, o conceito do eminente Ministro Evandro Lins, expresso como relator do Habeas Corpus n. 71.368, no sentido de que: “... se o paciente continuou praticando o crime, isto pode ser objeto de outro procedimento penal, mas não seria causa para interromper a prescrição”. Esse parece, realmente, ser o divisor apropriado também para a hipótese em julgamento, de modo a afastar a pretensão de impunidade, a que alude a precisa informação do Desembargador Raul Quental. Veja-se que, no caso presente, não apenas já estava recebida a denúncia anterior (quando do oferecimento da segunda) como, até mesmo, condenado o paciente. [...] [grifei]<sup>85</sup>.

No âmbito do chamado *bis in idem* processual, uma questão bastante recorrente nos anais da Corte é a referente aos efeitos preclusivos da decisão judicial de arquivamento do inquérito penal (no direito processual penal brasileiro caracteriza-se como um procedimento de caráter administrativo e pré-processual, pelo qual colhem-se os elementos probatórios necessários à formação da *opinio delictis* do Ministério Público, acerca da propositura ou não de uma ação penal pública mediante o oferecimento da denúncia). A posição

---

<sup>85</sup> Atente-se que apenas a persistência de novas práticas delituosas pelos quadrilheiros após o lapso temporal abrangido por dada ação penal é que permitirá a renovação da imputação do crime, mas, aí, em razão de novos fatos. Nesse sentido exato aponta o HC 72.642-9 (STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 21 nov. 1997), cuja ementa registra: “Habeas corpus - Crime de quadrilha - Delito permanente - Fatos distintos que se subordinam ao mesmo momento consumativo - Ocorrência de *bis in idem* - Pedido deferido. O crime de quadrilha constitui delito de natureza permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo. Enquanto perdurar a associação criminosa subsistirá o estado delituoso dela resultante. Os episódios sucessivos inerentes ao estado de associação criminosa compõem quadro evidenciador de um mesmo e só delito de quadrilha ou bando. O agente não pode sofrer dupla condenação penal motivada por seu envolvimento em episódios fáticos subordinados ao mesmo momento consumativo, ainda que ocorridos em instantes diversos”.

jurisprudencial hegemônica foi bem minudenciada no julgamento do HC 80.560 (STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Perence, *DJ*, 30 mar. 2001). O eminente relator, com apoio na melhor doutrina, em seu voto dilucidou magistralmente os exatos contornos da *quaestio juris* enfrentada – dispensando qualquer acréscimo – ao estabelecer que

[...] A afirmação corrente de que o arquivamento do inquérito ou de diferentes modalidades de peças informativas do delito não faz coisa julgada há de ser sempre recebida *cum grano salis*, para evitar generalizações indevidas. *A eficácia preclusiva da decisão que defere o arquivamento é similar à daquela que rejeita a denúncia e, como a última, se determina em função dos seus motivos determinantes.* José Frederico Marques retomou e desenvolveu observações de Bento de Faria (C. Proc. Penal, 1942, 1/77), em página do clássico *Elementos de Direito Processual Penal* (v. 11/173, n. 353), que merece ser recordada: “*O arquivamento não impede a propositura ulterior da ação penal, e tampouco que se reabram as investigações sobre o fato delituoso.* É, aliás, o que se infere claramente do disposto no art. 18. Traz Bento de Faria, no entanto, seguras e interessantes observações sobre o assunto, registrando, em primeiro lugar, que ‘*cumpro não confundir o arquivamento, não impiediente da questionada reabertura, com a recusa de promover a ação.* Neste caso, não se justificaria a reabertura de um procedimento policial, pelo mesmo fato contra o mesmo acusado, quando o procedimento da Justiça foi recusado pelo juiz por não ter sido considerado crime o fato argüido’. Ao depois, ensina o sentido da expressão *novas provas* – do art. 18 – para dizer que por elas ‘*se entende as que não foram apreciadas, mas não a nova conceituação das que foram produzidas*’. E reproduz o ensinamento de Marconi Marangio, nos termos seguintes: ‘*Nuove prove, non diversa volutazione dei fatti già accertati*’. Esclarece, por fim, que essas novas provas ‘*podem ser constituídas pelos novos depoimentos das testemunhas já ouvidas, ou novas declarações do praticante*

do crime ou exames ou documentos ainda não submetidos ao conhecimento do juiz'. [...]". A jurisprudência do Tribunal tem seguido no ponto o ensinamento da melhor doutrina. Certo, da interpretação *a contrario sensu* do art. 18 C.Pr.Penal, resultou a *Súmula 524*: "*Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas*". Tanto nos acórdãos que lastrearam o enunciado, quanto nos que têm aplicado a *Súmula 524*, o Tribunal, na linha dos doutores mencionados, *não só tem adotado o conceito substancial e não formal do que sejam novas provas para o fim previsto no art. 118 C.Pr.Penal* (v.g., RE 70.721, Adaucto, 3.12.-70, RTJ 57/881 e RT 431/420; HC 57.191, Décio, 28.8.79, RTJ 91/831 e RT 540/393; HC 6-7.325, 9.5.89, Borja, RTJ 129/249 e RT 674/356) – mas também que *a nova classificação legal do mesmo fato não autoriza a denúncia, depois de arquivado o inquérito* (RHC 59.764, Muñoz, 18.5.82, RTJ 103/590) e, finalmente, que *“o arquivamento requerido pelo Ministério Público e deferido pelo juízo, com fundamento na atipicidade do fato, impede a instauração de uma ação penal”* (HC 66.625, Gallotti, 23.9.88, RTJ 127/193 e RT 670/357). Este último – HC 66.625 – o precedente de relevo decisivo no caso. Depois de recordar – na linha do parecer da Procuradoria-Geral da República, de lavra do saudoso A G. Valim Teixeira – o entendimento de Bento de Faria, prestigiado por Frederico Marques, seguiu, com a elegante precisão do estilo, o voto condutor do em. Ministro Octavio Gallotti: "*O arquivamento, por não impedir pesquisas supervenientes (art. 18 do CPP), não produz coisa julgada material. É ‘decisão tomada rebus sic stantibus’*, no dizer de Hélio Tornaghi (Processo Penal, ed. 1953, p. 293). Por isso mesmo, *não se lhe pode negar um efeito assemelhado à preclusão ou à coisa julgada formal, porque o levantamento das suas conseqüências está necessariamente a depender de ocorrência da modificação de um estado de fato, ou seja, do surgimento de novas provas.*

*Assim, a possibilidade da superação do efeito do despacho determinante do arquivamento está subordinada à transitoriedade da motivação da promoção do Ministério Público e da decisão judicial que a acolheu. Na espécie dos autos – onde não se pôs em dúvida a prova do fato mas o seu relevo penal – esse fundamento não é passageiro, mas essencial e permanente, bastando para pôr o paciente a salvo de responder a nova ação penal pela mesma conduta anteriormente considerada”. [...] (grifei).*

## **4 Ne bis in idem e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988**

### **4.1 As principais facetas do princípio**

Com base no estudo efetuado já poderíamos afirmar que o *ne bis in idem*, em sua vertente criminal, situa-se na esfera dos direitos fundamentais análogos, em razão de sua inegável essencialidade (seja qual for o conceito material que adotemos)<sup>86</sup>. Com efeito, para ficarmos na clássica configuração de Vieira de Andrade (retro, item 2.2.3.1), facilmente reconhece-se a existência *in casu* de um radical subjetivo que se projeta no resguardo da liberdade e da segurança nas relações sociais e jurídicas, consubstanciando garantia incontornável da cidadania. Sua presença é indispensável em um estado democrático de direito, fundado na dignidade da pessoa humana<sup>87</sup>. De outra forma essa restaria gravemente vulnerada em razão do estado de terror psicológico dos cidadãos, decorrente do fundado receio de que o poder punitivo do estado, qual verdadeira espada de Damôcles, a qualquer tempo poderia sujeitá-los a uma nova punição ou à renovação da

---

<sup>86</sup>Vide *item 2.2.3*, retro. Relembre-se que, em nosso entendimento, para confirmar-se um tal prognóstico é mister comprovar também se o princípio vincula-se aos demais direitos fundamentais catalogados, exatamente a tarefa a que nos propomos neste passo.

<sup>87</sup>Sobre esse princípio de difícil conceituação em razão das incontáveis conotações que pode assumir, dentre outros, Delpérée (1999). Como lembram Canotilho & Moreira, “concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem [...]. A ‘dignidade da pessoa humana’ é, assim, um valor autônomo e específico inerente aos homens em virtude de sua simples personalidade [...]” (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 58-59).

tensão processual, por hipótese pela qual já haviam sido anteriormente punidos ou julgados.

Configura-se como um direito fundamental multifário que pode ser desdobrado nas seguintes modalidades principais:

#### 4.1.1 “*Bis in idem*” interno, internacional e extradicional

Sob uma perspectiva do seu alcance espacial, apresenta-se como (1) “*bis in idem*” interno e (2) “*bis in idem*” internacional, consoante sua proteção se limite ao âmbito nacional ou repercute amplamente nos demais estados, sendo o ponto de contato entre ambos fornecido pelo chamado (3) “*bis in idem*” extradicional, enquanto parâmetro que influencia a entrega de um indivíduo para julgamento no Estado requerente, conforme esse já tenha ou não sido processado, julgado ou sofrido sancionamento pelos mesmos motivos no Estado requerido ou em um terceiro país<sup>88</sup>.

#### 4.1.2 “*Bis in idem*” formal e material

Sob um ponto de vista ontológico, que é o que releva aqui considerar, manifesta-se como (1) “*bis in idem*” material, consubstanciado no estabelecimento da impossibilidade de imposição ao indivíduo (*ne*) de mais de uma sanção penal (*bis*) em razão de uma mesma prática delituosa (*idem*), e como (2) “*bis in idem*” formal, entendido como proibição da realização (*ne*) de novo processo e/ou investigação criminal, bem como a decorrente realização de um segundo julgamento (*bis*), após o indivíduo ter sido anteriormente julgado por essa razão ou por já estarem em curso processo ou investigação instaurados por idêntico motivo (*idem*).

#### 4.1.3 A identidade de fatos

Qualquer dessas duas últimas categorias (material x formal) que se considere<sup>89</sup> remete ao aspecto fulcral da determinação do

---

<sup>88</sup> Sobre as características e limitações dessas manifestações do princípio, retro, vide alíneas *a* e *b* do item 3.4.1.1.

<sup>89</sup> A discussão exposta resulta evidente do próprio teor do conceito material do princípio. De outra parte, para além da questão da identidade entre os processos (retro, item 3.4.1.1, alínea *c*), no *bis in idem* processual também é relevante a questão da identidade dos fatos em razão do princípio da correlação entre a denúncia (na qual aqueles são descritos,

parâmetro balizador da identidade que se quer existente (*idem*). Como visto anteriormente, nesse aspecto, as normas jurídicas, brasileiras e internacionais, que tratam da questão empregam indiscriminadamente os conceitos de (a) *crime* e de (b) *fato*. Por outro lado, no campo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por nós pesquisada, é manifesta a supremacia do sopesamento dos *fatos* envolvidos como critério para a identificação das presenças das facetas material e processual do princípio, embora quase sempre sem definir expressamente em que consistem os requisitos necessários ao reconhecimento daquela identidade<sup>90</sup>.

A questão é polêmica e extrapola de nossos objetivos imediatos. De toda sorte, para contribuir com o melhor delineamento dos contornos do princípio, vejamos como o assunto é cuidado internacionalmente<sup>91</sup>. De maneira geral, os diferentes posicionamentos remetem ao predomínio de distintas concepções naturalistas ou normativas sobre o tema. Para as primeiras, originadas da Itália e mais antigas,

---

como matéria de imputação) e a sentença (na qual aqueles são sopesados, como objeto de valoração). E essas são as peças processuais decisivas no reconhecimento quer da litispendência, quer da coisa julgada.

<sup>90</sup> Nessas condições, dentre os acórdãos que tratam do tema, podem ser referidos os seguintes julgados, todos do STF: Recurso de HC 52.959, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Bilac Pinto, *DJ* de 21 mar. 1975; Recurso Criminal 1.299, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 25 nov. 1977; Recurso de HC 62.715-3, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 29 nov. 1985; Recurso de HC 63.989-4, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 1º ago. 1986; Recurso de HC 66.317-6, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 1º jul. 1988; HC 71.125-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 9 set. 1994; HC 74.171-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 20 ago. 1996; HC 76.550-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 18 set. 1998; HC 76.852-8, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 10 mar. 2000.

<sup>91</sup> Para uma ampla análise de direito comparado sobre esse problema, por todos, Manzano (2002, p. 87 ss.). Para a discussão da identidade de fato no direito penal italiano, consultem-se a lição precursora de Cordero (1958, especialmente p. 938-941) e o balanço de Bellora (1990), efetuado a propósito de acórdão da Corte de Cassação. Este último autor alerta que, “se parece correto evitar a preclusão no caso analisado, não se pode deixar de dizer que o meio escolhido para evitá-la (a equação ‘fato = conduta + evento + nexos causal’) comporta perigos bem maiores do que os que busca evitar, conduzindo a conclusões inaceitáveis se aplicada no âmbito das relações entre o *bis in idem* e outras figuras delituosas, como ocorre aqui – de modo paradigmático – no caso do crime progressivo” (BELLORA, 1990, p. 1637).

a identidade objetiva requerida tem como referente exclusivo uma conduta humana que delimita a partir de parâmetros espaço-temporais, isto é, tendo em conta o lugar e o momento em que se produz, sem considerar qualquer critério jurídico. Espaço e tempo se convertem nos elementos que configuram a unidade do fato [...] (MANZANO, 2002, p. 90-91).

Em razão das limitações dessa concepção, como resulta claro de sua aplicação nos crimes progressivos ou no concurso heterogêneo de crimes,

[...] foram elaboradas teorias normativas que têm em comum partirem da insuficiência das teorias naturalistas e assumir que o fato, enquanto objeto do processo, só pode ser configurado a partir de critérios jurídicos. [...] o fato não é um evento acontecido, o trecho da realidade, mas um “fato punível”, um “fato que reveste de características de delito”. O parâmetro jurídico que dota de unidade o acontecido é a norma penal na qual se descreve a figura delitiva [...] (MANZANO, 2002, p. 91).

Na Alemanha, elaborou-se na doutrina uma distinção entre o conceito processual e o conceito material-penal de fato consoante as respectivas facetas do instituto. O primeiro conceito, que é doutrinariamente hegemônico, releva-se mais abrangente que o segundo, “pois inclui casos de unidade natural da ação, de ações continuadas e crimes permanentes” (MANZANO, 2002, p. 92). E interpretando o alcance da garantia *bis in idem*<sup>92</sup>, o Tribunal Constitucional inicialmente decidiu que a garantia abrangia apenas a vertente processual (BverGE 23, 191 – 202), como refere Manzano (2002, p. 92), e exarou precedente no qual conceituou como fato “o acontecimento histórico, a que se remetem a demanda e a decisão de abertura do procedimento, e em cujo marco o demandado deve haver realizado um tipo delitivo como autor ou partícipe” (apud MANZANO, 2002, p. 91).

Na Espanha, onde parece predominar uma concepção normativista para o reconhecimento da incidência do princípio, para seu reconhecimento torna-se necessária a presença de uma tríplice

---

<sup>92</sup> Expressa na Constituição daquele país, vide notas 59 e 68, retro.



identidade, a saber: (a) identidade de sujeito, (b) identidade de fato e (c) identidade de fundamento. Essas conformam faces de um mesmo prisma, contudo é a identidade de fundamento que se consubstancia decisiva para o reconhecimento da garantia. Como nos esclarece Cano Campos, naquele país o *ne bis in idem* em realidade

não proíbe realmente que alguém possa ser sancionado duas vezes pelos mesmos fatos, senão que seja castigado duas vezes pelos mesmos fatos *sobre a base de idêntico fundamento*. [...] a identidade de fundamento alude aos bens jurídicos implicados: se o fato de um mesmo sujeito lesiona ou põe em perigo vários bens jurídicos (ou o mesmo bem várias vezes) não há identidade de fundamento e, portanto, cabe a duplicidade de sanções. Por conseguinte, o pressuposto de que parte a regra não é o fato nu, mas o de que o fato lesiona ou põe em perigo um bem jurídico; quer dizer, é o ilícito ou a infração. O pressuposto de fato da norma – o *idem* – será a infração; a consequência jurídica – o *bis* –, a sanção. [...] (2001, p. 195-196).

Diante dos contornos do princípio, que resultaram de nossa análise dele no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se acolher essa lição como a ele aplicável.

#### 4.2 *Ne bis in idem* e valores constitucionais expressos: presença da proporcionalidade

Consoante as vertentes do princípio que se considere, a saber, o *bis in idem* formal e o *bis in idem* material, vejamos como essas podem mesmo ser correlacionadas – por implicância ou derivação – com os outros direitos fundamentais catalogados pela Constituição Federal de 1988. Diga-se que – embora de modo mais difuso – poderíamos relacionar o *bis in idem* com direitos fundamentais abrangentes e relativamente indeterminados, tais como a dignidade da pessoa humana (retro, item 4.1) e/ou com princípios penais mais específicos, tais como os da culpabilidade (art. 5º, XLVI<sup>93</sup>) e o da

---

<sup>93</sup> Na doutrina brasileira reconhece-se a parêmia *nullum crimen sine culpa* no art. 5º, XLVI, da CF de 1988.

proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”). Tendo-os por suficientes para comprovação de sua materialidade, porém, por serem nessas hipóteses mais evidentes e profundos os liames, cogitaremos apenas dos seus vínculos, respectivamente, com (a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada e com (b) o princípio da legalidade ou da reserva legal. Em nossa perspectiva, ainda, a ligação entre o *ne bis in idem* (nas suas referidas angulações formal e material) com os mencionados valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. Por sua vez, é o sopesamento plúrimo de todos os seus subprincípios, a saber: o da adequação ou idoneidade, o da exigibilidade ou necessidade e o da proporcionalidade (em sentido estrito)<sup>94</sup>, que permitirá constatar a efetiva observância desse vetor hermenêutico na hipótese enfrentada.

#### 4.3 *Ne bis in idem* formal e o princípio da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF)

Como visto ao estudarmos a presença do princípio na legislação infraconstitucional, o *bis in idem* formal<sup>95</sup> encontra abrigo no

---

<sup>94</sup> Para a doutrina de Gomes Canotilho, respectivamente, subprincípios da (a) conformidade ou adequação, pressupondo que “a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ela subjacentes”; (b) exigibilidade, no sentido de que “para obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”; e (c) a proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual os “meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” (CANOTILHO, 2002, p. 269-270). Para um aprofundamento do conteúdo desses subprincípios, aos quais acresce os da razoabilidade, da determinabilidade e da garantia de conteúdo essencial, vide Novais (2003, p. 729-798).

<sup>95</sup> Essa face do princípio – em certo sentido mais complexa do que aquela material apontada – apresenta-se de diferentes maneiras e com distintas conseqüências, consoante foi bem registrado na doutrina espanhola construída a partir das decisões do Tribunal Constitucional. Assim, “[...] em primeiro lugar, a proibição de duplo processo se vincula ao direito a tutela judicial efetiva e com a denominada ‘coisa julgada material’. [...] Em particular, declara-se que está conectado com o ‘direito a que as decisões judiciais alcancem a eficácia própria que o ordenamento lhes reconhece’ [...] e como derivado disso, o direito ‘ao respeito e à firmeza dessas mesmas decisões e à intangibilidade das situações jurídicas nelas declaradas’. Em segundo lugar, [...] impede o *início* de um novo processo, pois ele desconsideraria a tutela judicial conferida na decisão anterior [...]. Em terceiro lugar, esta proibição não impede um novo procedimento, se o primeiro processo e a

Código de Processo Penal (retro, item 3.4.1.1, “c”), impedindo a realização de um novo julgamento do indivíduo por fato que tenha sido objeto anteriormente de sentença definitiva de mérito, qual seja, contra a qual inexista qualquer recurso cabível. É que o ordenamento adjetivo penal coloca-se na esteira da Carta Política, cujo art. 5º, XXXVI<sup>96</sup>, consagra o respeito à coisa julgada<sup>97</sup>. O fenômeno processual-constitucional referenciado, em seus reflexos penais, alicerça-se na supremacia da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas<sup>98</sup>, bem como no princípio da confiança que deve nortear as relações entre o Estado e seus súditos. A necessidade de uma proteção eficaz desses valores constitucionais e o reconhecimento da inequívoca reverberação da instauração de um processo penal no âmbito do *jus libertatis* do acusado podem até mesmo fundamentar a propositura do remédio de *habeas corpus*<sup>99</sup>.

---

primeira decisão não deslindaram judicialmente ‘uma relação jurídica extraprocessual’ que requer um novo pronunciamento de mérito. Não impede também [...] um novo processo se este se destina a ‘corrigir uma vulneração ... contra (a justiciabilidade) de normas processuais com relevância constitucional’. [...] Em quarto lugar, considera-se vulneração do direito (ao *ne bis in idem*, nota do autor) não só a nova prática de todo processo, ou de suas fases mais relevantes, como também exarar sentença em segunda instância [...]” (MANZANO, 2002, p. 32-33, *passim*).

<sup>96</sup> “Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”.

<sup>97</sup> Sobre a coisa julgada como garantia constitucional, dentre outros, cita-se Silva (1997, p. 171-374). É interessante a construção de Cano Campos no sentido de que “o fundamento da coisa julgada material (em concreto de seu efeito negativo ou preclusivo) é o *bis in idem*, e não, como se pretende, o contrário. Dito de outra forma: a coisa julgada é um instrumento processual para garantir a proibição de *bis in idem*, sem que caiba uma identificação absoluta entre ambos os institutos, pois nem a coisa julgada é o único instrumento de garantia da referida proibição nem aquela persegue unicamente garantir a referida proibição [...]” (CANO CAMPOS, 2001, p. 201-202).

<sup>98</sup> “[...] Por mais publicística que seja a concepção dominante do direito e processo penal, muitas vezes a verdade formal prevalece sobre a real, sem que exista qualquer remédio jurídico para o impedir. Na hipótese de ser descoberta a participação de alguém em crime já apreciado definitivamente em sentença absolutória passada em julgado, a regra do *non bis in idem* obsta que se instaure qualquer processo contra o verdadeiro autor do crime, prevalecendo assim a verdade formal do *res judicata pro veritate habetur*. [...]” (FREDERICO MARQUES, 1960, p. 29 – grifos originais).

<sup>99</sup> Art. 5º, LXVIII, da CF de 1988 e art. 647 e ss. do CPP. Esse é um instrumento mais bem vocacionado do que as exceções processuais próprias para mais celeremente alcançar o trancamento da ação penal que viole a coisa julgada. De se ressaltar que as limitações às

A imutabilidade da sentença transitada em julgado é absoluta apenas em esfera penal e para a acusação, não o sendo para a defesa, para a qual em várias hipóteses é possível o ajuizamento de revisão criminal<sup>100</sup>. Essa constitui tradicionalmente em nosso direito um instituto *pro reo* e “[...] possui a natureza jurídica de ação que visa rescindir sentença, constituindo exceção à garantia constitucional da coisa julgada, com um fundamento político, qual seja, a predominância do valor justiça sobre o valor segurança. [...]” (Rev. Crim. n. 315.547-7, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Grupo de Câmaras Criminais, unânime, Rel. Juiz Alexandre Victor de Carvalho, *DJMG* de 25 set. 2001).

Ao contrário, no âmbito civil, a ação rescisória em defesa dos interesses públicos pode ser proposta sem qualquer restrição, quer pelos órgãos de representação processual do Estado, quer pelo *Parquet* nos casos em que possua legitimidade para agir. Além do problema da inclusão da litispendência, a maior limitação do alcance do *bis in idem* em sua vertente formal como imbricado na coisa julgada, pois, é que na verdade não há nenhuma vedação explícita do estabelecimento de hipóteses – ainda que excepcionais – de revisão *pro societate*. Viável em inúmeros estados democráticos de direito<sup>101</sup>, esse reexame,

---

dilações probatórias impostas pelo rito processual dessa ação constitucional demandam que a prova da identidade das ações e da existência de prévio trânsito em julgado da precedente fique clara na prova pré-constituída por ocasião da impetração.

<sup>100</sup> Previstas no art. 621 do CPP: “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

<sup>101</sup> Em Portugal, e.g., o CPP estabelece: “Artigo 449º – Fundamentos e admissibilidade da revisão – 1 – A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: a) uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo; c) os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. 2 – Para o efeito do

a rigor, só não é possível em nosso país apenas por força do teor da casuística de admissibilidade revisional hoje estabelecida na lei processual penal<sup>102</sup>. Nessa, como assinalado anteriormente, são estabelecidas tão-somente possibilidades de revisão *pro reo*.

No caso brasileiro, existe precedente do Supremo Tribunal Federal (cuida-se do julgamento recentemente proferido no Habeas Corpus n. 80.263-0) que parece levar ainda mais longe o alcance do relacionamento constitucional existente entre o *ne bis in idem* formal e a coisa julgada, ao menos pelo viés do *ne reformatio in pejus*<sup>103</sup>. Esse precedente releva para o aspecto formal do princípio ao discutir amplamente a questão da possibilidade de ocorrência do trânsito em julgado de decisões ausentes de competência para o caso apreciado. Em seu voto que conduziu a ampla maioria dos integrantes da Corte, o relator Min. Ilmar Galvão asseverou que

[...] A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o cará-

---

disposto no número anterior, à sentença é equiparado despacho que tiver posto fim ao processo. 3 – Com fundamento na alínea ‘d’ do n. 1, não é admissível revisão com o único fim de corrigir a medida concreta da sanção aplicada. 4 – A revisão é admissível ainda que o procedimento se encontre extinto ou a pena prescrita ou cumprida”.

<sup>102</sup> Bosquejando a distinção entre coisa julgada civil e penal, em nosso ver, a melhor doutrina pátria sobre o tema deixa patente a possibilidade que acabamos de acenar, ao afiançar que “[...] O fenômeno da coisa julgada é idêntico, no processo civil e no processo penal. Algumas peculiaridades [...] não indicam uma natureza diversa do instituto. A rescindibilidade da sentença trânsito em julgado é fenômeno comum ao processo civil e ao processo penal; a constante oposição entre dois valores primordiais – justiça e certeza – permite, em casos especiais, que a segurança das relações jurídicas, protegida pelo instituto da coisa julgada, ceda quando a veemência dos vícios da sentença seja de tal ordem, que recomende a prevalência do valor justiça. Desconstitui-se, assim, em casos extraordinários e legalmente previstos, a sentença passada em julgado e junto com ela se ataca a qualidade de seus efeitos, que é a própria coisa julgada. [...] Mas não é a natureza da coisa julgada que se modifica: enquanto não atacada pela revisão, ou pela rescisória cível, é idêntico o fenômeno, em qualquer campo e qualquer que seja a natureza da sentença, absolutória ou condenatória. [...] A diferença reside nos casos em que a coisa julgada pode ceder frente à rescisória ou à revisão. Mas aí não mais haverá coisa julgada” (GRINOVER, 1978, p. 05-06). Como resulta da própria existência de um processo penal acusatório, a Justiça não está sempre na absolvição...

<sup>103</sup> Na linha da Súmula n. 160 da jurisprudência dominante no STF (“É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”).

ter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o devido processo legal e o juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo [...]<sup>104</sup>.

#### 4.3 *Ne bis in idem* material e o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CF)

Assiste-se contemporaneamente a um crescente processo de constitucionalização do Direito Penal. Isso ocorre não só no que concerne à fixação dos bens jurídicos que poderão merecer sua proteção e na definição da forma pela qual será aplicada a sanção por seu atingimento, como igualmente no que refere aos mecanismos de proteção do indivíduo contra o uso da violência legítima pelo Estado. O princípio da legalidade penal<sup>105</sup>, insculpido no inciso XXXIX

---

<sup>104</sup> STF, Plenário, maioria, vencido o Min. Moreira Alves, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 27 jun. 2003, cuja ementa assinala: “[...] – O Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade – ainda que absoluta –, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula 160/STF que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa. – Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é una. Assim, a nulidade decorrente de sentença prolatada com vício de incompetência de juízo precisa ser declarada e, embora não possua o alcance das decisões válidas, pode produzir efeitos. Precedentes. – A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo. – Por isso, estando o Tribunal, quando do julgamento da apelação, adstrito ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não pode invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. – Habeas corpus deferido em parte para que, afastada a incompetência, seja julgada a apelação em seu mérito”.

<sup>105</sup> Sobre o princípio, suas origens, sua evolução histórica e seu alcance, por todos, consulte-se Roxin (1997, p. 134-175).

do art. 5º da nossa Carta Constitucional e no art. 1º do Código Penal, decorre do princípio geral da legalidade que é consagrado no inciso II do citado art. 5º. Dentre outros importantes corolários dele decorrentes<sup>106</sup>, o preceptivo conduz à obrigatoriedade da previsão de uma dada pena como univocamente atrelada a um dado crime, aquela delimitada com anterioridade à prática ilícita considerada (*nulla pœna sine prœvia lege*).

Essa exigência de definição prévia da sanção penal conforta não só a modalidade da pena infligida<sup>107</sup> (privativa da liberdade<sup>108</sup>, restritiva de direitos<sup>109</sup> ou pecuniária<sup>110</sup>) e a forma de sua efetivação (no caso das prisionais nos sistemas de detenção ou reclusão e cumpridas nos regimes aberto, semi-aberto e fechado<sup>111</sup>), como, também, abarca os limites precisos que balizam sua quantificação (máximo e mínimo para cada tipo penal<sup>112</sup>). Por força desses aspectos do princípio da reserva legal é que fica patenteado seu parentesco com a feição material do *bis in idem*. É que em razão da demanda incontornável da univocidade da pena previamente estabelecida e quantificada resultará como inaceitável a infligência de uma nova pena além daquela já aplicada, pela simples e suficiente razão de não ter sido esse segundo sancionamento previsto anteriormente<sup>113</sup>.

Com efeito, considerada uma compreensão global do princípio da reserva legal no quadro dos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais, por meio da iluminação harmonizadora da proporcionalidade, a segunda punição resultaria como desarrazoada afetação da segurança jurídica e da liberdade cidadãos. Sendo a sanção penal por excelência – a pena privativa da liberdade – uma restrição

---

<sup>106</sup> Para além de assegurar a anterioridade, demanda que existam bens jurídicos ou valores socialmente relevantes embutidos nas normas incriminadoras, como objeto de proteção do tipo penal e condição de sua legitimidade.

<sup>107</sup> Art. 32 do CP.

<sup>108</sup> Art. 33 do CP.

<sup>109</sup> Arts. 43 a 48 do CP.

<sup>110</sup> Arts. 49 a 52 do CP.

<sup>111</sup> Arts. 34 a 37 do CP.

<sup>112</sup> Art. 53 do CP: “As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime”.

<sup>113</sup> Nesse mesmo diapasão, García Albero (1995, especialmente p. 82-83).

gravosa à liberdade, essa só se legitima quando indispensável (*ultima ratio*) e eficiente para proteger de vulnerações bastante graves um importante bem jurídico, digno dessa guarida (princípios da necessidade e da idoneidade da pena). Mas não é só: como restrição a direito fundamental, a sanção penal só se valida na implementação da menor compressão possível aos direitos do apenado por ela atingido (princípio da proporcionalidade em sentido estrito). Ou seja: quando essa punição não ultrapassa a dosagem adequada no caso concreto (e aqui surge a proibição de excesso) para realizar um mister protetivo de bens jurídicos e considerados os fins da pena (ou seja, com a ingerência do gradiente que nesses projeta o parâmetro máximo de reprovação fornecido pela culpa e as necessidades de prevenção para o estabelecimento do mínimo aplicável).

Na Espanha, cuja Constituição igualmente não consagra de forma expressa o *bis in idem*, o Tribunal Constitucional buscou fundamentação para seu reconhecimento exatamente no princípio da legalidade<sup>114</sup>, desde o *leading case* sobre o tema (STC n. 2/1981). Nesse sentido, inclusive ratificando nosso posicionamento, é bastante esclarecedora a sentença n. 177/1999 daquela Corte, ao asseverar que

[...] a exigência de *lex previa* e *lex certa* que impõe o artigo 25.1 da Constituição, dentre outros motivos, obedece à necessidade de garantir aos cidadãos um conhecimento antecipado do conteúdo da reação punitiva ou sancionadora do Estado ante a eventual comissão de um fato ilícito. Esse compromisso garantista tornar-se-ia inútil se este mesmo fato – e pelo mesmo fundamento – pudesse ser objeto de uma nova sanção, o que comportaria uma punição desproporcionada da conduta ilícita. A partir desta

---

<sup>114</sup> O inciso I do art. 25 da Constituição estabelece que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” (Texto obtido no sítio do congresso espanhol: <<http://www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm>>). De se observar que naquele país inexistente consenso doutrinário nesse sentido, preferindo muitos autores vincular predominantemente o *bis in idem* ao princípio da proporcionalidade, como registra a ampla resenha efetuada por Cano Campos (2001, p. 206 ss.).



perspectiva substantiva, o princípio do *ne bis in idem* configura-se como um direito fundamental do cidadão frente à decisão do poder público de castigá-lo por fatos que já foram objeto de sanção como consequência de exercício anterior do *jus puniendi* do Estado [...] <sup>115</sup>.

## 5 Conclusões

À guisa de conclusão, sumariando a investigação encetada, alinhamos em seguida os principais pontos que resultaram da nossa análise acerca da reverberação das distintas facetas criminais do princípio do *ne bis in idem* no âmbito dos direitos fundamentais integrantes do ordenamento constitucional brasileiro:

1) No quadro do estado constitucional contemporâneo, ao menos na sua vertente ocidental, os direitos fundamentais adquirem um relevo e uma transcendência de tal ordem que se pode mesmo afiançar, na esteira da construção doutrinária, que passaram a ser a marca característica do constitucionalismo atual. Configuram o elemento de diferenciação dos demais períodos da história constitucional, além de fornecer o balizamento político, social e econômico que permite definir a verdadeira identidade e finalidade de uma dada organização estatal. É a postura adotada pelo aparelho de estado em relação ao reconhecimento, ao respeito e ao atendimento dos direitos fundamentais de seus súditos que definirá o maior ou menor grau de amadurecimento democrático e de justiça social de determinada nação.

2) Em virtude de haver emergido de um processo político e social de superação de um regime ditatorial, inimigo das liberdades públicas e cerceador das garantias constitucionais, a Constituição brasileira de 1988, aos moldes de outros diplomas produzidos no mesmo contexto histórico, buscou dotá-los de imediata efetividade e

---

<sup>115</sup> Reiterando-se entendimento que já constava *do leading case* que consagrou o princípio naquela Corte, que já apontava que não obstante não constasse do catálogo dos direitos fundamentais o *non bis in idem* “[...] estava intimamente unido aos princípios da legalidade e da tipicidade das infrações penais, principalmente no artigo 25 [...]”. Obtido em agosto de 2004, como os demais transcritos no texto, na base de dados do Tribunal Constitucional na Internet: <[http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/tc.php](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/tc.php)>.

tentou ampliar ao máximo o elenco dos direitos humanos nela positivados. Além disso, como resulta do teor do § 2º do seu art. 5º, os direitos fundamentais que consagra foram enunciados em um rol não-taxativo, manifestando uma opção constitucional pelo que foi apropriadamente designado pela doutrina por cláusula aberta ou princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Por sua vez, os direitos fundamentais fora do catálogo ou que formalmente não integram a Constituição podem resultar da afirmação autônoma de sua própria essencialidade, como decorrência da existência prévia de outro(s) direito(s) expressamente reconhecido(s).

3) Assim, em razão do preceptivo invocado, o legislador constitucional brasileiro de 1988 avançou uma inegável potencialidade de conceituação material desses direitos, quer por materialidade, quer por derivação. Daí ser possível organizá-los em uma estrutura dicotômica, a saber, os direitos fundamentais *prima facie*, por formalmente expressos na Constituição (quer no rol específico, quer em outras paragens daquela), e os direitos fundamentais extraconstitucionais. Ao menos no caso brasileiro, estes últimos podem ser estruturados em implícitos ou decorrentes, que se originam do próprio regime e dos princípios já estabelecidos na própria Carta Política, e naqueles previstos em outros diplomas normativos, inclusive os tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte.

4) Seja qual for o conceito de fundamentalidade que se adote, contudo, esse deverá concatenar-se com a perquirição acerca do parentesco que o direito estudado tenha com os demais direitos fundamentais formalmente constitucionais. E essa imbricação pode ocorrer por implicância, na acepção lógico-jurídica, que afirma a existência de um vínculo relacional entre dois ou mais direitos autônomos – um dos quais expressamente tido por fundamental –, pelo qual um deles não poderá estar afirmado sem que estejam consagrados os demais; ou por decorrência, no sentido de poder-se extrair de um direito fundamental expresso, por inferência dedutiva, um outro direito àquele subordinado, em virtude da existência de uma relação de continência que os vincula.

5) A expressão *ne bis in idem* em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser

repetido (*ne bis*). Sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No inevitável embate dialético entre a liberdade e a segurança, que perpassa o processo de elaboração das normas jurídicas, configura-se como um instituto híbrido. Ao mesmo tempo garante a liberdade do indivíduo, limitando o exercício da violência legítima monopolizada pelo Estado contra ele, ao impedir seu duplo sancionamento – ainda que eventualmente sacrificando as demandas do interesse da coletividade –, e é apanágio de segurança jurídica de todos, estabilizando a manifestação inicial do *jus puniendi* estatal e impedindo sua renovação permanente.

6) Nos países de linhagem jurídica costumeira, o princípio assemelha-se à proibição do *double jeopardy* (duplo risco), que é das mais antigas regras da *common law* inglesa. Tem suas raízes no princípio de que “nenhum homem deve ser colocado mais de uma vez em uma situação de risco (*jeopardy*) de sua vida pela mesma ofensa [...]”. A existência de uma absolvição ou condenação anterior pelo mesmo crime constitui impedimento a uma nova punição ou a um novo julgamento pelos mesmos fatos. Na vertente dos países de legislação codificada o *ne bis in idem* tem sua importância reconhecida com o alvorecer do movimento iluminista e encontra sua primeira formulação positiva no corpo da Constituição francesa de setembro de 1791. O princípio reverbera na legislação infraconstitucional brasileira basicamente em três diplomas legais, a saber, o Estatuto do Estrangeiro e os Códigos Penal e de Processo Penal. No que concerne à sua inserção nos tratados e convenções internacionais de que o Brasil é parte, destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

7) Da análise conjugada de sua inserção no Estatuto do Estrangeiro e no Código Penal, pode-se extrair que são reconhecidas as duas faces da proibição do *ne bis in idem*, quais sejam, uma de cariz material, que conduz ao impedimento de uma segunda apenação pelos mesmos motivos que fundamentaram uma primeira condenação, e uma outra, de cunho processual, que resulta na vedação de um

novo processo e eventual novo julgamento, quando o réu já tenha sido julgado ou absolvido pelas mesmas razões. Para fins de determinação da identidade do julgamento e/ou do processo que é vedada pelo princípio, existem discrepâncias no que deve ser cotejado; enquanto para fins de extradição é o *fato* descrito na solicitação do Estado requerente, o CP refere ao *crime* perpetrado. O reconhecimento da sua função protetiva transcende o âmbito de mera eficácia interna, qual seja, veda-se o duplo julgamento, o múltiplo processo no âmbito da justiça penal brasileira quando o extraditando comprove já ter sido julgado ou acusado pelo mesmo fato em um terceiro Estado. Essa situação, todavia, ainda que tenha o condão de impedir a efetivação de uma eventual extradição do indivíduo, nos termos do Código Penal, não impedirá que ele seja novamente julgado pelo mesmo fato em território brasileiro, se existir competência nacional para o conhecimento do crime e assegurada a detração de pena que tenha sido cumprida no exterior.

8) O Código de Processo Penal, por sua vez, ao reconhecer as exceções da litispendência e da coisa julgada, também resguarda o princípio do *ne bis idem* na sua feição processual. Pode-se dizer que ocorrerão aqueles indesejáveis fenômenos processuais de repetição de demandas nos casos em que houver identidade dos elementos essenciais (os sujeitos, o pedido e a causa de pedir) de duas ou mais causas. Existirá a litispendência nas situações em que depois de instaurada a instância e antes do julgamento final da lide for renovada a propositura de ação idêntica. Se a demanda havia sido decidida anteriormente em caráter definitivo, igualmente veda-se a repetição de causas idênticas, agora em razão da eficácia preclusiva da imutabilidade que resulta da coisa julgada.

9) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas apenas recebeu a adesão brasileira em 1992. A cláusula 7 de seu art. 14 estabelece que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”. Demonstra-se ambígua e limitada a garantia aí prevista em termos da projeção internacional do princípio, em decorrência da ressalva explicitada no

final do dispositivo, que possibilita a implementação de uma pluralidade de julgamentos em diferentes Estados. Fica afastada, destarte, a consagração de um *ne bis in idem* internacional, qual seja, não se reconhece a ampla projeção de efeitos dos julgados penais ou de processos instaurados em um determinado Estado na esfera do direito interno dos demais países.

10) A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura em 22.11.1969, e, também, apenas em 1992 foi ratificada e promulgada pelo Brasil. Sua cláusula 8<sup>a</sup>, item 4, estabelece que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. O preceito parece consagrar apenas a vertente processual do princípio ao proibir tão-somente o duplo processo contra o indivíduo. Refere, igualmente, apenas às hipóteses de absolvição, quando a garantia aplica-se da mesma maneira ao que sofreu anterior condenação pelos mesmos motivos, exatamente para que não seja mais severamente sancionado. E, ainda, resguarda apenas efeitos da coisa julgada, não obstaculizando que durante a tramitação de um processo e antes da solução definitiva da lide outras investigações sejam instauradas ou outros processos iniciados por aquelas mesmas razões.

11) As limitações ao alcance do *bis in idem* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que resultam patenteadas do estudo das normas infraconstitucionais estudadas, são confirmadas pela análise dos acórdãos da jurisprudência criminal do Supremo Tribunal Federal. A Corte, apesar de reconhecer a dupla faceta material e formal do princípio, aplica-o com bastante rigor e parcimônia. Em geral, as questões suscitadas a esse título pelas teses defensiva esposadas no processo penal são resolvidas pelas regras do concurso aparente e efetivo de normas penais, sem que se torne factível a aplicação do princípio.

12) O princípio *ne bis in idem* em sua vertente criminal, em razão de sua própria essencialidade, configura-se como um direito fundamental multifário. Sob o ponto de vista ontológico manifesta-se como “*bis in idem*” material, consubstanciado no estabelecimento da impossibilidade de imposição ao indivíduo de mais de uma sanção

penal em razão de uma mesma prática delituosa, e como “*bis in idem*” *formal*, entendido como a proibição da realização de novo processo e/ou investigação criminal, bem como a decorrente realização de um segundo julgamento, após o indivíduo já ter sido anteriormente julgado pela mesma razão ou por já estar em curso um processo instaurado contra ele pelo mesmo motivo.

13) A ligação entre o *ne bis in idem* (nas angulações consideradas) com os demais valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. O sopesamento da presença dos seus subprincípios (da adequação ou idoneidade, da exigibilidade ou necessidade, e da proporcionalidade, em sentido estrito), por sua vez, permite constatar a efetiva observância desse parâmetro. Consoante a vertente da qual se cogite – *bis in idem* formal ou *bis in idem* material –, em graus diferenciados, são inegáveis as relações de aproximação entre o princípio estudado e certos direitos fundamentais catalogados pela Constituição Federal de 1988, em especial, respectivamente, com os princípios da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e o da legalidade ou da reserva legal (art. 5º, XXXIX).

14) O princípio do respeito à coisa julgada, estreitamente vinculado à faceta formal do *ne bis in idem*, encontra consagração no art. 5º, XXXVI, da Carta Constitucional e impede a realização de novo julgamento do acusado pela prática de fato idêntico ao qual tenha sido julgado anteriormente, em caráter definitivo. Em seus reflexos penais, esse instituto processual-constitucional alicerça-se na supremacia da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas, bem como na perspectiva de confiança que deve nortear as relações entre o Estado e seus súditos. No direito brasileiro a imutabilidade da sentença penal transitada em julgado tradicionalmente é tida por absoluta apenas para a acusação (*pro societate*), não o sendo para a defesa (*pro reo*). Para esta última, em várias hipóteses previstas na lei adjetiva penal, é possível o ajuizamento de revisão criminal. Além de não abranger a litispendência, o maior limite ao alcance do *bis in idem* em sua vertente formal, como imbricado na coisa julgada, todavia, parece ser que na verdade não há nenhuma imposição a ela vinculada – seja explícita ou lógico-jurídica – que conduza à vedação absoluta

do estabelecimento de hipóteses – ainda que excepcionais – de revisão *pro societate*, como ocorre, aliás, em vários ordenamentos de Estados de direito. Essa possibilidade, a rigor, em razão da prevalência do interesse público e da igualdade de armas entre as partes processuais, só não é possível unicamente por força do teor da casuística da lei processual penal de admissibilidade revisional hoje estabelecida.

15) A face material do *ne bis in idem*, ao contrário, obtém um maior reconhecimento de fundamentalidade constitucional. Do princípio da legalidade penal, insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da CF de 1988 e no art. 1º do Código Penal, decorre a obrigatoriedade da fixação de uma sanção atrelada univocamente a uma dada norma penal incriminadora e delineada com anterioridade àquela prática ilícita considerada (*nulla pœna sine prœvia lege*). *A exigência de definição prévia da sanção penal, pois, conforta não só a determinação da modalidade da pena infligida e da forma de sua efetivação, como também impõe a explicitação dos limites precisos que balizam sua quantificação (máximo e mínimo legais para cada tipo penal). Como corolário dessa demanda incontornável de univocidade da pena previamente estabelecida e quantificada, resulta desarrazoada a infligção de uma nova pena para além daquela já antes aplicada, pela simples e suficiente razão de não ter sido o segundo sancionamento previsto com anterioridade. É que sendo a reprimenda penal por excelência – a pena privativa do direito ambulatorial – uma restrição gravosa à liberdade, essa só se legitima quando indispensável (“ultima ratio”) e eficiente para proteger de graves vulnerações (perigo e dano) um importante bem jurídico, digno dessa guarida (princípios da necessidade e da idoneidade da pena). Destarte, como restrição a direito fundamental, a pena só se valida na implementação da menor compressão possível aos direitos do indivíduo apenado (princípio da proporcionalidade em sentido estrito), ou seja, quando ela não ultrapassa (e aqui surge a proibição de excesso) a dosagem adequada no caso concreto para realizar aquele mister protetivo de bens jurídicos e sopesados seus fins preventivos (esses com a ingerência do gradiente neles projetado por meio do parâmetro máximo de reprovação fornecido pela culpa e das necessidades da prevenção para o estabelecimento do mínimo sancionador aplicável).*

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

- AMALFITANO, Chiara. Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova: CEDAM, ano 38, n. 4, p. 923-960, out./dez. 2002.
- AMAR, Akhil Reed. Double jeopardy Law made simple. *Yale Law Journal*, n. 106, p. 1807-1848, abr. 1997.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BELLORA, Corrado. Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno 33, n. 4, p. 1626-1653, out./dez. 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.
- BODENHAMER, David J. *Fair trial: rights of the accused in American History*. New York: Oxford University Press, 1992.
- CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 156, p. 191-211, set./dez. 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- . *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHIAVARIO, Mario. Le garanzie fondamentali del processo nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno 21, n. 2, p. 465-500, abr./jun. 1978.
- CORDERO, Francesco. Considerazioni sul principio d'identità del "fatto". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno 1, p. 935-945, 1958.
- CORREIA, Eduardo. *A teoria do concurso em direito criminal – I Unidade e pluralidade de infracções – II Caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996.



- DEAN, Giovanni. Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Cedam, ano 53 (seconda serie), n. 1, p. 53-72, jan./mar. 1998.
- DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade da pessoa humana. In: BARROS, Sérgio Resende; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- DEMÓSTENES. *Acerca de la inmunidad* – contra la Ley de Leptino. Tradução para o espanhol de Francisco de P. Samaranch e Julio Palli Bonet. [Original de 354 A.C.] Madrid: Aguilar, 1969.
- DENNIS, Ian. Rethinking double jeopardy: justice and finality in criminal process. *Criminal Law Review*, London: Sweet & Maxwell, dec. 2000, p. 933-951.
- FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. In: *Teoria politica*, n. 2, Torino, 1998.
- FREDERICO MARQUES, José. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- . *Tratado de direito penal*. Ed. rev. e atual. por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. [Original de 1954.]
- FIGUEIREDO DIAS. Extradicação e “non bis in idem”. In: *Direito e Justiça*. Lisboa: Universidade Católica, 1995. v. 9, t. 1. p. 213-222.
- GALANTINI, Novella. Il divieto di doppio processo come diritto della persona. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno 24, n. 3, p. 97-121, jul./set. 1981.
- GARCÍA ALBERO, Ramón. “Non bis in idem”: material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- GRISOLIA, Giovanni. *Il reato permanente*. Padova: Cedam, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HEERS, Mireille. Le principe non bis in idem devant le Juge Administratif français – L’application en droit interne d’une garantie procédurale consacrée par les systèmes internationaux de protection des droits de l’homme. *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, Paris, ano 7, n. 25, p. 35-44, jan. 1996.

- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional* (selección). Tradução de Pedro CruzVillalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- . *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. corrig. e ampl. (1996). Madrid: Comares, 2002.
- LAW COMMISSION. *Double jeopardy*. A Consultation Paper n. 156. London, 1999. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp156sum.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2004.
- LEAHY, James E. *Liberty, justice and equality: how these constitutional guarantees have been shaped by United States Supreme Court since 1789*. Jefferson: MacFarland, 1992.
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. Milano: Cedam, 2001.
- MANZANO, Mercedes Pérez. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito & legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- MILLER, Charles A. The forest of due process of law: the American constitutional tradition. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Ed.). *Due process*. New York: New York University Press, 1977. p. 3-68.
- MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. [Palestra proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, em 30 set. 1999.] *Revista do CEJ*, n. 11, Brasília: CEJ, 1999.
- . *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4.
- MOORE, Michael S. The doctrinal and normative basis of the double-jeopardy requirement. In: ———. *Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993. p. 305-324.

MUÑOZ LORENTE, José. *La nueva configuración del principio non bis in idem*. Madrid: La Ley, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. [Separata do volume XXIX do Suplemento].

———. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel. Consecuencias del principio “non bis in idem” en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, t. 42, fasc. 1, p. 109–123, jan./abr. 1989.

PRALUS, Michel. Étude en droit pénal international et en droit communautaire d’un aspect du principe non bis in idem: non bis. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris: Dalloz, n. 3, p. 551–574, jul./set. 1996.

QUERALT, Joan J. *El principio non bis in idem*. Madrid: Tecnos, 1992.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.



# Seção II

Interesses Difusos e Coletivos



# Respeito às funções urbanísticas e a prevenção da criminalidade urbana: uma visão integrada à luz da Escola de Chicago

Paulo José Leite Farias\*

*“Se em uma rua escura se cometem mais atos violentos do que em uma rua clara, bastaria iluminá-la e isso se tornaria mais eficaz do que construir prisões [...]” (Enrico Ferri).*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Urbanismo e direito urbanístico: normas cogentes garantidoras do bem-estar dos habitantes. 2.1 Cidade, urbanismo e direito urbanístico: preocupação com o coletivo. 2.2 Patologias das cidades e análise da criminalidade. 2.3 Ecologia humana, Comportamentalismo e a análise da criminalidade urbana pela Escola de Chicago. 3 Novo substrato biológico da violência urbana: a desordem urbana. 3.1 Aspectos biogenéticos da violência: o nascimento da criminologia. 3.2 Aspectos bioambientais da violência: a desordem urbana e a criminologia oriunda da Ecologia Humana. 3.3 Desordem urbana como agressão às funções urbanísticas garantidoras da qualidade de vida na cidade. 4 Crimes cometidos no ambiente urbano: tipologia segundo a teoria das atividades rotineiras. 4.1 Teoria das atividades rotineiras: explicação socioambiental contemporânea da violência. 4.2 Pressupostos da teoria da atividade rotineira para a ocorrência de um delito urbano. 5 Políticas públicas protetivas das funções urbanísticas e minimizantes dos delitos urbanos. 5.1 O mapeamento da violência em Belo Hori-

---

\* Paulo José Leite Farias é Promotor de Justiça da Ordem Urbanística do MPDFT. Doutor em Direito pela UFPE, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Professor de Pós-Graduação na Universidade Católica de Brasília, na FESMPDFT, na UniUDF e no IDP. Visiting Scholar na Boston University School of Law.

zonte: exemplo concreto de aplicação da ecologia humana e da teoria da atividade rotineira no Brasil para prevenção de crimes. 5.2 O planejamento urbano como política pública eficaz no combate à criminalidade urbana. 5.3 O lazer e a recreação: exemplo de respeito à função urbanística eficaz no combate à violência urbana sofrida e praticada por jovens. 5.4 Garantia de trabalho e de moradia digna: políticas públicas sociais eficazes para o combate da violência. 6 Conclusão.

## 1 Introdução

O estudo da violência urbana apresenta-se como desafio constante nas sociedades mundial e brasileira. Em futuro próximo, praticamente todo o crescimento da população mundial ocorrerá em áreas urbanas. Entre 2000 e 2030, há expectativa de que a população mundial urbana aumente em 2,1 bilhões de habitantes, aproximadamente o mesmo acréscimo previsto para toda a população mundial (2,2 bilhões de habitantes em áreas urbanas e rurais)<sup>1</sup>.

Em médio prazo, toda a população humana se concentrará no ambiente urbano. É possível e necessário correlacionar o planejamento urbano com a violência urbana, nesse contexto.

A Constituição Federal, ao tratar da função social das cidades, determina o estabelecimento de plano diretor nas *urbs* brasileiras com mais de vinte mil habitantes, objetivando, assim, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da Constituição Federal).

Sobre esse tema, dispõe Ricardo Lira que:

a Constituição de 1988 avançou muito e pela primeira vez a Cidade foi alçada ao patamar constitucional, prevendo-se que as cidades com mais de vinte

---

<sup>1</sup> BRENNAN-GALVIN, Ellen. Crime and violence in an urbanizing world. *Journal of International Affairs*, n. 56, p. 1, 2002. Por outro lado, Le Goff assinala que: “Em 1300, menos de 20% da população do Ocidente reside em cidades, e a maior aglomeração é, de longe, Paris, com ... 200 mil habitantes, não mais” (LE GOFF, Jacques. *Por amor às cidades*. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: Unesp, 1998. p. 26).



mil habitantes tenham um plano diretor obrigatório, aprovado pela Câmara Municipal<sup>2</sup>.

A busca das causas endógenas (oriundas do próprio ambiente urbano, enfatizadas no presente trabalho por meio da “ecologia humana”) e das causas exógenas (fruto de características independentes do ambiente urbano, objeto de estudo das ciências criminais, em especial da criminologia tradicional), nas obras de Ferri, Garófalo e Lombroso, dentre outros, constituem objeto de conflitos no âmbito acadêmico (quais são as verdadeiras causas da violência na sociedade cidadina?) e político (qual a melhor política pública para combater a violência urbana?).

Na diagnose da violência urbana e na busca de soluções para o combate, o urbanismo, ao contrário do que vem ocorrendo atualmente, terá importante papel, conforme se almeja demonstrar no presente trabalho.

Os romanos já possuíam sistema de planejamento urbano, desenvolvido para *a defesa militar* e para *a facilidade de garantir espaço público para o exercício da cidadania* em suas cidades. O plano básico compunha-se de uma praça central (centro da cidade) com a administração da cidade e com a sede do poder governante, que se envolvia por uma grade de ruas que, por outro lado, eram cercadas por muros para a garantia de defesa contra ataques externos. Com algumas modificações, os valores urbanos de segurança, cada vez mais queridos atualmente, foram mantidos nas cidades da Idade Média. Le Goff ensina:

A cidade da Idade Média é um espaço fechado. A muralha a define. Penetra-se nela por portas e nela se caminha por ruas infernais que, felizmente, desembocam em praças paradisíacas. Ela é guarnecida de torres, torres das igrejas, das casas dos ricos e da muralha que a cerca. Lugar de cobiça, *a cidade aspira à segurança*. Seus habitantes fecham suas casas à chave, cuidadosamente, e o roubo é severamente reprimido<sup>3</sup> [grifo nosso].

---

<sup>2</sup> LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 10.

<sup>3</sup> LE GOFF, *Por amor às cidades*, cit., p. 71.

Não seria, ainda, o momento de uma concepção de planejamento urbano que visasse à diminuição da violência na cidade para garantir o valor constitucional do bem-estar de seus habitantes.

Infelizmente, no Brasil, poucos trabalhos se fizeram nesse sentido. Tal, entretanto, não ocorre em outros países, como os Estados Unidos da América, em que a Escola de Chicago, desde a década de 1930, procurou relacionar a vida em comunidade com a violência.

As estratégias que o Estado adota para combater a violência não podem flutuar ao sabor das preferências pessoais dos governantes. O conhecimento científico deve ser levado em consideração, assim como o é para o tratamento das doenças dos indivíduos.

## **2 Urbanismo e direito urbanístico: normas cogentes garantidoras do bem-estar dos habitantes**

### **2.1 Cidade, urbanismo e direito urbanístico: preocupação com o coletivo**

O surgimento dos conglomerados urbanos é fato histórico<sup>4</sup>, geográfico e, acima de tudo, *social*. Nesse aspecto, surge a preocupação do Urbanismo e do Direito, como ciências ordenadoras dos fatos sociais ocorridos nas cidades.

Leopoldo Mazzaroli, citado por Mukai, assim definiu o Urbanismo:

a ciência que se preocupa com a sistematização e com o desenvolvimento da cidade, buscando determinar a melhor posição das ruas, dos edifícios e obras públicas, de habitação privada, de modo que a população possa gozar de uma situação sã, cômoda e estimada<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> As primeiras cidades surgiram há aproximadamente 3.500 anos antes de Cristo, nos vales das bacias do Rio Nilo (Egito), dos Rios Tigre e Eufrates (atual Iraque). As cidades nas sociedades da Antiguidade eram bem menores que as atuais. A Babilônia, por exemplo, possuía área de 3 milhas quadradas e a população de aproximadamente 15.000 pessoas. Roma, à época do Imperador Augusto, no primeiro século antes de Cristo, possuía em torno de 300.000 habitantes (GIDDENS, Anthony. *Introduction to sociology*. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 467).

<sup>5</sup> MUKAI, Toshio. *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 13.

O Direito Urbanístico é o conjunto de preceitos ou de normas de que a administração se vale na coordenação e no ordenamento do território (urbano ou não), em nome do interesse coletivo e dos titulares dos direitos de propriedade. Segundo José Afonso da Silva,

Sua formação, ainda em processo de afirmação, decorre da nova função do Direito, consistente em oferecer instrumentos normativos ao poder público, a fim de que possa, com respeito ao princípio da legalidade, atuar no meio social e no domínio privado, para ordenar a realidade no interesse da coletividade<sup>6</sup>.

As imposições urbanísticas, assim como as normas penais, são preceitos de Ordem Pública, cogentes, fruto do poder de polícia do Estado, que intervindo na disciplina das relações jurídicas estabelece o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao interesse coletivo.

Nesse sentido, Ricardo Lira ensina: “a localização de uma cidade, sua extensão, sua configuração, sua magnitude, não são, nem podem ser, realizações privadas; são realizações coletivas, talvez o fato coletivo por excelência das sociedades humanas”<sup>7</sup>.

Para Max Weber, as causas sociais para o crescimento da cidade poderiam ser resumidas nas vantagens que a cidade oferece para o homem, a saber: educação, recreação, melhor padrão de vida, ser um pólo atrativo de associações de intelectuais, adequação do homem ao ambiente urbano, difusão dos valores da vida urbana. Para ele, ainda, a cidade, historicamente, surge em decorrência da necessidade de a burguesia comercial (os mercadores) impor-se em relação aos nobres e aos clérigos do meio rural, visando à garantia da propriedade privada e a uma nova e distinta organização da vida social<sup>8</sup>.

Entretanto, a inovação oriunda da teoria sociológica da cidade, de Weber, focaliza-se na noção de que nas cidades se desenvolvem ações sociais, relações sociais e instituições sociais autônomas.

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 30.

<sup>7</sup> LIRA, Ricardo Pereira. O uso social da terra urbana. Sugestões à Constituinte. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 7, 1986.

<sup>8</sup> WEBER, Max. *The city*. Trans. and Ed. by Don Martindale and Gertrud Neuwirth. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1958. p. 16-17.

Segundo a sua visão, que continua sendo considerada contemporânea, a comunidade urbana desenvolve-se no ocidente atrelada às relações comerciais, com elementos vinculados a uma fortificação (separação do espaço rural do urbano), um mercado, um poder político-jurídico próprio (Administração, Tribunais e leis próprias), uma organização associativa dos seus habitantes (busca do bem comum), que autonomamente definem a sua forma de organização social.

A cidade em sua origem é, pois, expressão do capitalismo comercial e da busca de novos modelos de convivência dos seus concidadãos<sup>9</sup>.

## 2.2 Patologias das cidades e análise da criminalidade

Para os países em desenvolvimento, o brutal aumento da concentração populacional nas cidades não se vincula tanto ao desenvolvimento industrial (fase da evolução capitalista), como assinalava Max Weber, quanto na busca pela população rural de uma melhor qualidade de vida.

Entretanto, a cidade passa a ser, muitas vezes, falsa propaganda do melhor mecanismo de realização da dignidade da pessoa humana. As condições de vida nas grandes cidades, principalmente nas dos países subdesenvolvidos, têm-se deteriorado.

De pólo atrativo que propicia o acesso a uma intensa vida cultural, melhores oportunidades de emprego e um enriquecedor convívio com diferentes experiências de vida, a metrópole, desordenada urbanisticamente, tem-se tornado centro irradiador de falta de moradia, de poluição, de *violência* e de desemprego.

A industrialização do Brasil, após a Era JK, não foge a essa assertiva. O crescente processo de urbanização e de conseqüente aumento do número de habitantes, nas principais cidades brasileiras, vêm acarretando degradação da vida urbana. Em 1950, São Paulo e Rio de Janeiro tinham mais de 1 milhão de habitantes. Em quatro décadas, 13 cidades do Brasil atingiram esse patamar. Com o aumento do tamanho das cidades, surgiram novas metrópoles. Além da região metropolitana de São Paulo e do Rio de Janeiro, que engloba

---

<sup>9</sup> WEBER, *The city*, cit., p. 54-55.

21 cidades, existem hoje, no Brasil, outras dez grandes metrópoles. Juntas, elas abrigam 33,6% da população brasileira.

Nesse contexto de complexidades, encontra-se a *criminalidade* como situação recrudescente, vinculada a problemas próprios do corpo social urbano (endógenos) e a outros (exógenos).

Certamente, grande número de fenômenos vinculados à violência contemporânea relaciona-se com problemas existentes nas cidades, tais como a violência das gangues. Os arrastões, ocorridos no Rio de Janeiro e São Paulo, ilustram os fenômenos de violência urbana (ainda não existentes em regiões rurais), vinculados à afronta ao direito coletivo de segurança. Nesse aspecto, o Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Rio de Janeiro) e o Estadual ajuizaram ação civil pública, em dezembro de 2004, intimando o prefeito Cesar Maia e a governadora Rosinha Matheus a deporem sobre os danos à imagem da cidade, causados pelo ataque a turistas acontecido em 28 de setembro de 2004, na Praia do Leblon. O episódio, filmado por um cinegrafista amador, foi divulgado amplamente em televisões do mundo inteiro e, segundo o MP, teriam afrontado o art. 216 da Constituição, que determina ao Poder Público a obrigatoriedade de tutela do patrimônio cultural, sendo patrimônios culturais imateriais a qualidade de vida do habitante da cidade e a imagem da cidade perante o resto do mundo.

Pesquisando diversas cidades da América Latina, Gaviria e Pages observaram, por meio de pesquisas estatísticas, que o tamanho de uma cidade se relaciona com a violência urbana sofrida naquele local. No estudo, ficou comprovado que os membros de uma família, moradores de cidade com mais de 1 milhão de habitantes, possuem o dobro da probabilidade de serem vítimas de violência em relação aos moradores de uma cidade com menos de 20 mil habitantes. Do mesmo modo, o aumento de 1% na taxa de crescimento de uma cidade poderá implicar o aumento de 1,5%, na probabilidade de incidência da violência<sup>10</sup>.

Há, pois, relação entre Urbanismo e Violência. A criminalidade é uma das faces da violência. Nas cidades pode haver um clima de

---

<sup>10</sup> GAVIRIA, A.; PAGES, C. *Patterns of crime victimization in Latin America*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2000. p. 3.

violência, criado, estimulado ou potencializado pela desordem urbana. A falta de um bem urbano, tal qual a água, pode causar inúmeros conflitos entre indivíduos e comunidades vizinhas. Na verdade, nas inúmeras favelas urbanas existentes no mundo, as fontes de água compartilhadas exemplificam essa situação<sup>11</sup>.

Assim, cidade mal organizada e mal planejada pode ser fonte ou lente de aumento da violência e da criminalidade. O congestionamento do trânsito (função urbanística da circulação), a inexistência de áreas adequadas ao lazer (função urbanística da recreação), a intranquilidade do repouso dos seus moradores (função urbanística da residência), a inexistência de espaços de trabalho dignos para todos os cidadãos (função urbanística do trabalho), todas essas disfunções são formas de desrespeito às funções urbanísticas que possuem consequências nos índices de violência daquele local.

Exemplificando, não se verifica, intuitivamente, uma relação lógica entre a existência da favela da Rocinha e a criminalidade no Rio de Janeiro? Se aquela população tivesse tido a oportunidade de morar em residências com um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, em loteamentos regularmente aprovados e urbanizados, existiriam tantos delitos?

A ausência de planejamento urbano municipal, cujo intuito é garantir as funções da sociedade urbana (a de circular, a de habitar, a de trabalhar e a de lazer), constitui, atualmente, uma das maiores causas da violência urbana. Devem-se, portanto, instituir políticas públicas com o intuito de garantia das funções sociais da cidade e da diminuição/prevenção da violência urbana.

### 2.3 Ecologia humana, Comportamentalismo<sup>12</sup> e a análise da criminalidade urbana pela Escola de Chicago

Pela incorporação de conceitos retirados da Biologia e da Ecologia, a Escola de Chicago<sup>13</sup> e o Comportamentalismo produzi-

---

<sup>11</sup> BRENNAN-GALVIN, Ellen. Crime and violence..., cit.

<sup>12</sup> “Conhecida [...] pelo seu nome mundial, *behaviorism*, essa tem sido a escola de pensamento predominante na *psicologia* acadêmica [...]. William James supunha que a psicologia estudava os eventos mentais por meio da introspecção. Esse processo era notoriamente destituído de fidedignidade, faltando-lhe os meios de replicar as descobertas relatadas [...]. B. F. Skinner tornou popular uma imagem do comportamentalismo como

ram pesquisas e formularam conhecimentos então denominados de Ecologia Humana e *behavioral science*, que muito contribuíram para a institucionalização e o desenvolvimento da Sociologia Urbana, visando à implementação de políticas públicas eficientes de combate às mazelas das cidades, tal qual a violência urbana.

A abordagem ecológica da Escola de Chicago enfatizava que o crescimento da cidade deveria ser visto como um fenômeno natural. As cidades não cresciam aleatoriamente; o crescimento ocorria nas áreas mais desejadas e favorecidas, por meio, inicialmente, da competição entre os diferentes grupos situados nas cidades. A ecologia, que destacava a interação entre o ambiente natural e os seres de um determinado local, buscando o equilíbrio, poderia ser transposta para a cidade em termos semelhantes. Assim, as cidades cresciam em resposta às condições favoráveis encontradas no seu entorno. Por exemplo, grandes áreas urbanas desenvolvem-se ao longo de rios e ferrovias, pois tais locais favorecem o crescimento desse organismo vivo artificial.

Uma cidade pode ser caracterizada como um grande ser vivo, sujeito a mapeamento das suas diferentes e contrastantes áreas. Geralmente, a *urb* forma-se em círculos concêntricos, sendo que a ecologia social propiciou o armazenamento de inúmeros dados estatísticos da cidade, que passou a ser vista como um todo composto por partes que interagem (visão sistêmica, característica da ecologia). Há, portanto, uma dinâmica na cidade, por meio da qual invasões e su-

---

receita para resolver as ansiedades individuais e os males do mundo” [LOUCH, Alfred. Comportamentalismo. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves; Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996. p. 108-109].

<sup>13</sup> “Um número de pesquisadores associados à Universidade de Chicago no período de 1920 a 1940, especialmente Robert Park, Ernest Burgess e Louis Wirth, desenvolveram idéias que por muito tempo influenciaram a teoria e a pesquisa da sociologia urbana” (GIDDENS, *Introduction to sociology*, cit., p. 470). “Essa analogia entre a ecologia vegetal e animal e a dimensão não intencional de vida social humana foi mais plenamente desenvolvida e aplicada no campo da sociologia urbana, em que Park e Burgess analisaram os efeitos da competição por recursos escassos entre indivíduos e grupos” [BENTON, Ted. Ecologia. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves; Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996. p. 226].

cessões de determinadas partes a tornam um sistema mutável tendente a novos patamares de equilíbrio<sup>14</sup>.

As informações científicas, acumuladas por meio da visão ecológica, permitem afirmar que a violência tem, também, um substrato biológico, que converge para a importância do planejamento urbano como solução para o ajuste das partes doentes do maior organismo social contemporâneo<sup>15</sup>.

Analisando a ocorrência e a distribuição espacial da criminalidade; propondo a elaboração de mapas e de outros instrumentos que melhor permitissem a visualização da cidade e dos problemas decorrentes da sua urbanização, a perspectiva funcionalista da Escola de Chicago foi pioneira no que hoje podemos chamar de “cartografia urbana”.

O comportamentalismo, de modo convergente, destaca que a história e a organização das cidades registram enorme variação de formas e de finalidades ao longo do tempo: desde as primitivas aldeias de cidades muradas, desde os burgos até às metrópoles, e, mais recentemente, desde as megalópoles. Em última instância, os agrupamentos humanos resultam de um comportamento gregário que tem seus antecedentes animais na manada, na matilha, no cardume, e em tantas outras formas da vida coletiva que a experiência zoológica permite observar.

Nos agrupamentos animais pré-humanos, a violência dentro da espécie resulta, na maioria das vezes, de uma disputa territorial. A violência das grandes cidades tem uma fisionomia reconhecível e tem vínculos indissolúveis com um conjunto de fatos que só as megalópoles produzem, como o anonimato, a falta de compromisso afetivo e de uma aceleração desgastante.

Ainda, para a Escola de Chicago e para o *behaviourism*, o adensamento populacional das grandes cidades transgride as normas e os limites do instinto de territorialidade, comum a todos os ma-

---

<sup>14</sup> GIDDENS, *Introduction to sociology*, cit., p. 470.

<sup>15</sup> Deve-se destacar que a violência é fenômeno complexo, constituído por vários elementos em interação. No presente estudo, foi dada ênfase à questão da violência sob a ótica da filosofia do pragmatismo (à qual se vincula a Escola de Chicago e o Comportamentalismo), que visa por meio de conhecimento científico amparar soluções para políticas públicas.



míferos caçadores, de que faz parte a espécie humana. Tal como foi provado por John Calhoun, em 1962, no artigo “Densidade populacional e patologia social”<sup>16</sup>. Essa teoria oferece explicação simples para a epidemia de violência que a TV começava a mostrar nas grandes cidades: turbas enfurecidas, polícia, bombas de gás lacrimogêneo, saques e gangues urbanas. Assim como os ratos, na gaiola comportamental, se matam por uma posição no meio da gaiola, os homens se agriem no centro das cidades, em busca de melhores espaços urbanos<sup>17</sup>.

A imagem da “gaiola comportamental” de Calhoun, desdobramento da Escola de Chicago e do Darwinismo Social, ilustra e facilita a compreensão de uma das mais relevantes causas da violência urbana no Brasil: a enorme concentração populacional em centros urbanos com recursos escassos para garantia da qualidade de vida.

A violência é patologia passível de identificação geográfica e de cura/melhoria com a mudança de fatores ambientais urbanos. Embora ocorra em todas as classes sociais, é nos bairros pobres que ela se torna epidêmica.

O ecologismo social permite o desenho de mapas que demonstram a distribuição da violência no espaço e no tempo. Ademais, correlacionam-se elementos como as condições precárias de moradia (função urbanística de residir) com as taxas de delinquência no local. Mais recentemente, a ecologia social almeja ser menos descritiva e mais preceptiva de soluções para a criminalidade urbana.

### **3 Novo substrato biológico da violência urbana: a desordem urbana**

#### **3.1 Aspectos biogenéticos da violência: o nascimento da criminologia**

A criminologia está preocupada com o crime como fenômeno social. O estudo da criminologia é de grande valia para se

---

<sup>16</sup> BARNETT, S. Anthony. *The story of rats: their impact on us, and our impact on them*. Crows Nest, N.S.W.: Allen & Unwin, 2001. p. 161.

<sup>17</sup> CALHOUN, J. B. A method for self-control of population growth among mammals living in the wild. *Science*, n. 109, p. 333–335, 1949. Em sentido oposto há outros estudos da primatologia que contrariam as conclusões da “gaiola comportamental”. Em 1971, B. Alexander, do Oregon Regional Primate Research Center, descreveu brigas ferozes e

determinar métodos de prevenção da violência em geral. Ao se estudar o crime, o criminoso e o seu comportamento, o que se almeja é a compreensão de um fato social complexo. Essa compreensão, por sua vez, permite a formulação de políticas públicas para a prevenção de novos delitos<sup>18</sup>.

No século XVIII, o anatomista austríaco, Franz Gall, desenvolveu teoria em torno da idéia de que a maioria das características humanas, inclusive o comportamento anti-social, seria regulada por regiões específicas do cérebro.

Assim, cada comportamento humano estaria sob o comando de um centro cerebral específico. Quanto mais robusto fosse o centro, mais intensa seria a expressão do comportamento controlado por ele. Essa teoria ganhou o nome de frenologia ou de cranioscopia. Franz Gall imaginava que, ao crescer, os centros cerebrais exerciam pressão contra os ossos da cabeça, deixando neles saliências que poderiam ser vistas ou palpadadas. As pessoas com tendências criminosas poderiam ser reconhecidas pelo exame cuidadoso das protuberâncias e depressões ósseas existentes no crânio.

Cerca de cem anos depois, Cesare Lombroso<sup>19</sup>, antropologista criminal, criou doutrina que consagrou a associação das características físicas com a índole criminoso. Tais características constituiriam o “stigmata”. De acordo com Lombroso, os tipos humanos com testa achatada e assimetria nos ossos da face, por exemplo, seriam criminosos potenciais. Quem tivesse esses traços era classificado como tipo lombrosiano e visto com extrema desconfiança nos tribunais.

---

até mortais entre macacos japoneses, quando os animais previamente mantidos em cativeiro eram libertados num espaço 73 vezes maior (ALEXANDER, B. K. Parental behavior of adult male Japanese monkeys. *Behaviour*, n. 36, p. 270-285, 1970).

<sup>18</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *Criminology*. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1924. p. 11.

<sup>19</sup> As idéias de Lombroso sustentaram um momento de rompimento de paradigmas no Direito Penal e o surgimento da fase científica da Criminologia. Lombroso e os adeptos da Escola Positiva de Direito Penal rebateram a tese da Escola Clássica da responsabilidade penal lastreada no livre-arbítrio. Com o despontar da filosofia positivista e o florescimento dos estudos biológicos e sociológicos, nasce a escola positiva. Essa escola, produto do naturalismo, sofreu influência da doutrina evolucionista (Darwin, Lamarck); sociológica (Comte, Spencer, Ardig e Wundt) e frenológica (Gall) (PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47).

### 3.2 Aspectos bioambientais da violência: a desordem urbana e a criminologia oriunda da Ecologia Humana

As informações científicas acumuladas permitem afirmar que a violência tem um substrato biológico, de fato. Para os autores clássicos já referidos, Franz Gall e Lombroso, haveria um determinismo genético vinculado às características físicas do indivíduo.

Já Enrico Ferri afirmava que o homem não nasce delinqüente, mas que ele se torna delinqüente. Torna-se delinqüente, ao longo da vida, porque o meio social, o meio ambiente, os fatores externos, os fatores exógenos (ecológicos), convergem no sentido de que essa pessoa venha a ser violenta. Ferri, nesse aspecto, tem uma frase célebre: “se em uma rua escura se cometem mais atos violentos do que em uma rua clara, bastaria iluminá-la e isso se tornaria mais eficaz do que construir prisões”<sup>20</sup>.

Demonstrando a contemporaneidade da idéia de Ferri, basta ser lembrado que na época do governo de Fernando Henrique Cardoso foi construído um plano de segurança que tinha como principal meta a iluminação de vias públicas.

Assim, o comportamento humano não se acha condicionado, somente, às características que herdamos de nossos pais. Ele é resultado de interações sutis entre genes e condições ambientais que originam experiências de vida.

Nesse aspecto, a ecologia humana busca verificar outro aspecto biológico da violência urbana, a interação entre o indivíduo e o seu entorno. A cidade influencia o indivíduo. Além das características biológicas, os fenômenos culturais também são tidos como mecanismos de influência no indivíduo. O ambiente urbano insere-se nesse contexto, sendo a desordem urbana um elemento do entor-

---

<sup>20</sup> FERRI, Enrico. *Criminal sociology*. Electronic Text Center, University of Virginia Library. Disponível em: <<http://etext.lib.virginia.edu/ebooks/Flist.html>>. Acesso em: 15 fev. 2005. Outra versão moderna de teoria sociológica de cunho ecológico é dada por Merton, que afirma que a sociedade capitalista constantemente propõe metas de “sucesso” (dinheiro, sucesso, patrimônio, automóveis, roupas etc.), sem no entanto oferecer a todas as pessoas os mesmos meios de alcançar tais metas. A desigualdade entre meios e metas gera a violência. O espaço existente entre os meios que a sociedade dá a alguns (classes favorecidas) e as metas ideais, que sugere para todos, é preenchido pela conduta agressiva, que, assim, busca alcançar as metas por mecanismos não-convencionais.

no que incentiva a violência. Afinal, como ensinou o filósofo espanhol José Ortega y Gasset, o homem é um ser situado e datado!

### 3.3 Desordem urbana como agressão às funções urbanísticas garantidoras da qualidade de vida na cidade

O urbanismo caracteriza-se basicamente por quatro funções vitais: habitação, trabalho, circulação no espaço urbano e recreação do corpo e do espírito. Essa concepção surgiu do Congresso Internacional da Arquitetura Moderna, realizado na Grécia em 1933, do qual resultou a edição da Carta de Atenas, repositório das recomendações aprovadas naquele evento<sup>21</sup>.

Le Corbusier foi signatário dessa Carta e precursor na arquitetura do funcionalismo, corrente consagrada no âmbito do direito urbanístico. Propunha-se uma cidade radicalmente nova, racionalmente ordenada, com separação geográfica de funções (divertimento, residenciais e comerciais etc.), onde os edifícios de grandes dimensões seriam enquadrados por vastos espaços verdes. A ligação entre as várias zonas seria feita por largas avenidas, susceptíveis de serem rapidamente percorridas por automóveis. No Brasil, com forte simbolismo que deve ser irradiado para todo país, Lúcio Costa e Oscar Niemeyer conceberam Brasília com a mesma filosofia. Desse modo, passou a ser considerada, no âmbito jurídico, como valor positivo a garantia das funções urbanísticas. A vida nas cidades, conforme já visto, é caracterizada por atividades que se desenvolvem em espaços interiores (edificações), quer habitando as casas ou as construções verticalizadas (prédios de apartamentos), quer trabalhando nelas ou as utilizando para os mais diversos fins recreativos, educativos, culturais, religiosos, comerciais, industriais, institucionais, consumistas etc.

Como afirma José Carlos Freitas,

“mesmo fora das edificações, as atividades são realizadas em razão ou a caminho delas, agora entre portas e janelas, nos veículos automotores ou nos meios de transporte coletivo, sobre as vias de circulação. Sempre alguém estará se dirigindo ou saindo de uma edificação para outra. Mas é necessário que o trajeto

---

<sup>21</sup> SILVA, *Direito urbanístico brasileiro*, cit., p. 24-25.

ofereça condições básicas para que, durante o itinerário, o objetivo seja alcançado com o mínimo de segurança”<sup>22</sup>.

O controle do uso, do parcelamento e da ocupação dos espaços urbanos – objeto, pois, do Direito Urbanístico – visa à tutela dessas funções urbanísticas, mediante normas que se destinam a proporcionar, também, ao lado da funcionalidade, a segurança.

#### **4 Crimes cometidos no ambiente urbano: tipologia segundo a teoria das atividades rotineiras**

##### **4.1 Teoria das atividades rotineiras: explicação socioambiental contemporânea da violência**

O impacto das teorias ecológicas dos anos de 1930 e de 1940 (ecologia humana e comportamentalismo) ensejou, no âmbito do estudo da criminalidade, a *teoria da oportunidade* e a *teoria das atividades rotineiras*, que destacam a influência do ambiente urbano na ocorrência de delitos.

Essas teorias têm sido desenvolvidas por criminologistas contemporâneos. A *teoria da oportunidade* (“theory of consolidated advantages”), de Logan, busca explicar a evolução das taxas de crimes por meio das circunstâncias em que os crimes ocorrem. Complementarmente, e de forma mais detalhada, a *teoria da atividade rotineira* (“routine activities”), de Cohen e Felson, objeto de estudo do presente item, explica a relação entre um *ofensor motivado*, um *alvo disponível* e a *ausência de guardiões* com os delitos urbanos<sup>23</sup>.

Assim, a teoria social contemporânea preocupa-se com aspectos de natureza ecológica e ambiental, na determinação de fenômenos sociais, tais como o da criminalidade. Haveria uma interdependência entre o ambiente urbano, as vítimas e os “predadores”.

Jacobs destaca que os ecossistemas urbanos são compostos por processos físicos, econômicos e éticos, em que a diversidade e a

---

<sup>22</sup> FREITAS, José Carlos de. Dos interesses metaindividuais urbanísticos. In: *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999. p. 281-303.

<sup>23</sup> STAHURA, John M.; SLOAN, John J. Urban stratification of places, routine activities and suburban crime rates. *Social Forces*, n. 66, v. 4, p. 1115, 1988.

interdependência cumpririam a função de revitalização e de controle. O problema da segurança nas grandes cidades estaria diretamente relacionado com o enfraquecimento dos mecanismos habituais de controle, exercidos, naturalmente, pelas pessoas que vivem nos espaços urbanos<sup>24</sup>. De forma semelhante, no mencionado trabalho, defende-se que tais mecanismos de controle são enfraquecidos pelo desrespeito às funções urbanísticas da cidade.

Das duas teorias complementares apresentadas, detalhar-se-á a teoria da atividade rotineira, desenvolvida por Cohen e Felson, que comprova a importância das funções urbanísticas na garantia da segurança da cidade.

#### 4.2 Pressupostos da teoria da atividade rotineira para a ocorrência de um delito urbano

A teoria da *atividade rotineira* (Cohen e Felson)<sup>25</sup> assinala a necessidade de três circunstâncias para que um crime (“ato predatório”) ocorra. É necessário, pois, que haja uma convergência, no tempo e no espaço, de três elementos: *ofensor motivado* (criminoso), que por alguma razão esteja predisposto a cometer um crime; *alvo disponível*, objeto (crimes patrimoniais) ou pessoa (crimes contra a pessoa) que possam ser atacados; e a *ausência de guardiões* (comunidade vigilante), que são capazes de prevenir violações.

Trata-se de abordagem preocupada com as características ambientais em que ocorrem os crimes, chamados como atos predatórios, que mantêm algumas ressonâncias com a criminologia mais tradicional, ao enfatizar a motivação dos ofensores como o primeiro dos elementos. A origem dessa motivação, entretanto, é deixada em aberto.

O segundo aspecto é que a ação predatória dirija-se contra “alvos” disponíveis, ou seja, pessoas ou objetos em dada posição no tempo e no espaço vulneráveis ao agir do ofensor. Aqui é destacada

---

<sup>24</sup> JACOBS, Jane. *The death and life of great American cities*. New York: The Modern Library, 1961.

<sup>25</sup> COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. Social change and crime rate trends: a routine activity approach. *American Sociological Review*, 44 (4): 588-608, 1979.

a vitimologia, na noção de alvo disponível. Um alvo define-se como coisa ou pessoa que tem algum valor, além de algumas propriedades que tornam adequada a ação predatória.

O terceiro aspecto, destacado por muitos governantes brasileiros como o mais importante, vincula-se aos guardiões. Esses não se referem apenas às organizações do sistema de justiça criminal (polícia repressiva e preventiva, Ministério Público, Magistratura) tal como concebido pela criminologia mais tradicional. Destaca, principalmente, os mecanismos de controle social informais. Nas palavras de Clarke e Felson:

Realmente, as pessoas mais aptas para prevenir crimes não são os policiais (que raramente estão por perto para descobrir os crimes no ato), mas antes os vizinhos, os amigos, os parentes, os transeuntes ou o proprietário do objeto visado. Note-se que a ausência de um guardião adequado é crucial. Definir um elemento-chave como ausência antes do que a presença é claramente princípio fundamental na despersonalização do estudo do crime. Certos tipos de pessoas são mais prováveis de estar ausentes do que outras, mas o fato de uma ausência ser enfatizada é mais um lembrete de que o movimento das entidades físicas no tempo e no espaço é central para esta abordagem<sup>26</sup>.

Destacando a necessária convergência desses três elementos, Cohen e Felson mostram, como características urbanas vinculadas, que as funções urbanísticas estão relacionadas à incidência de crimes. Desse modo, o local de residência dos ofensores e das vítimas (função de residir), o relacionamento entre ofensores e vítimas (função de circulação, trabalho, residência e recreação), o local dos contactos entre a vítima e o ofensor, a idade das vítimas ou o número de adultos em uma casa (função de residir) e o horário da ocorrência do crime constituem variáveis relevantes para a pesquisa da causa prática dos altos índices de criminalidade em um determinado local.

---

<sup>26</sup> CLARKE, Ronald; FELSON, Marcus. *Routine activity and rational choice*. London: New Brunswick, 1993. p. 3.

Exemplificando: o aumento de arrombamentos residenciais relacionar-se-ia a mudanças na estrutura de empregos na sociedade (função de trabalho), de tal maneira que o aumento do número de pessoas (incluindo mulheres) que não se encontram diuturnamente nos lares deixa-os à mercê de atividades predatórias.

A idéia simples e lógica de que ofensores e vítimas devem encontrar-se no tempo e no espaço deu origem a estudos de campo que almejam identificar as dinâmicas pelas quais os indivíduos proporcionam oportunidades para tornarem-se vítimas de crimes. Esse tipo de abordagem usa dados de pesquisa centrados nas circunstâncias urbanas da vítima para compreender as diversas maneiras pelas quais a alocação das funções urbanísticas do trabalho, lazer, circulação e recreação influencia as probabilidades de ocorrência de atos predatórios no espaço urbano.

#### 4.3 Relação entre os espaços urbanos utilizados pelo cidadão (vítima) e as taxas de crimes

A abordagem da atividade rotineira torna a vítima (alvo disponível) e suas circunstâncias (estar próxima a um ofensor motivado e em ausência de guardiões) o objeto de estudo, por excelência, investigando como o estilo de vida do indivíduo e os espaços urbanos públicos e privados, por ele freqüentados, influenciam na probabilidade de vitimização.

Os fatores que mais influenciam a ocorrência de delitos urbanos são: a *exposição* e a *proximidade* entre a vítima e o agressor (alvo disponível), a sua *capacidade de proteção* (espaço urbano coletivo ou privado), os *atrativos das vítimas* (ofensor motivado e alvo disponível) e a *natureza dos delitos* para os quais o ofensor se encontra motivado.

A *exposição* é definida pela quantidade de tempo em que os indivíduos freqüentam locais públicos, estabelecendo contatos e interações sociais. O estilo de vida de cada indivíduo determina em que intensidade os demais fatores estão presentes na vida. Assim, determina em que medida de riscos os indivíduos se expõem ao freqüentar lugares públicos.

A *proximidade da vítima* do agressor diz respeito à freqüência dos contatos sociais estabelecida entre ambos, o que depende do local de residência, das características socioeconômicas e dos atribu-



tos de idade e sexo, assim como da proximidade de interesses culturais. Indivíduos com a mesma idade costumam freqüentar os mesmos ambientes nas atividades de lazer.

A *capacidade de proteção* está relacionada com o estilo de vida das vítimas. Indivíduos que têm maior capacidade de resguardar-se, evitando contato com possíveis agressores, têm menor probabilidade de ser vitimados. Por exemplo, indivíduos que andam de carro, em vez de fazê-lo de ônibus, têm maior capacidade de proteção, porque diminuem a possibilidade de contato com os agressores. Do mesmo modo, aqueles que contratam segurança privada diminuem a probabilidade de serem vítimas de crime.

As *vítimas* tornam-se ainda mais *atrativas* quando oferecem menor possibilidade de resistência ou proporcionam maior retorno esperado do crime. Os indivíduos que oferecem menor possibilidade de resistência<sup>27</sup>, provavelmente, reagem com pouca intensidade, o que representa menor risco de aprisionamento para o agressor (segundo Foucault<sup>28</sup>, a violência é caracterizada pela relação de forças desiguais, configurando, assim, uma relação de poder). Em outras palavras, a violência é o ato de subjugação por meio de forças de exploração e de dominação. Aqueles que proporcionam maior retorno esperado do crime têm maior probabilidade de serem vitimados, uma vez que, por um mesmo risco de aprisionamento, o criminoso pode ganhar mais (trata-se de aplicação utilitarista do princípio da busca da maior felicidade com a menor dor).

---

<sup>27</sup> Essa noção encontra-se na política criminal adotada na cidade de Nova York intitulada “tolerância zero” e que teria sido “importada” para algumas cidades brasileiras, tal qual Brasília. A estratégia, implantada pelo então prefeito Rudolph Giuliani, era não ignorar os pequenos crimes do dia-a-dia – pichações ou desordem, por exemplo – para criar um ambiente de ordem na cidade e, assim, evitar que pequenos problemas se transformassem em grandes crises. Os defensores da tese dizem que, se uma janela for quebrada em uma rua e nada for feito a respeito disso, alguns jovens podem começar a achar que têm carta-branca para quebrar outras janelas e cometer pequenos atos de vandalismo. Com o tempo, o bairro ganharia fama de decadente e perigoso. Os cidadãos amedrontados ficariam longe da área e os criminosos ganhariam uma base para suas operações. Para os partidários do Tolerância Zero, a solução é resolver os pequenos problemas da comunidade antes que eles se tornem grandes.

<sup>28</sup> FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis:Vozes, 1987.

A *natureza do delito* é importante para determinar em que proporção cada fator exposto acima influencia a probabilidade de vitimização.

## **5 Políticas públicas protetivas das funções urbanísticas e minimizantes dos delitos urbanos**

### **5.1 O mapeamento da violência em Belo Horizonte: exemplo concreto de aplicação da ecologia humana e da teoria da atividade rotineira no Brasil para prevenção de crimes**

O Centro de Estudos de Criminalidade e de Segurança Pública (Crisp) é um órgão voltado para a elaboração, acompanhamento da implementação e da avaliação crítica de políticas públicas na área da justiça criminal. Ligado à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), o Crisp é composto por pesquisadores dessa Universidade e de órgãos públicos envolvidos com o combate à criminalidade. Constitui exemplo concreto, e bem-sucedido, da aplicação da ecologia social e da teoria da atividade rotineira no Brasil.

A principal novidade do Crisp consiste na introdução de modelo que combina dois ingredientes: de um lado, pesquisa aplicada, multidisciplinaridade e formação sólida em análise quantitativa de dados para efeitos de planejamento e de avaliação; do outro, uma articulação de diferentes instituições e de órgãos públicos que lidam com o problema da criminalidade e da violência, sob a liderança de instituição universitária do mais alto prestígio acadêmico. Merece destaque a organização de dados pontuais de crimes na cidade de Belo Horizonte, que se constituiu em iniciativa inédita no Brasil e que se tornou referência em análises espaciais da criminalidade e no mapeamento de crimes.

O primeiro passo nessa abordagem é o reconhecimento de que é necessário ir além da simples localização dos endereços de ocorrências, para considerar o contexto socioeconômico em que o crime ocorre, a disponibilidade de alvos para a ação criminoso e a ausência de mecanismos de controle (elementos teóricos obtidos da teoria da atividade rotineira).

Embora o Crisp tenha pouco tempo de existência, já produziu resultados importantes. A partir do mapeamento das ocorrências

de assaltos a táxi, foi possível identificar áreas críticas de incidência desse crime. Montou-se estratégia de ação que envolveu os motoristas e a polícia, com postos de interceptação e de apreensão de armas nessas áreas. O resultado foi a queda de 34% em assaltos, em 2001, em comparação com 2000. O Centro está ainda envolvido em projetos de mapeamento detalhado da violência em BH, sempre buscando relacionar delitos com condicionantes sociais<sup>29</sup>.

Outro exemplo, que será detalhado, reporta-se à pesquisa mais ampla sobre crimes urbanos, realizada em Belo Horizonte, em 2002, e detalhada na *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Os dados utilizados nesse trabalho provêm da Pesquisa de Vitimização realizada pelo Centro de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública (Crisp), entre fevereiro e março de 2002. Esse tipo de pesquisa contém informações sobre os acontecimentos criminais sofridos pelos indivíduos, sobre a quantidade e o tipo de perda incorrida e as características dos criminosos. Além disso, engloba informações sobre as características socioeconômicas, sobre os hábitos e sobre as características de residência e vizinhança dos indivíduos<sup>30</sup>.

A pesquisa de vitimização, realizada em Belo Horizonte, considerou as seguintes categorias de crime: furtos (ato de apropriação de bens alheios sem que a vítima perceba a apropriação na hora da efetivação do ato); roubos (ato de apropriação de bens alheios em que a vítima percebe a apropriação na hora da efetivação do ato); tentativa de roubo (quando o indivíduo é vítima de roubo, mas consegue evitar a sua consumação); furtos em residência (ato de apropriação de bens alheios que estejam dentro da residência da vítima, estando ela presente ou não); tentativa de furto em residência (quando o indivíduo é vítima de furto na residência, mas que, por algum motivo, não se efetiva); agressão (ato de ferir outrem com ou sem uso de armas); tentativa de agressão (quando o indivíduo é vítima de agressão, mas não é ferido)<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Centro de Estudos de Criminalidade e de Segurança Pública (Crisp). Informações colhidas no site <<http://www.crisp.ufmg.br/intro.htm>>. Acessado em: 15 fev. 2005.

<sup>30</sup> BEATO F., Cláudio; PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime, oportunidade e vitimização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 73-89, jun. 2004.

<sup>31</sup> BEATO F.; PEIXOTO; ANDRADE, Crime, oportunidade e vitimização, cit., p. 55.

Observou-se, após a coleta e a análise dos dados, a comprovação da teoria das atividades rotineiras, pois verificou-se a correlação dos dados colhidos com a noção de ofensor motivado, alvo disponível e ausência de guardiões, já que se constatou que:

1. A incidência de vítimas na amostra varia bastante conforme o tipo de crime considerado.
2. Com relação à idade, o grupo de 13 a 24 anos é o de maior incidência tanto de furto como de roubo. Isso pode estar acontecendo devido aos fatores “exposição”, “menor capacidade de proteção” e “proximidade entre vítima e agressor”. Indivíduos mais jovens, em sua maioria, são solteiros, freqüentam mais lugares públicos sem se preocupar com a própria proteção. A proporção de agredidos na amostra vai diminuindo à medida que são consideradas faixas etárias mais elevadas.
3. Indivíduos que trabalham são vítimas preferenciais de todos os tipos de crime. No caso de roubo e de furto, uma possível explicação é o fato de serem mais atrativos, pois proporcionam maior retorno esperado do crime. No caso de agressão, a explicação pode residir no fato de estarem mais expostos, uma vez que transitam mais em locais públicos e mantêm maior proximidade com possíveis agressores, pois o círculo social é maior.
4. Os furtos e os roubos incidem mais em indivíduos com nível superior e nos três grupos de renda familiar mais elevada, mostrando a importância do fator atratividade.
5. Com relação aos hábitos, indivíduos que andam de coletivo e, sobretudo à noite, apresentam-se como mais prováveis vítimas de todos os tipos de crime. Em coletivos, os indivíduos têm menor capacidade de proteção se comparados aos que circulam de carro, uma vez que estes têm menor contato com desconhecidos e, ao mesmo tempo, estão mais protegidos no interior de seus veículos<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> BEATO F.; PEIXOTO; ANDRADE, Crime, oportunidade e vitimização, cit., p. 78-81.

Assim, as pesquisas realizadas em Belo Horizonte pelo Crisp comprovam a eficácia da análise empírica de dados criminológicos, feita à luz da teoria da atividade rotineira na realidade cidadina brasileira.

Além disso, destaca a correlação sistêmica entre a deficiência da estrutura municipal urbana e as taxas de violência presentes naquele local. Portanto, lutar por cidades planejadas por meio da gestão democrática garantidora das funções urbanísticas vincula-se ao sucesso do combate à violência urbana.

## 5.2 O planejamento urbano como política pública eficaz no combate à criminalidade urbana

O fenômeno da violência requer postura ampla na realização dos diagnósticos e a implementação de políticas públicas intersectorializadas. Conforme já demonstrado, a criminalidade é inseparável da problemática urbana, o que confirma a necessidade de se conhecerem, em detalhes, os reflexos da crise econômica, na sociedade e no cotidiano, das pessoas. Os assentamentos humanos, feitos sem respeito às relações entre as pessoas, geram violência e criminalidade. Assim, o conhecimento científico e tecnológico deve constituir o suporte para maior eficiência no combate à criminalidade e à violência.

O planejamento urbano é fundamental na elaboração do planejamento estratégico das atividades de uma cidade, instrumentalizando a segurança como direito social, individual e coletivo. O combate à violência, assim como o planejamento da cidade, deve envolver políticas de setores distintos, como educação, saúde, *lazer*, *iluminação pública*, *trabalho e moradia*, sendo os últimos diretamente vinculados às funções urbanísticas.

Há que ressaltar que a inexistência de planejamento urbano dificulta e torna ineficiente o combate à violência.

Por outro lado, dados empíricos, colhidos na cidade de Belo Horizonte, impõem a busca de novo modelo de gestão, que passa pela inversão de prioridades, enfatizando-se gastos sociais e de infraestrutura nas periferias (zonas mais sujeitas à violência, dentre outras razões, pela maior concentração de ofensores motivados e pela ausência de guardiões), em oposição às grandes obras centrais e viárias, e o engajamento popular no processo de decisão do poder instituído. São esses os dois grandes pilares da gestão democrática participativa.

A noção de ausência de guardiões, nas grandes cidades, enseja a participação popular prevista na Constituição Federal e concretizada no Estatuto da Cidade. É o que vem sendo chamado de processo de radicalização do sistema democrático, mediante o aprofundamento dos espaços de co-gestão entre governo e comunidades locais para viabilizar a concretização do direito à cidade segura<sup>33</sup>.

A partir da Constituição de 1988, as cidades foram alçadas, por meio do *status* concedido aos municípios, de ente federativo a centro das políticas públicas de qualidade de vida dos cidadãos. Nesse aspecto, o Governo Federal criou o Ministério das Cidades para coordenar e para agilizar a implantação dos planos diretores municipais previstos na Constituição Federal.

O Capítulo IV do Estatuto da Cidade traz a garantia da participação popular na gestão urbana como a operacionalização de novo ordenamento jurídico-urbanístico. Trata-se de normas de processo político-administrativo que informam o “modo concreto de formulação da política urbana e da incidência dos dispositivos tratados nos capítulos anteriores, para o que se exige sempre a necessária participação popular”<sup>34</sup>.

Visando à concretização dessa diretriz constitucional, o Ministério das Cidades, por meio da Secretaria Nacional de Programas Urbanos, lançou diretivas para implementação do Plano Diretor Participativo. Tal política pública servirá para orientar os governos municipais e a sociedade na construção dos planos diretores, já que, de acordo com o Estatuto das Cidades, os municípios com mais de 20 mil habitantes têm, até outubro de 2006, que elaborar ou que atualizar os planos diretores.

### 5.3 O lazer e a recreação: exemplo de respeito à função urbanística eficaz no combate à violência urbana sofrida e praticada por jovens

Sistema de lazer é sinônimo de sistema de recreio, traduzindo a idéia de espaço público reservado ao lazer ou à recreação, mo-

---

<sup>33</sup> DANIEL, Celso. A gestão local no limiar do novo século: desafios dos governos democráticos e populares do Brasil. In: *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 522.

<sup>34</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson (Org.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 333.

dalidade de direito social tutelado pela Constituição Federal (art. 6º), que, na lição de José Afonso da Silva, exprime uma necessidade urbana. Para ele, lazer e recreação são funções urbanísticas; daí são manifestações do direito urbanístico. Acrescenta que o lazer e a recreação requerem lugares apropriados, tais como jardins, parques, praças de esportes, praias, e aí também entram as áreas verdes<sup>35</sup>.

Uma política de esporte e de lazer que mobilize grupos tradicionalmente em risco (risco de tornar-se vítima – alvo disponível – ou ator da violência – ofensor motivado) previne atos predatórios ocorridos na cidade. É conveniente destacar que os jovens de classes populares, se comparados a outros extratos da sociedade, são dos grupos mais atingidos por esses fenômenos, uma vez que vários estudos demonstram que a precariedade dos serviços públicos e das condições de vida, a falta de oportunidades, de emprego e de lazer e as restritas perspectivas de mobilidade social, como potenciais motivadores de ações violentas, para esse contexto contribuem. Assim, tendo em vista a situação em que vivem os jovens de camadas populares, as esferas convencionais de sociabilidade já não oferecem respostas suficientes para preencher as expectativas desses jovens. Nos vazios deixados por elas, constitui-se outra esfera ou outra dimensão de sociabilidade, cujas marcas principais são as transgressões.

A omissão estatal, no campo do lazer, implica o agir favorável à violência. A formação de gangues/galeras dá-se, em sua maioria, nos espaços onde a sociedade não tem respostas efetivas, por parte do poder público, para as demandas e as necessidades.

Esse não-cumprimento de atribuições força o Estado a aceitar novo tipo de “ordem” imposta, de maneira geral, pelo crime e pela violência. No livro *Gangues, galeras, chegados e rappers*<sup>36</sup>, discute-se, também, que o “lazer negativo” contribui, efetivamente, para o aumento da violência, inclusive, no Distrito Federal. Considerando a hipótese de existência de gangues, propõe-se o conhecimento de quem são os jovens que delas fazem parte, bem como a sua represen-

---

<sup>35</sup> SILVA, *Direito urbanístico brasileiro*, cit., p. 248.

<sup>36</sup> ABRAMOVAY, Miriam; WAISELFISZ, Júlio Jacobo; ANDRADE, Carla Coelho; RUA, Maria das Graças. *Gangues, galeras, chegados e rappers: juventude, violência e cidadania nas cidades da periferia de Brasília*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

tação/percepção sobre temas tais como violência, família, trabalho, educação, consumo, drogas, cidadania, futuro. A relevância desse trabalho situa-se nos números que demonstram a altíssima incidência de violência entre a juventude, principalmente nos grandes centros urbanos.

Nesse sentido, o presente artigo almeja discutir a relação entre a violência (sofrida e praticada por jovens) e a condição de desrespeito às funções urbanísticas do local em que os jovens se encontram. Esse desrespeito é oriundo da disponibilidade de recursos (materiais ou simbólicos) dos atores e do acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas e culturais que provêm do Estado, do mercado e da sociedade civil; vinculam-se, pois, a aspectos da política social do Estado.

Por meio da pesquisa *Cultivando vidas, desarmando violências*, a Unesco acompanhou, por meio de complexa rede de pesquisas e de avaliações, programas realizados por governos locais, ONGs e outras entidades da sociedade civil, em 10 estados brasileiros (que desenvolveram atividades colaborativas no combate à violência e à construção de uma cultura pela paz, recorrendo ao lazer com e para jovens em comunidades sujeitas a vulnerabilidades sociais e econômicas)<sup>37</sup>.

A pesquisa concluiu que, por meio do estímulo ao lazer, foram criados espaços alternativos de estímulo à criatividade, à participação, à auto-estima e à formação artístico-cultural, oferecendo alternativas de ocupação do tempo, contribuindo para acentuada crítica à cultura e à prática de violência. Em outras palavras, de acordo com a análise da teoria das atividades rotineiras, diminuía-se a incidência do “ofensor motivado” e do “alvo disponível”.

#### 5.4 Garantia de trabalho e de moradia digna: políticas públicas sociais eficazes para o combate da violência

Um outro nível de prevenção, também vinculado ao *capital social*<sup>38</sup> de uma comunidade, é a prevenção realizada por meio da

---

<sup>37</sup> Desde 1997, a Unesco-Brasil iniciou série de pesquisas centradas nos temas de juventude, violência e cidadania. Alguns dos livros que resultaram dessas pesquisas são os seguintes: *Cultivando vidas, desarmando violências: experiências em educação, cultura, lazer, esporte e cidadania com jovens em situação de pobreza* (2001), *Juventude, violência e*



geração de emprego e de renda para os jovens e adultos, bem como pela garantia de moradia digna à população.

Nessa fase, a responsabilidade pela prevenção depende principalmente do Poder Público – federal, estadual e municipal –, com políticas públicas de geração de emprego e de construção de moradias, pois somente assim o cidadão vai sentir-se valorizado e sua autoestima fará com que ele não tenha motivação para a prática de atos ilícitos (“ofensor motivado”).

O desemprego é fonte de violência urbana. Pesquisa realizada em 2004 pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo indica que a estagnação econômica tem impacto direto no aumento da criminalidade. O estudo foi feito no Município de São Paulo, analisando 33 tipos de ocorrências policiais mais frequentes. Acentuada porção delas acompanha, quase mês a mês, a variação nas taxas de desemprego e as quedas no padrão de renda do brasileiro. De 2001 a 2003, o ganho médio dos paulistanos caiu 18,8% e a oferta de trabalho, 22%, enquanto, nas ruas, furtos e roubos a transeuntes aumentaram quase na mesma proporção (23%). “Ao cruzar dados socioeconômicos e criminais, foi possível provar que a extrema necessidade pode ser incentivo ao crime”, diz o professor Leandro Piquet Carneiro, da Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de São Paulo (USP), um dos cinco pesquisadores responsáveis pelo estudo. Como exemplo disso, observa-se que, nos bairros com poder aquisitivo maior, o índice de violência é menor. Georg Simmel (1858-1918) já havia destacado, em 1900, no artigo “A metrópole e a vida mental”, que a vida urbana excita os nervos, intensifica as áreas de atrito entre os moradores da cidade, por meio da proximidade do convívio, pelo anonimato e pela indiferença<sup>39</sup>.

---

*vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas* (2002) e *Escolas de paz* (2001).

<sup>38</sup> “O conceito de capital social convida-nos a explorar a infra-estrutura da sociedade civil e sugere que com sua análise se possa encontrar explicações do porquê algumas localidades ou instituições apresentam maior vitalidade e eficiência no combate à exclusão social e à violência do que outras” (ABRAMOVAY, Miriam; PINHEIRO, Leonardo Castro. *Violência e vulnerabilidade social*. In: FRAERMAN, Alicia (Ed.). *Inclusión social y desarrollo: presente y futuro de la comunidad iberoamericana*. Madrid: Comunica, 2003. p. 4).

<sup>39</sup> SIMMEL, Georg. *A metrópole e a vida mental*. In: *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. p. 11-25.

A pesquisa também revelou que o grau de violência dos delitos pode variar de acordo com o nível de desespero econômico de quem os pratica. Os furtos, que não envolvem ameaça ou agressão direta às vítimas, têm relação mais direta com a queda na renda da população. “São crimes furtivos, em que a ocasião e o risco são mais bem controlados pelo autor, que minimiza o risco”, diz Piquet. “Entre os que tiveram uma queda de renda, o crime mais comum são pequenos furtos no local de trabalho ou na rua”, explica. Eles costumam ser praticados por pessoas com menor propensão à violência, vindas de ambientes sociais mais estruturados, ou por adultos, que não querem correr o risco de ser pegos pela polícia<sup>40</sup>.

É necessária a adoção de políticas sérias no campo do desenvolvimento econômico, para a geração de empregos e de habitação, buscando-se evitar o aumento da criminalidade.

O Estado democrático de direito pressupõe políticas públicas garantidoras das funções urbanísticas. A violência nasce da falta de esperança ou de perspectiva de vida melhor. A falta de trabalho, de moradia e de lazer gera vazio no coração, o que permite a instauração da violência. O ofensor pode ser motivado pela falta de esperança de dias melhores. Há, pois, correlação entre a Ordem Urbanística e a criminalidade.

## 6 Conclusão

Na *identificação das causas endógenas* (verificáveis por meio da “ecologia humana” e do comportamentalismo) da violência urbana e na *busca de soluções* para esse problema, o respeito às funções urbanísticas da cidade tem papel de destaque, consoante a diretriz pública constitucional de planificação das cidades para garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182 da Constituição Federal).

A falta de estrutura urbana municipal contribui para a existência e para o aumento da violência urbana. A teoria da atividade rotineira destaca a relação entre as taxas de crimes e as circunstâncias em que esses ocorrem. Estudos realizados, no Brasil e no Exterior, comprovam, empiricamente, que a ocorrência de um crime vincula-

---

<sup>40</sup> Crime e desemprego. *Revista Época*, Rio de Janeiro: O Globo, 5 abr. 2004, p. 20.

se à convergência espacial e temporal de um ofensor motivado, de um alvo disponível e da ausência de guardiões. Tais elementos tendem a não ocorrer em cidades planejadas que garantam o pleno exercício das funções urbanísticas.

A garantia da recreação e do lazer nas cidades diminui as tensões sociais, dificultando o surgimento de ofensores motivados ao cometimento de delitos.

O trabalho e a moradia seguros ensejam a inexistência de alvos disponíveis, na medida em que amparam o exercício das atividades basilares da cidade, evitando situações de risco que tendem a aumentar a incidência dos crimes.

Exemplificando, a necessidade de participação popular na gestão da cidade, prevista na Constituição Federal e concretizada no Estatuto da Cidade, propicia a presença de guardiões nas grandes cidades, à medida que conscientiza a população quanto aos problemas existentes em sua comunidade, o que minimiza a ocorrência de infrações relevantes para o Direito Penal e melhora a qualidade de vida cidadina.

Assim, o combate à violência pode ser realizado por meio de políticas públicas garantidoras da dignidade da pessoa humana, nos termos da diretriz constitucional de garantia das funções urbanísticas. Protejam-se as funções urbanísticas de uma comunidade urbana, para que sejam protegidos os seus habitantes!

## Referências

ABRAMOVAY, Miriam (Coord.). *Escolas de paz*. Brasília: Unesco; Governo do Estado do Rio de Janeiro/Secretaria de Estado de Educação; Universidade do Rio de Janeiro, 2001.

———. *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: Unesco; BID, 2002.

ABRAMOVAY, Miriam; PINHEIRO, Leonardo Castro. Violência e vulnerabilidade social. In: FRAERMAN, Alicia (Ed.). *Inclusión social y desarrollo: presente y futuro de la comunidad iberoamericana*. Madrid: Comunica, 2003.

ABRAMOVAY, Miriam; WAISELFSZ, Júlio Jacobo; ANDRADE, Carla Coelho; Rua, Maria das Graças. *Gangues, galeras, chegados e rappers: juventude, violência e cidadania nas cidades da periferia de Brasília*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

- ALEXANDER, B. K. Parental behavior of adult male Japanese monkeys. *Behaviour*, n. 36, p. 270-285, 1970.
- BARNETT, S. Anthony. *The story of rats: their impact on us, and our impact on them*. Crows Nest, N.S.W.: Allen & Unwin, 2001.
- BEATO F, Cláudio; PEIXOTO, Betânia Totino; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime, oportunidade e vitimização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.19, n. 55, p.73-89, jun. 2004.
- BENTON, Ted. Ecologia. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves; Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996. p. 225-227.
- BRENNAN-GALVIN, Ellen. Crime and violence in an urbanizing world. *Journal of International Affairs*, New York: Columbia University, n. 56, p. 1- 10, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson (Org.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CALHOUN, J. B. A method for self-control of population growth among mammals living in the wild. *Science*, n. 109, p. 333-335, 1949.
- CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E DE SEGURANÇA PÚBLICA (CRISP). Informações colhidas no site <<http://www.crisp.ufmg.br/intro.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2005.
- CLARKE, Ronald; FELSON, Marcus. *Routine activity and rational choice*. London: New Brunswick, 1993.
- COHEN, Lawrence E.; FELSON, Marcus. Social change and crime rate trends: a routine activity approach. *American Sociological Review*, 44 (4): 588-608, 1979.
- CRIME E DESEMPREGO. *Revista Época*, Rio de Janeiro: O Globo, 5 abr. 2004, p. 20.
- DANIEL, Celso. A gestão local no limiar do novo século: desafios dos governos democráticos e populares do Brasil. In: *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FERRI, Enrico. *Criminal sociology*. Electronic Text Center, University of Virginia Library. Disponível em: <<http://etext.lib.virginia.edu/ebooks/Flist.html>>. Acesso em: 15 fev. 2005.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

- FREITAS, José Carlos de. Dos interesses metaindividuais urbanísticos. In: *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999. p. 281-303.
- GAVIRIA, A.; Pages, C. *Patterns of crime victimization in Latin America*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2000.
- GIDDENS, Anthony. *Introduction to sociology*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- JACOBS, Jane. *The death and life of great American cities*. New York: The Modern Library, 1961.
- LE GOFF, Jacques. *Por amor às cidades*. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: Unesp, 1998.
- LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- . O uso social da terra urbana. Sugestões à Constituinte. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 38, 1986.
- LOUCH, Alfred. Comportamentalismo. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves; Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996. p. 108-111.
- MUKAI, Toshio. *Temas atuais de direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SIMMEL, Georg. A metrópole e a vida mental. In: *O fenômeno urbano*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. p. 11-25.
- STAHURA, John M.; SLOAN, John J. Urban stratification of places, routine activities and suburban crime rates. *Social Forces*, n. 66, v. 4, 1988.
- SUTHERLAND, Edwin H. *Criminology*. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1924.
- WEBER, Max. *The city*. Trans. and Ed. by Don Martindale and Gertrud Neuwirth. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1958.



# A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana<sup>1 e 2</sup>

Luís Roberto Barroso\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Espécies de direitos que comportam tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1 Direitos difusos. 2.2 Direitos coletivos. 2.3 Direitos individuais homogêneos. 3 As diferentes modalidades de proteção coletiva dos direitos no sistema brasileiro. 3.1 O controle de constitucionalidade por ação direta. 3.2 Modalidades convencionais. 4 A ação civil pública do direito brasileiro. 4.1 A legitimação ativa nas ações coletivas. 4.2 O procedimento da ação coletiva – o devido processo legal. 4.3 Os efeitos da coisa julgada. 5 Alguns aspectos da *class action* norte-americana. 6 Conclusão: distinções essenciais entre os dois sistemas.

## 1 Introdução<sup>3</sup>

O Brasil vive, desde a Constituição de 1988, sob um Estado democrático de direito, em que vigoram as liberdades públicas e a

---

\* Luís Roberto Barroso é Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Mestre em Direito (LL.M) pela Yale Law School, Estados Unidos. Advogado.

<sup>1</sup> Este texto serviu de base para uma apresentação feita pelo autor no “Colloque sur les Actions Collectives”, no plenário da Corte de Cassação francesa, realizado em Paris, no dia 2 de junho de 2005, sob o patrocínio da Corte e do Institut des Hautes Études sur la Justice.

<sup>2</sup> O presente trabalho é dedicado a José Carlos Barbosa Moreira, mestre notável e amigo querido, que não tendo conseguido me levar para o direito processual, trouxe-o até mim. Na inteiração estreita entre Constituição e Processo que pautava minha vida acadêmica, os méritos são dele e os erros são meus mesmo.

<sup>3</sup> Sobre o tema na literatura nacional, v., dentre muitos, os seguintes livros: MILARÉ. Édis. *Ação civil pública*: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*: comentários por artigo. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; CARNEIRO, Paulo Cezar Piniheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1999; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação

alternância do poder. Quase duas décadas de estabilidade institucional vêm desenvolvendo um sentimento constitucional no povo em geral, apto a superar uma história acidentada, marcada por golpes, governos militares e recaídas autoritárias. A despeito das dificuldades sociais de um país que ainda não percorreu todos os ciclos do desenvolvimento, o Brasil figura entre as doze maiores economias do mundo. A ordem jurídica brasileira assenta-se sobre uma legislação de razoável técnica, com doutrina de qualidade e boa jurisprudência.

O Brasil, como se sabe, foi colônia de Portugal desde o descobrimento, em 1500, até a independência, em 1822. Por consequência, o sistema jurídico brasileiro filia-se à tradição romano-germânica, tendo sofrido a influência predominante da cultura jurídica da Europa continental, notadamente da França e da Itália. Mais recentemente, como em boa parte dos países ocidentais, ampliou-se e aprofundou-se a influência do direito norte-americano. No plano do direito público, especialmente do direito constitucional, deve-se registrar, também, a incorporação de idéias e doutrinas originárias do direito alemão, com destaque para a produção do Tribunal Constitucional Federal.

Aliás, é digno de nota que as duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo têm desenvolvido, nos últimos anos, uma rota de progressiva aproximação. De fato, nos países do *common law* – onde o direito tem origem predominantemente costumeira e ba-

---

para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. E também os seguintes artigos: A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos (in: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil* – 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977); bem como, especialmente, A proteção jurídica dos interesses coletivos (aula inaugural na UERJ em 1980), A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro e Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos (todos publicados em MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* – 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984), além de DIZ, Nelson Nascimento. Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais. *Revista Forense*, v. 350, p. 113.



seia-se sobretudo nos precedentes judiciais – tem-se verificado a crescente importância quantitativa e qualitativa do direito legislado, além da flexibilização dos precedentes. Tanto o Reino Unido<sup>4</sup> quanto os Estados Unidos<sup>5</sup> são exemplos do que se afirma. De outra parte, no Brasil e em outros países de tradição romano-germânica – nos quais a legislação é a principal fonte de direito – os precedentes judiciais têm merecido o progressivo destaque<sup>6</sup>. Além disso, a argumentação com

---

<sup>4</sup> No Reino Unido, onde vigorava a posição mais radical em relação ao *stare decisis* desde a decisão no caso *London Tramways*, de 1898, passou-se a admitir a reforma do precedente, embora com grande reserva e em situações limitadas, a partir do *Practice Statement*, de 1966. Sobre o tema, v. PATERSON, Alan. *The law lords*. Toronto: University of Toronto Press, 1982; HARRIS, Jim. *Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess*. *10 OJLS* 140, 1990; e RORIVE, Isabelle. *La rupture de la House of Lords avec un strict principe du stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique*. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. p. 801 e ss.

<sup>5</sup> Nos Estados Unidos a posição sempre fora menos rígida. Uma das mais celebradas decisões da Suprema Corte americana – a do fim da segregação racial nas escolas públicas, proferida no caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954 – foi uma ruptura com o entendimento anteriormente professado. De fato, até então vigorava, em matéria racial, a doutrina do *equal but separate*, firmada desde *Plessy vs. Ferguson*, em 1896. V., por simplificação, HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992. Para algumas anotações sobre o precedente e sua importância para a justiça, previsibilidade, eficiência e legitimidade das decisões judiciais, v. HANKS, Eva H.; HERZ, Michael E.; NEMERSON, Steven S. *Elements of law*. Cincinnati: Anderson Pub., 1994. p. 149 e ss.

<sup>6</sup> No Brasil, o fenômeno não se manifesta apenas pela maior atenção que os aplicadores do direito e mesmo a doutrina têm reservado à jurisprudência, embora essa mudança de mentalidade seja digna de nota. No plano normativo, vêm sendo criados mecanismos de fortalecimento dos precedentes, sendo de se destacar dois. Os tribunais em geral podem editar súmulas, que – embora não sejam de observância obrigatória pelas instâncias inferiores – produzem mais do que efeitos meramente indicativos. O art. 557 do Código de Processo Civil, alterado em 1998, passou a permitir que o relator negue de plano seguimento a recurso fundado em tese contrária à súmula do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, permite-se também a reforma monocrática de decisão manifestamente em confronto com os mesmos parâmetros. No caso do Supremo Tribunal Federal, recente emenda constitucional (EC n. 45, de 8.12.2004) veio permitir a edição de súmulas com efeitos propriamente vinculantes, de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo. Os enunciados podem firmar orientação sobre a validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, sempre envolvendo matéria constitucional. O novo

base em cláusulas abertas e em princípios – categorias que integram o intérprete ao processo de criação do direito – incorporou-se à prática de juízes e tribunais.

É nesse cenário que serão estudados, com a objetividade indispensável, os mecanismos de tutela coletiva dos direitos na ordem jurídica brasileira, levando em conta suas aproximações e distanciamentos em relação à *class action* do direito norte-americano.

## 2 Espécies de direitos que comportam tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro

Embora o sistema de proteção coletiva dos direitos esteja delineado na Constituição Federal, sua implementação deu-se por via de duas importantes leis ordinárias, uma anterior e outra posterior à Carta de 1988: 1) a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.7.1985); 2) o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990). Da combinação desses dois diplomas legais é que se vai compreender, verdadeiramente, as diferentes situações jurídicas que comportam tutela coletiva na ordem jurídica brasileira, que são divididas em três categorias: (I) direitos difusos; (II) direitos coletivos; (III) direitos individuais homogêneos<sup>7</sup>.

As duas primeiras espécies – difusos e coletivos – abrangem direitos que se dizem *transindividuais* e *indivisíveis*. Nesses dois termos

---

mecanismo foi cercado de formalidades especiais: as súmulas devem versar sobre questão em que haja controvérsia entre órgãos judiciais ou entre esses e a Administração Pública. Além disso, para a aprovação de enunciado exige-se a manifestação favorável de dois terços dos ministros da Corte, após reiteradas decisões sobre a matéria.

<sup>7</sup> Devido à incerteza doutrinária quanto ao sentido e alcance desses conceitos, a Lei n. 8.078/1990 optou por definir cada um deles, em dispositivo que tem a seguinte dicção: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Embora a Lei n. 8.078/1990 tenha por objeto a proteção apenas dos direitos do consumidor, o art. 21 determinou sua aplicação à defesa coletiva de direitos de qualquer natureza.

se expressam suas características essenciais: a) do ponto de vista subjetivo, são titularizados por uma pluralidade de pessoas; b) quanto ao seu objeto, não comportam fracionamento. Daí resulta que não podem ser fruídos individualmente, em quotas-parte, e tampouco podem ser objeto de disposição por qualquer dos co-titulares. Ademais, como intuitivo, a lesão ao direito de um único interessado importa em lesão ao direito de todos os demais. Não é o que ocorre, todavia, com os denominados direitos individuais homogêneos, que são direitos divisíveis e disponíveis. A tutela coletiva, nesse caso, pode atender a uma conveniência vislumbrada pelo legislador, mas não é exigida pela natureza do direito. A seguir, uma breve nota sobre cada uma das situações.

## 2.1 Direitos difusos

Os direitos difusos confundem-se, muitas vezes, com o interesse da sociedade como um todo. Seus titulares são um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato, como habitarem em uma mesma cidade, desfrutarem de uma mesma paisagem ou dependerem de um mesmo rio para abastecimento de água. Exemplos típicos de direitos difusos são o direito a um meio ambiente saudável, à publicidade que não seja enganosa, a produtos cujo consumo não seja inadvertidamente nocivo. O fato de um direito ser difuso não impede que alguém que tenha sofrido uma lesão individual vá a juízo por conta própria, como no caso de uma pessoa que tenha sido vítima de um dano direto causado pela poluição de um rio ou pela compra de um medicamento que não advertia acerca dos riscos que trazia para a saúde<sup>8</sup>.

## 2.2 Direitos coletivos

Os direitos coletivos, igualmente transindividuais e indivisíveis, são titularizados por “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (Lei

---

<sup>8</sup> Caso rumoroso ocorrido no Brasil, em 2003, foi o de um fabricante de pílulas anticoncepcionais que, por equívoco, colocou em diversas embalagens placebo em vez do medicamento. Inúmeras mulheres engravidaram involuntariamente e ajuizaram ações contra o laboratório fabricante.

n. 8.079/1990, art. 81, II). O traço distintivo em relação aos direitos difusos é a determinabilidade dos titulares do direito, em razão do caráter mais restrito das pessoas afetadas. Alguns exemplos de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base<sup>9</sup> e que tenham sido vítimas de um dano coletivo: os acionistas de uma sociedade por ações, afetados por uma decisão ilegal da diretoria; os condôminos de um edifício de apartamentos, vítimas de uma exigência irrazoável da prefeitura. A hipótese de uma relação jurídica base com a parte contrária pode ser ilustrada com a situação em que um grupo de alunos de uma universidade, portadores de deficiência física, postulam a construção de um acesso especial para cadeiras de rodas<sup>10</sup>.

### 2.3 Direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos são laconicamente definidos pela lei como “os decorrentes de origem comum”. Trata-se de direitos divisíveis e com titulares certos. Ainda assim, a lei admite a tutela coletiva, na presunção de que ela seja mais conveniente ou adequada. Se a presunção não se confirmar, a ação coletiva não deverá ser admitida. A proteção coletiva desses direitos corresponde à *class action for damages* do direito norte-americano, à qual se fará referência um pouco mais à frente. No direito brasileiro, dois são os requisitos para a proteção desses direitos: a origem comum e a homogeneidade.

A expressão *origem comum* refere-se à causa que serve de fundamento para a pretensão veiculada, como, por exemplo, o acidente de avião, a contaminação de um medicamento, a colocação de água em um suco vendido como puro<sup>11</sup>. Há quem faça distinção entre

---

<sup>9</sup> A relação jurídica base preexistente não se confunde com a relação jurídica decorrente da lesão ao direito coletivo e geradora da pretensão em face de quem lhe deu causa. V. MOREIRA, A ação popular do direito brasileiro... cit.; WATANABE, Kazuo; NERY Júnior, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 722.

<sup>10</sup> Veja-se que nesse exemplo não há relação jurídica dos alunos entre si, mas apenas entre eles e a universidade. Os interessados são determinados ou determináveis, o que exclui a hipótese de direito difuso. E a indivisibilidade é evidente: ou se constroem as rampas, e todos os interessados são satisfeitos, ou não se constroem, e nenhum o é.

<sup>11</sup> A origem comum pode ser de fato ou de direito (Ada Pellegrini Grinover) e, como observado em Watanabe, Nery Júnior e Denari (*Código de Defesa do Consumidor... cit.*, p. 724), “não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publici-

origem comum próxima e remota, em função da intensidade do nexo causal em relação ao dano<sup>12</sup>. A *homogeneidade* refere-se à identidade ou proximidade de situações entre as pessoas integrantes da classe, de modo a justificar sua reunião no pólo ativo de uma única ação. As ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos mereceram disciplina especial da legislação, que será objeto de comentário a seguir.

### 3 As diferentes modalidades de proteção coletiva dos direitos no sistema brasileiro

A ordem jurídica brasileira lida com a proteção coletiva dos direitos por meio de dois grupos de mecanismos distintos. O *primeiro* deles congrega as ações de controle de constitucionalidade por via de ação direta que, embora não se destinem de forma *imediate* à proteção de direitos subjetivos, se prestam a esse fim em muitas ocasiões, daí poder-se considerá-las uma modalidade excepcional de tutela coletiva. No *segundo* grupo estão as diferentes possibilidades de ações por meio das quais é possível veicular pretensões subjetivas em caráter coletivo. Uma dessas possibilidades é a chamada *ação civil pública*, à qual se dedicará um capítulo específico, por guardar ela paralelismo mais próximo com a *class action* do direito norte-americano. Antes disso, porém, com o objetivo de fornecer, de maneira sumária, uma visão panorâmica do sistema, fazem-se alguns comentários acerca do controle de constitucionalidade por ação direta e de outras hipóteses em que pretensões subjetivas podem ser levadas ao Judiciário coletivamente<sup>13</sup>.

---

dade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles".

<sup>12</sup> Nessa linha, GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 31: "Mas é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; remota, ou mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos".

<sup>13</sup> O debate sobre a atuação dos sindicatos ou sobre a ação popular levaria a um desvio

De início, parece próprio estabelecer duas distinções importantes do direito brasileiro em relação ao direito francês. Em primeiro lugar, vigora entre nós o sistema de jurisdição una, em que todas as ações são propostas exclusivamente perante o Poder Judiciário, inexistindo uma jurisdição administrativa<sup>14</sup>. Em segundo lugar, prevalece no Brasil o princípio da supremacia da Constituição, atribuindo-se a juízes e tribunais o papel de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Trata-se de controle repressivo, e não preventivo, realizado após a publicação e vigência do ato do Poder Legislativo.

### 3.1 O controle de constitucionalidade por ação direta

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Brasil pode ser exercido de duas maneiras: 1) por via incidental e 2) por via principal ou por ação direta<sup>15</sup>. O controle *incidental* corresponde ao sistema norte-americano de *judicial review*: ao decidir um caso concreto, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei que, fundadamente, considere inconstitucional. Já o controle por via *principal* consiste na possibilidade de se propor uma ação, diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se discute em tese, em abstrato, fora de um caso concreto, a constitucionalidade de uma lei. Trata-se de fórmula inspirada no modelo austríaco de jurisdição constitucional. A decisão proferida

---

excessivamente longo. Registra-se apenas a matriz constitucional de cada uma dessas situações: “Art. 8º [...] III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”; “Art. 5º [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

<sup>14</sup> Constituição Federal, art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>15</sup> Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

nessa hipótese de controle tem natureza vinculante e produz efeitos em relação a todos (*erga omnes*)<sup>16</sup>.

Pois bem: esse mecanismo de controle de constitucionalidade por ação direta só pode ser deflagrado por um número limitado de órgãos e entidades previsto na própria Constituição, quase todos integrantes da Administração Pública ou dotados de personalidade de direito público<sup>17</sup>. Figuram, todavia, entre os que têm direito de propositura da ação direta as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional<sup>18</sup>. Embora a ação direta não se destine, em teoria, à tutela de direitos subjetivos, e sim da integridade do sistema constitucional, na prática ela constitui um primeiro mecanismo de defesa coletiva de direitos por entes da sociedade civil. Preenchido o requisito da pertinência temática<sup>19</sup>, podem eles postular a invalidade de leis que afetem negativamente as categorias por eles representadas<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> V. Constituição Federal, art. 102, § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Não é o caso de se aprofundar aqui a discussão sobre as diferentes possibilidades de controle de constitucionalidade por via de ação direta no Brasil.

<sup>17</sup> Constituição Federal, art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

<sup>18</sup> Merece referência, também, o direito de propositura da ação direta pelo Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, que desfruta de grande autonomia, assegurada constitucionalmente. Sua legitimação para propor ações dessa natureza é ilimitada (universal) e pode ele agir no interesse da sociedade, mesmo que contra o interesse do governo.

<sup>19</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu, como exigência complementar à legitimação ativa para propositura de ação direta, a existência de uma relação lógica entre a questão versada na lei impugnada e os objetivos sociais da entidade requerente. Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida.

<sup>20</sup> Algumas das mais importantes questões levadas à apreciação do STF nos últimos tempos deveram-se à iniciativa de associações de classe. Vale destacar: 1) ADIn 3367-DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), questionando a Emenda Consti-

É certo que a modalidade de atuação prevista acima tem caráter excepcional, por se tratar de uma jurisdição abstrata e de um processo objetivo. De fato, nessas situações o Judiciário não desempenha sua função típica, que é a aplicação da lei a casos concretos envolvendo litígios entre partes (i. e, um processo subjetivo, um *case or controversy*, para utilizar a expressão americana).

### 3.2 Modalidades convencionais

O direito brasileiro admite diversas formas pelas quais é possível tutelar coletivamente direitos e interesses. Não é o caso de se procurar sistematizar todas essas possibilidades, já que o foco aqui está voltado especificamente para uma delas: a ação civil pública. Faz-se, no entanto, breve menção a duas outras hipóteses previstas diretamente pela Constituição<sup>21</sup>. A primeira delas envolve a legitimação ativa ampliada das entidades associativas para atuarem em nome de seus associados. Com efeito, a Constituição Federal, visando ampliar os casos de tutela coletiva de direitos no Brasil, previu em seu

---

tucional n. 45 (Reforma do Judiciário), na parte em que instituiu um órgão de controle administrativo da magistratura com participação de membros externos à instituição; 2) ADPF 54, questionando a incidência de norma penal que tipifica o aborto no caso de antecipação do parto de fetos anencefálicos, sob o fundamento central de que a incidência da norma penal violaria a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual e o direito à saúde; 3) ADIn 3.105-DF, questionando a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41, que instituiu a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos e dos pensionistas; 4) ADIn 2925-DF, proposta pela Confederação Nacional do Transporte (CNT), questionando a constitucionalidade da indevida destinação feita pela lei orçamentária de recursos arrecadados com tributo (a contribuição de intervenção no domínio econômico denominada CIDE), que tinha por finalidade programas específicos, como financiamento de projetos ambientais ligados à indústria do petróleo e de infra-estrutura de transporte.

<sup>21</sup> A Constituição prevê ainda a ação popular e a possibilidade de os sindicatos agirem em nome de seus filiados. Os debates sobre a atuação dos sindicatos ou sobre a ação popular levariam a um desvio excessivamente longo. Registra-se apenas a matriz constitucional de cada uma dessas situações: “Art. 8º [...] III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”; “Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.



art. 5º, XXI, uma hipótese específica de legitimação ativa, em dispositivo assim redigido: “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Trata-se, aqui, da figura da *representação*: a associação poderá ingressar em juízo em nome de seus associados, para promover direitos individuais por eles titularizados. Como não se trata de atuação em nome próprio, é indispensável a autorização dos representados<sup>22</sup> e o interesse em jogo deverá ter relação com o objeto social da associação<sup>23</sup>. Essa modalidade de defesa de interesses individuais justifica-se, notadamente, nos casos em que a atuação de uma única pessoa seja impossível, difícil ou inconveniente por razões econômicas, sociais ou outras. Um exemplo desse tipo de representação: a associação de pais e alunos de uma determinada escola postula a invalidação de aumento das mensalidades escolares que considera abusivo<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, houve precedentes entendendo que a autorização deveria ser específica, tendo por objeto a representação dos associados no caso concreto que se queria levar a juízo (*DJU* de 9 mar. 1992, MS 1043-DE, Rel. Min. Garcia Vieira). Todavia, acabou por se consolidar entendimento diverso, no sentido de que basta uma autorização genérica, constante do estatuto da pessoa jurídica ou da lei instituidora da entidade. Nesse sentido, v., exemplificativamente, *DJU* de 16 nov. 2004, REsp 506692-RS, Rel. Min. Francisco Falcão: “A associação, entidade de classe ou entidade sindical, regularmente constituídas e em funcionamento, podem propor ação coletiva destinada à defesa dos direitos e interesses das categorias que representam, independentemente de autorização especial, bastando a constante no estatuto”.

<sup>23</sup> Não basta que a associação seja apta, em tese, à propositura de ação coletiva. A jurisprudência consolidou o entendimento de que o interesse a ser tutelado em cada caso concreto deve guardar relação com as finalidades institucionais da entidade, para que essa seja parte legítima. As associações não se transformam, portanto, em procuradores indiscriminados dos seus filiados para a defesa de interesses particulares. Não poderiam, por exemplo, propor ação de despejo por um dos seus associados, em relação a imóvel de sua propriedade. Nesse sentido, v., exemplificativamente, a seguinte decisão: STJ, *DJU* de 3 nov. 1999, REsp 165484-RS, Rel. Min. Ari Pargendler: “A associação que tenha entre suas finalidades institucionais a defesa do consumidor está legitimada a propor ações coletivas que visem à tutela judicial de seus propósitos”.

<sup>24</sup> Nesse sentido, v. STJ, *DJU* de 25 out. 2003, REsp 132906-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Outros exemplos: 1) legitimidade de associação de moradores para: a) contestar decreto municipal que alterou o itinerário de linhas de ônibus, supostamente em prejuízo dos moradores (STJ, *DJU* de 17 fev. 1997, RMS 7272-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler); b) defesa do meio ambiente local (STJ, *DJU* de 10 mar. 2003, p. 150, REsp

Uma segunda via de defesa coletiva de direitos individuais é o mandado de segurança coletivo, criado pela Constituição de 1988. O mandado de segurança, de natureza individual, já existia no direito brasileiro desde 1934, consistindo em uma ação civil de rito sumário destinada a proteger direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública<sup>25</sup>. O mandado de segurança *coletivo* distingue-se do tradicional apenas no que diz respeito à legitimação ativa para propô-lo. De fato, em relação a ele se prevê a possibilidade de organização sindical, entidade de classe, associação existente há mais de um ano e partidos políticos atuarem na defesa dos interesses de seus membros ou associados. Confira-se a redação do art. 5º, LXX:

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

---

332.879-SP, Rel. Min. Eliana Calmon); 2) legitimidade de fundação que presta assistência social a comunidade de pescadores para obstar construção de fábrica que degradaria a natureza no local, inviabilizando a pesca (STJ, *DJU* de 22 nov. 1999, AR 497-BA, Rel. Min. Garcia Vieira); 3) legitimidade de associação de defesa do consumidor para: a) contestar aumentos na mensalidade de planos de saúde (STJ, *DJU* de 2 out. 2004, REsp 171373-SP, Rel. Min. Barros Monteiro); b) postular a declaração de nulidade de contrato celebrado entre o Poder Público (Município) e empresa concessionária de serviço público pela inexistência de cláusula que permitisse o controle das tarifas que seriam cobradas dos usuários (STJ, *DJU* de 4 abr. 2005, REsp 626019-SC, Rel. Min. Francisco Falcão); c) exigir de bancos valores pagos a menor a titulares de cadernetas de poupança, por conta da incidência de índices incorretos de correção monetária (STJ, *DJU* de 23 out. 2004, AgRg no REsp 651038-PR, Rel. Min. Nancy Andri ghi).

<sup>25</sup> Constituição Federal, art. 5º, LXIX: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A expressão “direito líquido e certo” é tradicional na doutrina e na legislação brasileira, servindo para designar o direito que pode ser verificado de plano, independentemente da necessidade de produção de provas, por já se encontrar ela pré-constituída ou por versar a disputa questão puramente de direito.

Consoante doutrina dominante e jurisprudência pacífica, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a situação aqui é de *substituição processual*<sup>26</sup>, e não de representação. O sindicato, a entidade de classe ou associação<sup>27</sup> atuam em nome próprio, ainda que na promoção de direitos de terceiros. Por essa razão não é necessária a manifestação prévia e expressa dos membros ou filiados, uma vez que a autorização para agir decorre diretamente do texto normativo. Sobre os efeitos subjetivos da decisão nessa hipótese, aplicam-se as mesmas regras da ação civil pública, que serão estudadas mais adiante.

#### 4 A ação civil pública do direito brasileiro<sup>28</sup>

O principal instrumento de defesa coletiva de direitos no ordenamento jurídico brasileiro é a ação civil pública, também referida como ação coletiva, criada pela Lei n. 7.347/1985 e complementada pela Lei n. 8.078/1990, ambas já referidas. Ao longo dos anos, por disposição normativa expressa ou por construção jurisprudencial

---

<sup>26</sup> Como regra, o ordenamento jurídico confere legitimidade processual aos titulares da relação jurídica material litigiosa, naturais detentores do interesse em agir. Excepcionalmente, a lei pode atribuir legitimidade a pessoa estranha à relação jurídica controvertida, mas a ela ligada por interesse juridicamente relevante. Trata-se da chamada legitimação extraordinária ou substituição processual. Ao contrário do representante, o substituto ostenta a condição de parte na demanda, atuando de forma autônoma e em nome próprio, inclusive para o efeito de suportar os ônus processuais decorrentes de condenação ou da imposição de penalidades, como as decorrentes de litigância de má-fé. Por outro lado, é da essência da substituição processual a possibilidade de modificação da situação jurídico-material, afetando, favorável ou desfavoravelmente, a posição jurídica do substituído. Por isso mesmo o legislador deve ser parcimonioso no momento de estabelecer hipóteses de legitimação extraordinária, geralmente justificadas quando se presume que o substituto terá condições de defender o interesse de forma mais adequada do que o substituído. Sobre o tema no direito brasileiro, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 308-310.

<sup>27</sup> A atuação dos partidos políticos envolve complexidades maiores e alguma indefinição doutrinária e jurisprudencial, que não serão investigadas aqui.

<sup>28</sup> Parte da doutrina brasileira estabelece uma distinção entre as expressões *ação coletiva* e *ação civil pública*. A primeira identificaria o gênero, ao passo que o termo ação civil pública deveria ser reservado para os casos de ação coletiva movida pelo Ministério Público (nesse sentido, e.g., MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 51-52). A distinção não consta da Lei da Ação Civil Pública, mas foi seguida no Código de Defesa do Consumidor. Fica apenas o registro, com a ressalva de que, na prática, a discussão é meramente terminológica, uma vez que o procedimento a ser seguido é praticamente o mesmo em ambas as hipóteses.

dencial, tem ela se prestado à tutela de bens jurídicos como o meio-ambiente, o direito dos consumidores, o patrimônio público, os bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem urbanística, a moralidade administrativa, a economia popular, entre outros<sup>29</sup>. Do ponto de vista processual, a legislação aplicável à ação civil pública dá tratamento uniforme à proteção dos direitos difusos e coletivos, mas institui regime jurídico próprio para a defesa de direitos individuais homogêneos.

É interessante observar que, na experiência brasileira, a proteção dos direitos difusos e coletivos gerou, ao longo dos anos, um volume de ações bastante mais significativo que o de demandas voltadas à promoção dos direitos individuais homogêneos. É possível especular diferentes razões para esse fenômeno. Uma delas, certamente, é a atuação do Ministério Público, que figura como principal protagonista das ações civis públicas no direito brasileiro e cuja legitimação para agir recai, sobretudo, sobre aquelas espécies de direitos<sup>30</sup>. O Ministério Público pode, igualmente, instaurar inquérito civil público, anteriormente à propositura da ação, para colher informações e provas<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Outros exemplos: (I) a Lei n. 7.913, de 7.12.1989, autoriza o Ministério Público a propor ação civil pública por danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado por operações fraudulentas e similares, sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado (a condenação deve reverter para os investidores lesados, na proporção de seu prejuízo); (II) a Lei n. 8.069, de 13.7.1990 (ECA), prevê a utilização da ação civil pública para proteção dos direitos relacionados à infância e adolescência; e (III) a Lei n. 8.884, de 11.6.1994 (CADE), autoriza que os prejudicados, por si ou por seus legitimados previstos no art. 82 do CDC, ingressem em juízo para obter a cessação de infrações à ordem econômica e a indenização respectiva. Observe-se que o primeiro e o terceiro itens acima são exemplos típicos de direitos individuais homogêneos.

<sup>30</sup> De acordo com levantamento feito por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em seu *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública* (Rio de Janeiro: Forense, 1999), mais de 60% (sessenta por cento) das ações civis públicas propostas no Rio de Janeiro no período entre 1987 e 1996 tiveram como autor o Ministério Público. Embora não se tenha tido acesso a dados mais recentes, nada sugere que essa tendência tenha sido alterada.

<sup>31</sup> Tanto a Constituição como a legislação específica prevêm a possibilidade de o Ministério Público conduzir um procedimento de investigação prévio, ainda na esfera administrativa, denominado *inquérito civil*. Tal procedimento administrativo destina-se a colher elementos para eventual propositura de ação civil pública, quando isso seja necessário. Na condução do inquérito civil, o Ministério Público dispõe de amplos poderes

Nada obstante isso, em razão da finalidade do presente estudo, os parágrafos seguintes darão maior ênfase ao modo como o direito brasileiro disciplina a ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos, por ser essa a hipótese mais próxima da *class action for damages* do direito norte-americano. De maneira objetiva, serão comentados alguns aspectos do procedimento previsto e três das questões centrais de qualquer discussão envolvendo as ações de classe: a legitimação ativa, o devido processo legal (ampla defesa e contraditório) e os efeitos da coisa julgada.

#### 4.1 A legitimação ativa nas ações coletivas

A legislação brasileira deu tratamento uniforme à legitimação ativa para a propositura de ação coletiva, independentemente de estarem em jogo direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Cumpre assinalar, de início, a opção de não se reconhecer a possibilidade de atuação de pessoas físicas na defesa de tais direitos. A decisão política do legislador brasileiro foi no sentido de atribuir a legitimação ativa a pessoas jurídicas, públicas e privadas, ou a órgãos públicos dotados de autonomia, a saber: (I) o Ministério Público, (II) as associações constituídas há mais de um ano e cujo objeto tenha pertinência com o direito tutelado e (III) entidades e órgãos da Administração Pública, incluídos a União, os Estados e os Municípios<sup>32</sup>.

---

instrutórios, podendo ouvir testemunhas, requisitar documentos e informações de autoridades públicas e de particulares, solicitar a realização de perícias, entre outras medidas. A legislação admite, igualmente, a celebração de um acordo (transação), denominado de Termo de Ajustamento de Conduta, pelo qual a parte à qual se imputa o comportamento irregular se compromete a proceder na forma avençada.

<sup>32</sup>V. Lei n. 7.347, de 1985, art. 5º, e Lei n. 8.078, de 1990, art. 82, onde se lê: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – O Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear”. O § 1º do mesmo art. 82 permite a dispensa pelo juiz do requisito da pré-constituição, no caso de defesa dos direitos individuais homogêneos, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

A fórmula adotada, consoante manifestação expressa de juristas que participaram da elaboração dos projetos de leis relevantes, visou a impedir desvios que poderiam advir da legitimação individual<sup>33</sup>. De parte disso, evitou-se conferir ao juiz da causa competência para exercer o controle sobre a *representatividade adequada* do autor da ação. Criou-se, como se percebe, um sistema baseado na presunção de que determinadas entidades e instituições teriam essa capacidade, embora tal presunção possa eventualmente ser afastada no exame do caso concreto<sup>34</sup>. Note-se que o Ministério Público, instituição responsável pelo ajuizamento da grande maioria de ações civis públicas em matéria de direitos difusos e coletivos, tem sua atuação limitada quando se trata de direitos individuais homogêneos<sup>35</sup>, somente tendo legitimação para agir quando (I) os direitos em disputa são indisponíveis<sup>36</sup> ou (II) há interesse social relevante envolvido<sup>37</sup> ou (III) relevância social na tutela coletiva<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Conforme mencionado anteriormente, no direito brasileiro existe, de longa data, a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão e que também se presta, em alguma medida, à tutela de interesses difusos e coletivos. Ao longo dos anos, tal remédio foi utilizado, muitas vezes, como instrumento de pressão política e até de vingança pessoal. Igualmente, procurou-se evitar desvios que marcaram a trajetória da *class action* norte-americana, consoante preocupação manifestada pela professora Ada Pellegrini Grinover: “Nos Estados Unidos, onde as *class actions* têm longa tradição, há opiniões favoráveis (*one of the most socially useful remedies in history*) e também negativas (*legalized blackmail*), e não são poucos os que manifestam preocupação a respeito de sua correta utilização de modo a não transformá-las em instrumento de proveito egoístico de quem as propõe, em vez de fazê-las cumprir objetivos sociais a que se vocacionam”. V. GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do projeto, 1999, p. 733.

<sup>34</sup> No caso das associações, por exemplo, exige-se que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico (Lei n. 7.347/1985, art. 5º).

<sup>35</sup> Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 229-231.

<sup>36</sup> Como, por exemplo, em questões envolvendo direitos trabalhistas ou a proteção de menores, domínios que, embora privados, são freqüentemente regidos por normas de ordem pública e interesses que transcendem aos das partes envolvidas.

<sup>37</sup> Como, por exemplo, saúde, educação e segurança, entre outros. Por tal fundamento têm sido admitidas ações ajuizadas pelo Ministério Público em questões como a reparação por danos causados à saúde de trabalhadores submetidos a condições insalubres, a decla

#### 4.2 O procedimento da ação coletiva – o devido processo legal

A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos foi prevista pelo legislador como um procedimento em duas etapas. Na primeira etapa, os entes dotados de legitimidade ativa poderão propor, em nome próprio e no interesse das pessoas afetadas (ou de seus sucessores), ação de responsabilidade pelos danos sofridos. No caso de acolhimento do pedido, o juiz proferirá uma sentença condenatória de caráter *genérico*, fixando a responsabilidade do réu pelos danos que tenha causado<sup>39</sup>.

Após o trânsito em julgado dessa decisão, terá início a segunda etapa, consistente na liquidação e na execução da sentença condenatória. Nessa fase, cada vítima (ou seus sucessores) deverá provar, em processo individual, o dano sofrido e o nexo de causalidade, procedendo-se à quantificação da reparação<sup>40</sup>. A liquidação e a execução poderão se desenrolar no foro do domicílio do autor individual, mesmo que seja diverso daquele em que tramitou o processo original no qual se produziu a decisão genérica<sup>41</sup>.

A lei admite que se promova a liquidação e a execução da sentença de modo coletivo, em favor das vítimas ou de seus sucessores, o que se pode justificar, sobretudo, no caso de dificuldades eco-

---

ração de nulidade de cláusulas abusivas na aquisição de imóveis financiados por instituições financeiras ou o reajuste excessivo de prestações de planos de saúde.

<sup>38</sup> Como, por exemplo, as situações em que o proveito individual é insuficiente para motivar partes privadas a ajuizarem a ação, mas a lesão ao interesse coletivo é significativa. É o que ocorre no caso do produtor de leite que adiciona água ao produto, causando pequena lesão ao direito individual, mas lucrando indevidamente com um dano causado à coletividade.

<sup>39</sup> V. Lei n. 8.078/1990, arts. 91 e 95, a seguir transcritos: “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”; “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

<sup>40</sup> V. Lei n. 8.078/1990: “Art. 97. A liquidação e a execução da sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

<sup>41</sup> Assim se tem entendido, com base nas regras gerais do processo civil, apesar de ter havido veto presidencial ao dispositivo da Lei n. 8.078/1990, que explicitava tal possibilidade. V. GRINOVER. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 789.

nômicas ou sociais dos beneficiários da decisão<sup>42</sup>. Hipótese diversa e interessante é a que permite que as entidades e os órgãos dotados de legitimidade para a ação coletiva possam promover a liquidação e a execução no caso de inércia dos interessados. Por vezes, a despeito da gravidade do dano coletivo, o benefício individual a ser colhido por cada um é inexpressivo, não havendo motivação por parte das vítimas para receber a sua quota-parte. Nesse caso, o produto da indenização reverterá para um fundo público<sup>43</sup>.

Dois mecanismos no direito brasileiro procuram assegurar o devido processo legal nas ações de classe ou coletivas: 1) a ciência a todos do ajuizamento da ação, de modo a permitir que os interessados possam participar do processo; 2) a exclusão, do raio de efeitos da decisão, de todos aqueles que não foram parte no processo.

Quanto à ciência, a lei exige a publicação de edital na imprensa oficial, comunicando a propositura da ação e facultando o ingresso dos interessados como litisconsortes. A lei incentiva, também, a divulgação do fato pelos meios de comunicação social, a ser feita pelos órgãos de defesa do consumidor<sup>44</sup>. Não se exige, porém, a intimação pessoal de todos os interessados, o que simplifica o procedimento, mas transforma a efetiva ciência dos potenciais interessados em uma relativa ficção.

Em contrapartida, a legislação brasileira dá um tratamento singular aos efeitos subjetivos da coisa julgada, impedindo que eles

---

<sup>42</sup> Além do art. 97 da Lei n. 8.078/1990, transcrito acima, v. também: “Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”. Nessa hipótese, todavia, as vítimas e seus sucessores seriam *representados* pelas entidades e órgãos dotados de legitimação, e não substituídos por eles.

<sup>43</sup> V. Lei n. 8.078/1990: “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

<sup>44</sup> V. Lei n. 8.078/1990: “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.



afetem negativamente quem não tenha sido parte no processo. É o que se verá no tópico seguinte. Note-se que a sentença prolatada na primeira fase da ação coletiva – a que tem natureza genérica – também será publicada na imprensa oficial, facultando-se a todos os interessados, inclusive aos que não tenham sido partes na primeira etapa, a possibilidade de instaurarem o procedimento individual de liquidação e execução.

### 4.3 Os efeitos da coisa julgada

O ordenamento jurídico brasileiro trata de maneira assemelhada os efeitos da decisão nas ações voltadas para a defesa dos direitos difusos e coletivos. E institui um regime diverso em relação às decisões proferidas no âmbito da proteção dos direitos individuais homogêneos.

Relativamente às decisões versando direitos difusos e coletivos, há um primeiro traço comum e digno de nota: se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, qualquer legitimado poderá propor outra ação, valendo-se de nova prova<sup>45</sup>. Quanto aos efeitos subjetivos da coisa julgada, eles se produzirão, no caso de direitos difusos, em relação a todos (*erga omnes*), tendo em vista a indivisibilidade de seu objeto e a pluralidade indeterminada de titulares. Em se tratando de direitos coletivos, os efeitos atingirão apenas os integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam ligados entre si ou com a outra parte por uma relação jurídica base<sup>46</sup>. A possi-

---

<sup>45</sup> Previsão análoga já existia no direito brasileiro desde a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a ação popular. A finalidade de tal comando é impedir que a tutela coletiva de determinado direito fique comprometida pela má atuação processual de um dos legitimados.

<sup>46</sup> Os efeitos da decisão em matéria de direitos difusos e coletivos vêm previstos no art. 103, incisos I e II, da Lei n. 8.078/1990, que têm a seguinte redação: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 [*interesses ou direitos difusos*]; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 [*interesses ou direitos coletivos*]”.

bilidade de simultaneamente tramitarem ação coletiva e ação individual acerca do mesmo objeto mereceu atenção específica do legislador.

De fato, os efeitos da coisa julgada, nas ações coletivas versando direitos difusos ou coletivos, não prejudicarão os direitos individuais eventualmente existentes<sup>47</sup>. Mais que isso, deixa-se claro que sequer haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual, que poderão tramitar ao mesmo tempo, caso o autor individual assim deseje. Nada obstante, não poderá ele beneficiar-se da coisa julgada que se vier a produzir na ação coletiva, caso não opte pela suspensão do seu processo no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva<sup>48</sup>.

A questão dos efeitos das decisões em ações coletivas destinadas à proteção dos direitos individuais homogêneos mereceu atenção especial por parte da doutrina e da legislação. Especialmente pelas dificuldades relacionadas à notificação de todos os potenciais interessados em figurar no pólo ativo da ação, entendeu-se que a decisão desfavorável não deveria afetar quem não foi parte na demanda. A solução adotada, como consequência, foi a da denominada coisa julgada *secundum eventum litis*, pela qual os efeitos subjetivos da decisão se estendem a todos os interessados, se o pedido for acolhido; mas somente aos que figurarem efetivamente no processo, no caso de sua rejeição.

Em suma: nos termos da legislação em vigor, a decisão fará coisa julgada contra todos apenas no caso de procedência do pedido e para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização individual<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Por exemplo: o fato de ser julgada improcedente uma ação civil pública visando ao fechamento de uma fábrica que causava poluição em determinado rio não afetará eventual pretensão individual de pessoa que tenha sido contaminada; ou a improcedência de um pedido para retirada de determinado medicamento do mercado não afetará o direito individual de alguém que tenha sofrido dano em razão de haver consumido tal medicamento.

<sup>48</sup> V. Lei n. 8.078/1990, arts. 103, § 1º, e 104: “Art. 103, § 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I [*direitos difusos*] e II [*direitos coletivos*] não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

<sup>49</sup> V. Lei n. 8.078/1990, art. 103, inciso III e § 2º: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata

Por fim, cabe lembrar a possibilidade de celebração de um acordo ou compromisso, denominado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial, desde que tenha sido homologado pelo juiz competente. Por esse documento, o Ministério Público ou qualquer das entidades e órgãos públicos legitimados a propor a ação firmam um ajuste com a parte à qual se imputa determinado comportamento irregular, obrigando-se esta a adequar sua conduta. Em caso de descumprimento, caberá execução direta, sem necessidade de se instaurar processo de conhecimento.

Nos últimos anos, foram aprovadas algumas leis restritivas da tutela coletiva, limitando os efeitos territoriais da decisão<sup>50</sup>, dificultando sua utilização contra o Poder Público<sup>51</sup> e restringindo seu objeto, impedindo a utilização da via para discutir certas questões, como as que envolvam matéria tributária<sup>52</sup>. Essas alterações foram recebidas em tom severamente crítico pela doutrina. Não será o caso de aprofundar essa discussão nesta instância.

## 5 Alguns aspectos da *class action* norte-americana<sup>53</sup>

No direito norte-americano, a ação de classe dá lugar a um tipo de processo em que uma pessoa ou um grupo limitado de pes-

---

este Código, a sentença fará coisa julgada: [...] III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 [*interesses ou direitos individuais homogêneos*]. [...] § 2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

<sup>50</sup> Lei n. 9.494/1997, que deu nova redação ao art. 16 da Lei n. 7.437/1985.

<sup>51</sup> O art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997 (introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001) passou a exigir, nas ações coletivas propostas por entidade associativa contra a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, a apresentação da ata da assembléia que autorizou a propositura da ação, acompanhada de relação nominal e endereço de todos os associados. Além disso, a mesma lei introduziu restrições à concessão de liminares e medidas antecipatórias da tutela contra o Poder Público.

<sup>52</sup> Medida Provisória n. 2.108-35/2001, que acrescentou um parágrafo único ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985.

<sup>53</sup> Sobre *class action*, na doutrina brasileira, v. CRUZ ETUCCI, José Rogério. “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. In:

soas atua em juízo na qualidade de *representantes* de um grupo maior, uma *classe*, em razão de compartilharem um interesse comum. No plano da jurisdição federal, a matéria é regulada pela Regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*, cuja redação data, no essencial, de 1966<sup>54</sup>. Ali se estabelecem, no art. 23 (a), os pré-requisitos gerais de cabimento de qualquer ação de classe, que são os seguintes:

- 1) *número de pessoas envolvidas*: a classe tem de ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos os seus membros;
- 2) *questões comuns*: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe;
- 3) *teses jurídicas típicas*: os argumentos deduzidos pelos representantes da classe devem corresponder (devem “ser típicos”) aos interesses de toda a classe;
- 4) *representatividade adequada*: os representantes da classe deverão proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe<sup>55</sup>.

As normas federais nos Estados Unidos admitem três modalidades de *class action*, para as quais são estabelecidos requisitos espe-

---

MILARÉ, Edis (Coord.), *Ação civil pública*: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. As ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, v. 5, n. 18, p. 141, 2002; BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996. Na literatura jurídica norte-americana, v. FRIEDENTHAL, J. H.; KANE, M. K.; MILLER, A. R. *Civil procedure*. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1993; JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 4. ed.. Boston: Little, Brown and Company, 1992; CRUMP, David; DORSANEO III, William V.; CHASE, Oscar; PERSCHBACHER, Rex. *Cases and material on civil procedure*. New York: Matthew Bender & Co., 1998.

<sup>54</sup> Os itens *c, e, g e h* da Rule 23 foram recentemente alterados pela Suprema Corte, em 27 de março de 2003, após deliberação da *Judicial Conference of The United States*. Trata-se do exercício de atribuição deferida pelo Congresso.

<sup>55</sup> Federal Rules of Civil Procedure, rule 23 (a): “Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

cíficos diversos. O primeiro tipo de ação de classe, previsto na Regra 23 (b) (1), é para as hipóteses em que a propositura de ações individuais poderia criar o risco de: a) decisões contraditórias; ou (b) afetar/prejudicar os interesses de outros membros da classe<sup>56</sup>. Trata-se de figura próxima à do litisconsórcio unitário do direito brasileiro<sup>57</sup>. Característica desse tipo de situação é a impossibilidade de algum interessado pretender ficar excluído dos efeitos da decisão. Na expressão em inglês, os membros da classe não podem proceder ao *opt out*.

O segundo tipo de ação de classe, previsto na Regra 23 (b) (2), é aplicável a situações em que alguém age de maneira inadequada em relação à classe – ou deixa de agir –, fazendo nascer uma pretensão consistente em obrigação de fazer ou não fazer<sup>58</sup>. Ilustração típica dessa hipótese, no direito norte-americano, são os casos relacionados com os *civil rights*, em que uma classe – negros, mulheres, imigrantes – alega discriminação por parte, por exemplo, de seu empregador. A decisão judicial será uma *injunction* ou um *declaratory relief* – vale dizer, a proibição ou a imposição de determinada conduta –, não se prestando esse tipo de ação de classe a pedido de indenização. Também aqui não é possível a um membro da classe eximir-se dos efeitos do julgado (*opt out*).

O terceiro tipo de ação de classe norte-americano, regulado pela Regra 23 (b) (3), é o mais comum, conhecido como *class action*

---

<sup>56</sup> Federal Rules of Civil Procedure, rule 23 (b) (1): “b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; [...]”.

<sup>57</sup> O termo litisconsórcio unitário – que se opõe ao chamado litisconsórcio simples – identifica a hipótese em que existe a obrigatoriedade de uma mesma decisão para todos os litisconsortes. Sobre o assunto, v. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, especialmente p. 11-13.

<sup>58</sup> Federal Rules of Civil Procedure, rule 23 (b) (2): “2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; [...]”.

for damages. A ela se dedica a parte final deste tópico. Os requisitos específicos de admissibilidade nessa hipótese são dois:

- 1) *predominância das questões comuns*: as questões de direito ou de fato comuns a todos os membros deverão predominar sobre as questões que afetam os membros apenas individualmente;
- 2) *superioridade da tutela por ação de classe*: a ação de classe é mais adequada que outros mecanismos disponíveis para o julgamento justo e eficiente da controvérsia<sup>59</sup>.

Essa modalidade de *class action* é freqüentemente empregada no caso de conduta inadequada de instituições financeiras e corretoras no mercado de capitais (*securities fraud*) e também de comportamentos abusivos ou anticompetitivos por parte de empresas, causando lesão a consumidores (*antitrust cases*). Nos casos de litígio de massa (*mass torts*)<sup>60</sup>, a ação tem sido admitida em algumas situações<sup>61</sup>, embora a jurisprudência venha sendo bastante restritiva<sup>62</sup>. A seguir, comentários sobre alguns dos seus aspectos principais.

---

<sup>59</sup> A Regra 23 (b) (3) procura fornecer parâmetros de avaliação a serem considerados pelo juiz para admissibilidade da *class action* nessa hipótese. Confira-se a íntegra do dispositivo: “(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action”.

<sup>60</sup> A expressão *mass torts* refere-se a dois tipos de situação: (I) a de um *acidente* (“single accident cases”), do qual resultem inúmeras vítimas, como a queda de um avião ou a explosão de uma fábrica de produtos tóxicos (como ocorreu em Bhopal, na Índia); e (II) a de *responsabilidade por fato do produto* (“product liability”), como no caso de um medicamento que cause lesão grave nos pacientes ou da contaminação por exposição ao amianto.

<sup>61</sup> A ação de classe foi admitida no caso de danos causados pela contaminação da água por resíduos tóxicos despejados por indústria química. A classe tinha 128 membros e foi representada por cinco autores. A corte reconheceu a responsabilidade e fixou os danos devidos a esses cinco. Quanto aos demais integrantes da classe, cada um deles instaurou o seu próprio processo (“mini-trials”), no qual deveria provar o seu dano específico. *Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*, 855 F.2d. 1188 (6<sup>th</sup> Cir. 1988).

No tocante à legitimação ativa ou *representatividade adequada*, caberá ao juiz da causa, tão logo seja possível após o início da ação, determinar se a classe deve ser mantida, isto é, se o processo deve prosseguir como *class action*. Esse momento processual decisivo é denominado *certificação* da classe (*class certification*). Se o juiz negar a certificação, não haverá ação de classe, embora seja possível a continuação do processo apenas pelos “representantes”, mas já então a título individual.

Quanto aos aspectos do procedimento e do devido processo legal, cabe registrar, em primeiro lugar, o mecanismo pelo qual será dada ciência aos membros da classe sobre o ajuizamento da ação. De acordo com manifestação expressa da Suprema Corte, a notificação deverá ser feita individualmente a todos os interessados e pelo correio, às expensas dos autores da ação<sup>63</sup>. Desnecessário enfatizar as dificuldades práticas daí resultantes. A notificação deverá informar aos interessados terem eles direito a requerer sua exclusão da ação. Em caso de acordo (*settlement*), exige-se prévia aprovação da corte, para que seja verificado se os interesses dos membros da classe que não figuram no processo foram adequadamente protegidos<sup>64</sup>.

A decisão proferida na *class action* irá afetar todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha requerido expressamente sua exclusão. Relembre-se que uma

---

<sup>62</sup> Uma *class action* proposta por hemofílicos que contraíram Aids em transfusões de sangue não foi admitida, nem mesmo para o fim limitado de reconhecer a negligência de hospitais e produtores de derivados de sangue no controle do sangue utilizado. V. *In the matter of Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293 (7<sup>th</sup> Cir. 1995). Em outra *class action* ajuizada no interesse de vítimas da exposição ao amianto, a classe foi certificada para fins de acordo apenas. Nesse caso, em apenas um dia, foi ajuizada a ação, apresentada defesa e firmado acordo entre as partes, aprovado pela corte federal. A Suprema Corte, todavia, anulou a certificação da classe, sob os argumentos de que não havia predominância das questões comuns e que a representação era inadequada. Embora não tenha sido esse um dos fundamentos da decisão, a Suprema Corte observou, igualmente, que havia problemas relativos à impossibilidade de dar notícia da ação a todos os possíveis membros da classe. V. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 117 S.Ct. 2231 (1997).

<sup>63</sup> V. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 117 S.Ct. 2231 (1997).

<sup>64</sup> Regra 23 (c). Há preocupação de que os réus não estejam “comprando” sua tranqüilidade, mediante pagamento de honorários de êxito aos advogados, em detrimento dos interesses da classe. V. EMANUEL, Steven L. *Civil procedure*. New York: Emanuel Pub. Corp., 1999, p. 339.

das características dessa terceira modalidade de ação de classe é, precisamente, o direito de *opt out*.

Em fevereiro de 2005, foi aprovada lei federal denominada *Class Action Fairness Act of 2005*, com o propósito declarado de coibir abusos no emprego das ações de classe<sup>65</sup>. A lei, de caráter claramente restritivo, institui regras de limitação ao recebimento de honorários em determinados tipos de acordo (*coupon settlements*)<sup>66</sup>, de proteção contra perdas pelos membros da classe<sup>67</sup> e de proteção contra discriminação dos membros da classe em razão do Estado de seu domicílio<sup>68</sup>, além de impor exigência de notificação a autoridades estaduais e federais de qualquer acordo proposto<sup>69</sup>. Ademais, a lei amplia a competência das cortes federais na matéria.

## 6 Conclusão: distinções essenciais entre os dois sistemas

Ao fim desta exposição constata-se que a ação civil pública brasileira e a *class action* norte-americana deram soluções diversas para três questões fundamentais relacionadas à proteção coletiva dos direitos.

- 1) Quanto à legitimação para agir:
  - a) A ação civil pública pode ser proposta por órgãos públicos – com destaque para o Ministério Público –, por pessoas jurídicas de direito público – como a União, os Estados e os Municípios – e por pessoas privadas – como as associações de defesa do consumidor ou de proteção do meio ambiente.
  - b) A *class action* pode ser proposta por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos aos quais se reconheça representatividade adequada.

No caso brasileiro, portanto, a ação não pode ser proposta por pessoas físicas e, como regra geral, presume-se a representatividade adequada de determinadas pessoas ou órgãos. No caso norte-ame-

---

<sup>65</sup> *Public Law 109-2* [S. 5], Feb. 18, 2005.

<sup>66</sup> *Section 1712*.

<sup>67</sup> *Section 1713*.

<sup>68</sup> *Section 1714*.

<sup>69</sup> *Section 1715*.



ricano, a ação será normalmente proposta por pessoas físicas e cabe ao juiz da causa decidir acerca da representatividade adequada dos autores, certificando ou não a classe.

2) Quanto ao procedimento e ao devido processo legal:

- a) A ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos tem seu procedimento dividido em duas etapas: na primeira, postula-se uma decisão de caráter genérico, que fixe a responsabilidade do réu pelos danos causados; na segunda, cada vítima (ou seus sucessores) individualmente promoverá a quantificação e execução de seus danos. A notificação de todos os interessados se faz por publicação na imprensa oficial e a decisão não afetará negativamente quem não tenha sido parte no processo.
- b) A *class action* exige a notificação de todos os interessados e, ao menos no caso de *damages*, tal notificação deverá ser individual e pelo correio. A decisão proferida na *class action* irá afetar todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha requerido expressamente sua exclusão (*opt out*).

O sistema norte-americano de notificação é mais complexo e oneroso e o direito de exclusão precisa ser exercido expressamente. No Brasil, quem não tenha participado do processo não poderá sofrer prejuízo.

3) Quanto aos efeitos da decisão:

- a) No sistema brasileiro, a decisão proferida na ação civil pública produzirá os seguintes efeitos: (I) no caso de direitos difusos, em relação a todos; (II) no caso de direitos coletivos, em relação a todos os membros da classe; (III) no caso de direitos individuais homogêneos, em relação a todas as vítimas (e seus sucessores), se o julgado for favorável, e sem afetá-los, se for desfavorável. A regra no direito brasileiro é a de que a ação coletiva não deve afetar negativamente os direitos individuais de quem não foi parte.
- b) No sistema norte-americano, a decisão proferida na *class action* irá repercutir sobre todos os membros da classe,

seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha exercido o direito de exclusão.

No direito brasileiro compensa-se a não-exigência de notificação individual a todos os interessados com a limitação dos efeitos da sentença: ela somente servirá para beneficiar, nunca para prejudicar quem não tenha sido parte no processo.

Tanto no Brasil como nos Estados Unidos, embora por motivações diferentes, a legislação nos últimos anos tem exibido uma tendência restritiva do uso das ações coletivas. No caso americano, ao que se noticia, como uma reação conservadora e sob a alegação de que os grandes beneficiários do sistema seriam os advogados. No caso brasileiro, como uma reação do Poder Público, que em múltiplas situações é réu nesse tipo de ação. Sem embargo das idas e vindas, dos avanços e dos recuos, a experiência da ação civil pública do direito brasileiro ao longo dos últimos vinte anos constitui uma história de sucesso.

## Referências

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

———. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRUMP, David; DORSANEO III, William V.; CHASE, Oscar; PERSCHBACHER, Rex. *Cases and material on civil procedure*. New York: Matthew Bender & Co., 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

DIZ, Nelson Nascimento. Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais. *Revista Forense*, v. 350, p. 113.

EMANUEL, Steven L. *Civil procedure*. New York: Emanuel Pub. Corp., 1999.

FRIEDENTHAL, J. H.; KANE, M. K.; MILLER, A. R. *Civil procedure*. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

———. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

HANKS, Eva H.; HERZ, Michael E.; NEMERSON, Steven S. *Elements of law*. Cincinnati: Anderson, 1994.

Harris, Jim. Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess. 10 *OJLS* 140, 1990.

JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 4. ed.. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MILARÉ. Édis. *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

———. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: ————. *Temas de direito processual civil – 1ª série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

———. A proteção jurídica dos interesses coletivos (aula inaugural na UERJ em 1980). In: ————. *Temas de direito processual – 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

———. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: ————. *Temas de direito processual – 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

———. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: ————. *Temas de direito processual – 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

———. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

PATERSON, Alan. *The law lords*. Toronto: University of Toronto Press, 1982.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. As ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, v. 5, n. 18, 2002.

RORIVE, Isabelle. La rupture de la House of Lords avec un strict principe du stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000.

WATANABE, Kazuo; NERY Júnior, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

# Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais



# Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário

Paulo Gustavo Guedes Fontes\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A questão da separação das funções de acusação, instrução e julgamento. 3 A questão da imparcialidade. 4 A exegese do art. 144 da Constituição. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

A questão do “poder investigatório do Ministério Público”, como se convencionou denominá-la, continua pendente de julgamento definitivo pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. O tema é de grande importância para o sistema penal brasileiro e coloca em jogo a validade de centenas de investigações e processos em curso. Apesar disso, nem sempre tem sido tratado com o necessário rigor metodológico, olvidando-se inclusive a comparação com os ordenamentos jurídicos estrangeiros.

No presente artigo – que reúne considerações que fizemos em escritos anteriores – buscamos sistematizar o debate, fixando as principais teses contrárias à investigação pelo Ministério Público, cujos fundamentos nem sempre são explícitos. Discutiremos, assim, o problema da separação das funções de acusação, instrução e julgamento, inclusive na perspectiva do direito comparado (*item 2*), a questão da imparcialidade do Ministério Público (*item 3*) e a interpretação do art. 144 da Constituição Federal (*item 4*). A conclusão virá no *item 5*, com algumas considerações de ordem diversa.

## 2 A questão da separação das funções de acusação, instrução e julgamento

Num nível mais profundo, a polêmica em tela remete a uma

---

\* Paulo Gustavo Guedes Fontes é Procurador da República. Mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse, França.

analogia equivocada entre o processo penal brasileiro e o sistema do juizado de instrução vigente em muitos países europeus. Foi o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, de Napoleão Bonaparte, que fez escola tanto quanto o seu Código Civil, que estabeleceu a separação estrita das funções de *acusação, instrução e julgamento*. Com base nesse princípio, o sistema clássico do juizado de instrução funciona da seguinte maneira: cabe ao membro do Ministério Público acusar, isto é, manifestar perante o juiz de instrução o intuito de punir determinada pessoa, tipificando a sua conduta; o juiz de instrução procederá então à “instrução” dos fatos, investigação em que poderá ouvir pessoas, determinar busca e apreensão, interceptação telefônica e a prisão preventiva do investigado; convencido da existência do crime e de sua autoria, o juiz de instrução remeterá o feito a uma composição de julgamento, isto é, não decidirá o caso ele próprio. O sistema do juizado de instrução inspira-se no princípio liberal da repartição de poderes, dos *checks and balances*. O procurador detém com exclusividade o poder de acusar, mas não possui os poderes de instrução confiados ao juiz; esse, que detém poderes consideráveis na instrução do feito, não pode iniciar de ofício a instrução e somente investiga no âmbito da tipificação conferida pelo *Parquet*; por fim, o juiz de instrução não julga o caso por ele investigado, como forma de garantir a imparcialidade do julgamento.

No Brasil, observa-se muitas vezes uma assimilação do nosso sistema com o juizado de instrução, substituindo-se, contudo, na equação desse, o juiz de instrução pela Polícia Judiciária. Essa assimilação se traduziria na comum assertiva: *a Polícia investiga, o Ministério Público acusa e o juiz julga*. “Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento” (STJ, RHC 4.769-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, 7.11.1995).

A equiparação é, como dito, indevida. No juizado de instrução, a separação se dá entre as funções de acusação e instrução, entre as funções do Ministério Público e do juiz de instrução. A instrução realizada pelo juiz é algo totalmente diverso, em sua essência, da investigação pré-processual que é objeto da polêmica no Brasil. O juiz de instrução dispõe de poderes efetivamente jurisdicionais, podendo determinar busca e apreensão, interceptação telefônica, prisão



preventiva. Daí por que tais medidas, adentrando na esfera da liberdade e da intimidade do indivíduo, são vedadas, na ótica do processo acusatório, ao órgão acusador.

A investigação realizada no Brasil pela Polícia Judiciária, e por vezes pelos órgãos do Ministério Público, distingue-se nitidamente da referida instrução. Constitui-se de oitivas, coleta de informações e documentos, realização de perícias, sendo fora de dúvida que toda medida mais grave deve ser solicitada ao Poder Judiciário. Dessa forma, a *ratio juris* que, no juizado de instrução, veda ao Ministério Público a realização de atos de instrução, não se repete em relação à investigação de natureza policial no nosso país.

O princípio europeu da separação das funções de acusação, instrução e julgamento alcança, do ponto de vista orgânico ou subjetivo, as figuras do membro do Ministério Público, do juiz de instrução e do juiz ou juízes que irão efetivamente julgar a causa, condenando ou absolvendo o réu. Não inclui em sua formulação a Polícia Judiciária, cujas funções não são exclusivas, notadamente em face do Ministério Público, que investiga por conta própria ou dirige as atividades da Polícia. A barreira jurídica erguida entre o Ministério Público e os atos do juiz de instrução não se verifica com relação às investigações meramente policiais. Prova disso são os laços orgânicos que em muitos países existem entre as duas instituições, como na França, onde a Polícia Judiciária está subordinada ao Ministério Público, que dirige todas as investigações em que não seja necessária a intervenção do *juge d'instruction*, levando os seus resultados diretamente aos órgãos de julgamento<sup>1 e 2</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 12 do *Code de Procédure Pénale*: “La police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la République”. Art. 41: “Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions pénales”.

<sup>2</sup> Na Espanha, o art. 126 da Constituição prevê que a Polícia Judiciária depende dos juízes, dos Tribunais e do Ministério Público no desempenho das funções de averiguação do delito, descoberta e detenção do delinqüente. Em Portugal, o art. 263 do Código de Processo Penal estabelece que o Ministério Público está encarregado de levar a cabo a fase pré-processual, contando com a assistência da polícia judiciária, que atua sob seu mando direto e dependência funcional (art. 56 do CPPp). Ver LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

### 3 A questão da imparcialidade

Outro óbice apontado às investigações realizadas pelo Ministério Público é o da imparcialidade. Na perspectiva contrária à investigação, podem-se distinguir duas formas, até contraditórias, de tratar o problema.

Um primeiro argumento assevera que o Ministério Público deve guardar no processo penal postura de imparcialidade, não podendo, a fim de não comprometê-la, participar diretamente das investigações preliminares ou realizá-las. O Ministério Público, aqui, por conta dessa imparcialidade, exerceria também o controle das atividades desenvolvidas pela Polícia Judiciária.

RHC – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – MAGISTRADO – MINISTÉRIO PÚBLICO – O magistrado e o membro do Ministério Público se houverem participado da investigação probatória não podem atuar no processo. Reclama-se isenção de ânimo de ambos. Restaram comprometidas (sentido jurídico). Daí a possibilidade de arguição de impedimento, ou suspeição (STJ, RHC 4.769-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, 7.11.1995).

Essa tese veio a ser finalmente rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, que adotou, em 13 de dezembro de 1999, a Súmula n. 234: *A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia*. Nada mais fez a Corte do que aplicar entendimento pacífico na doutrina, de que o Ministério Público é parte no processo penal. É o juiz quem deve ocupar o ponto equidistante entre a acusação e a defesa, entre o acusado e o Ministério Público. A imparcialidade que se exige do membro do Ministério Público é aquela de cunho pessoal (*impessoalidade*), proibindo que o acusador seja parente do juiz ou das partes, seu amigo íntimo ou inimigo capital etc.; do ponto de vista funcional, a imparcialidade é incompatível com a função do acusador público. É nesse sentido a lição de José Frederico Marques:

[...] não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade

de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado<sup>3</sup>.

Portanto, a posição do Ministério Público no processo penal não fica comprometida pelo fato de seus órgãos participarem da coleta de provas na fase pré-processual, ou mesmo de produzi-las diretamente. Caberá ao juiz dizer da validade e da suficiência desses elementos probatórios.

O segundo argumento referente à (im)parcialidade do membro do Ministério Público reconhece, nisso acertadamente, o papel de parte (*parcial*) que a instituição desempenha no processo penal, mas acena com a possibilidade de que tal parcialidade influencie negativamente as investigações: o membro do *Parquet* somente buscaria provas que servissem à acusação, deixando de pesquisar elementos que pudessem interessar à defesa.

Atribuir ao Ministério Público a prerrogativa de dirigir os atos de polícia judiciária e a apuração das infrações penais seria desastroso por vários motivos, entre os quais podemos distinguir o comprometimento da imparcialidade que é crucial para a investigação. O Ministério Público é parte da relação processual futura, o que, por si só, desaconselha sua participação ativa nos trabalhos investigatórios, sob pena de prejuízos óbvios e incomensuráveis para a defesa<sup>4</sup>.

Os dois argumentos parecem opostos. Para o primeiro, o Ministério Público deve manter-se imparcial no processo, ao menos quanto às provas colhidas pela Polícia Judiciária, daí por que não

---

<sup>3</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. 3, p. 40.

<sup>4</sup> Discurso atribuído a Achilles Benedito de Oliveira, então presidente da Associação dos Delegados de Polícia do Distrito Federal. Apud BERNARDO, Manoel Firmino; SANTANNA, Alonir Jorge. *Perigo do "Quarto Poder"*. Porto Alegre: Sagra-Luzzato, 1994, p. 101.

poderia participar de sua coleta (*MP imparcial e Polícia parcial*)... para a segunda linha de argumentação, o Ministério Público é por natureza parcial no processo e sua parcialidade poderia contaminar as investigações preliminares (*MP parcial e Polícia imparcial!*)...<sup>5</sup>

A fragilidade do segundo argumento reside no fato de creditar à Polícia, em detrimento do Ministério Público, maior possibilidade de realizar uma investigação imparcial. Tanto quanto o Ministério Público, os membros da Polícia estão funcional e psicologicamente comprometidos com a persecução penal. Pela forma prática como intervêm no sistema, protagonizando a luta por vezes de vida ou morte contra a criminalidade e exercendo a força física legal, no dizer de Max Weber, os policiais estariam até menos inclinados a reconhecer e respeitar os direitos dos investigados. As entidades de defesa dos direitos humanos sempre acreditaram no Ministério Público como órgão capaz de conduzir investigações imparciais. Em carta dirigida ao presidente do Supremo Tribunal Federal, em 31 de agosto de 2004, Irene Kahn, secretária-geral da Anistia Internacional, referindo-se a crimes contra os direitos humanos perpetrados por policiais, asseverou que “na condição de órgão independente do Executivo, o Ministério Público é um dos únicos, senão o único, organismo independente capaz de, atualmente, realizar tais investigações no Brasil”<sup>6</sup>.

Por outro lado, a Polícia Judiciária está submetida hierarquicamente ao Executivo, logo, a critérios políticos, e os delegados não

---

<sup>5</sup> O ministro Nelson Jobim parece filiar-se ao segundo argumento. Sua Excelência asseverou, no julgamento da ADI 1570-2/DF: “Sou absolutamente contrário ao processo de instrução, como também às atividades investigatórias do Ministério Público, desde que as mesmas atividades não sejam dadas à defesa [...] o Ministério Público será sempre parcial no sentido de colher prova somente acusatória [...]”

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/29625,1>>. Acesso em: 26 ago. 2005. No mesmo sentido, a relatora especial da ONU para a questão dos grupos de extermínio, Asma Jahangir, em visita oficial ao Brasil, entre 16 de setembro e 8 de outubro de 2003, consignou em seu relatório que os poderes do Ministério Público deveriam ser reforçados no combate a esse tipo de crime. É a recomendação de número 82: “Os órgãos do Ministério Público devem ser fortalecidos [...]. Devem ser providos de equipes de investigadores e ser encorajados a realizar investigações independentes dos casos de grupos de extermínio. Os obstáculos legais a tais investigações devem ser removidos pela legislação futura” [tradução nossa]. Disponível em: <<http://www.conectasur.org/files/ReportExecBrasil.pdf>>.

gozam das mesmas garantias funcionais (*e vedações*) conferidas aos membros do Ministério Público. Quando o constituinte conferiu ao membro do *Parquet* independência funcional similar à dos juizes, não foi apenas para que possa *acusar* livre de pressão, mas também para que possa *deixar de acusar*, se razão jurídica não houver para tal. A independência conferida a procuradores e promotores constitui garantia não só para o Estado, mas para os cidadãos, habilitando-os – do ponto de vista institucional – a agir com mais imparcialidade e ao abrigo de critérios partidários.

O advogado e professor Aury Lopes Jr. aponta os inconvenientes do sistema de investigação preliminar policial:

A eficácia da atuação policial está associada a *grupos diferenciais*, isto é, ela se mostra mais ativa quando atua contra determinados escalões da sociedade (obviamente os inferiores), distribuindo impunidade para a classe mais elevada. Também a subcultura policial possui seus próprios modelos preconcebidos: estereótipo de criminosos potenciais e prováveis; vítimas com maior ou menor verossimilitude; delitos que “podem” ou não ser esclarecidos etc.<sup>7</sup>.

E, adiante:

A polícia está muito mais suscetível de contaminação política (especialmente os mandos e desmandos de quem ocupa o governo) e de sofrer pressão dos meios de comunicação. Isso leva a dois graves inconvenientes: a possibilidade de ser usada como instrumento de perseguição política e as graves injustiças que comete no afã de resolver rapidamente os casos com maior repercussão nos meios de comunicação<sup>8</sup>.

É legítima a preocupação com o direcionamento das investigações, na fase pré-processual, nada indicando, contudo, que aconteça em menor grau nas investigações conduzidas pela Polícia, até porque o inquérito policial não admite o contraditório. Medidas legislativas e regulamentares podem introduzir um mínimo de contradi-

---

<sup>7</sup> LOPES JR., *Sistemas de investigação...*, cit., p. 65-66.

<sup>8</sup> Idem, p. 68.

tório nessa fase, obrigando ainda os condutores da investigação a realizar diligências requeridas pela defesa<sup>9</sup>.

#### 4 A exegese do art. 144 da Constituição

Da mesma forma que não há princípio jurídico que impeça a investigação de crimes diretamente pelos órgãos do Ministério Público, as regras contidas no art. 144 da Constituição, se bem compreendidas, não asseguram às Polícias exclusividade na investigação criminal.

O art. 144, §1º, IV, da Constituição assevera que a Polícia Federal se destina a “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. É desse dispositivo que se tem erroneamente concluído que somente a Polícia poderia realizar investigações de natureza penal, função que estaria vedada aos membros do Ministério Público.

Acontece que, ao falar em “funções de polícia judiciária”, no art. 144, §1º, IV, a Constituição não abrange a apuração de crimes, que vem prevista no inciso I do mesmo artigo, sem a cláusula de exclusividade. Senão, vejamos:

Art. 144. [...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998)

*I – apurar infrações penais* contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

---

<sup>9</sup> A Resolução n. 77, de 14 de setembro de 2004, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, buscou disciplinar as investigações preliminares realizadas pelos membros do Ministério Público Federal. Além de obrigar à formalização do procedimento investigatório criminal, previu, no seu art. 9º, parágrafo único, ao final da investigação, a notificação do investigado para prestar as informações que considerar adequadas, oportunidade em que poderá requerer diligências.

[...]

IV – *exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.*

Vê-se, pois, que a Constituição Federal distinguiu entre a função de apuração de crimes e a função de polícia judiciária. Ao tratar das Polícias Cíveis, no § 4º do mesmo artigo, a distinção é repetida, asseverando-se que lhes incumbem “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”<sup>10</sup>.

Tal compreensão tem reflexos evidentes para o tema em apreço, uma vez que a exclusividade foi mencionada apenas no inciso IV, relativo às funções de polícia judiciária e não no inciso I, que trata da apuração de infrações penais. Do ponto de vista hermenêutico, em face da clara distinção adotada pela Constituição, enfatizada por duas vezes, não se admite embutir a apuração das infrações na função de polícia judiciária, como usualmente se faz, com a consequência de lhe estender a cláusula de exclusividade. Onde a lei distingue, não cabe ao intérprete confundir!

Destacada da apuração de infrações penais, a função de polícia judiciária, ao menos no direito constitucional pátrio, deve ser entendida de forma mais restrita, circunscrita à colaboração das forças policiais com o Poder Judiciário no curso do procedimento penal, abrangendo o cumprimento de mandados de prisão e de busca e apreensão e a realização de perícias e de outras diligências.

Assim, a função de apuração de crimes (art. 144, §1º, I) não foi destinada às Polícias com exclusividade, no mesmo espírito com que a matéria foi sempre tratada no âmbito legislativo. No seu art. 4º, parágrafo único, o Código de Processo Penal estabelece que a competência da Polícia Judiciária “não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”. A tese da exclusividade da Polícia nas investigações, para além de prejudicar o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, teria efeitos nocivos também na atividade de outros órgãos administrativos que se dedi-

---

<sup>10</sup> As idéias desenvolvidas neste tópico foram veiculadas pela primeira vez em mensagem eletrônica que o autor dirigiu à rede nacional dos Procuradores da República, no dia 16 de outubro de 2003.

cam à apuração de ilícitos penais, como os setores próprios da Receita Federal e do Banco Central.

Outro argumento de ordem constitucional contra a exclusividade é o fato de a menção figurar apenas no parágrafo referente à Polícia Federal. Não se repete no § 4º, que trata das Polícias Civis. Ora, se a exclusividade da Polícia nas investigações é, como querem, princípio basilar do processo penal e mesmo garantia dos investigados, por que valeria apenas para a esfera federal, desprestigiando-se, assim, o princípio federativo da simetria das formas?

Não se destinando a afastar das investigações nem o Ministério Público, nem outros órgãos que desempenhem essas funções, a menção à exclusividade, no art. 144, § 1º, IV, tem como único objetivo impedir a atuação das Polícias Civis na esfera federal, intuito confirmado pela ressalva da competência da União existente no § 4º. Nesse sentido, escreveram Lenio Streck e Luciano Feldens:

Logicamente, ao referir-se à “exclusividade” da Polícia Federal para exercer funções “de polícia judiciária da União”, o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual observou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144<sup>11</sup>.

## 5 Conclusão

Vimos não existir separação jurídica ou essencial entre as funções de acusação, desempenhada pelo Ministério Público, e a investigação de natureza policial (*item 2*); ao contrário, em muitos países tais funções estão associadas do ponto de vista orgânico.

A tese da “esquizofrenia” entre Ministério Público e Polícia, entre acusação e investigação, poderá gerar perplexidade. O conceito de investigação é muito fluido, até por não ter maior substrato jurídico. A cognição de fatos criminosos pode se dar de variadas maneiras. O que se considerará investigação, vedada ao Ministério Público? A oitiva de pessoas, a requisição de documentos? Mesmo diante das

---

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92-93.



disposições constitucionais relativas ao Ministério Público, tidas como avanços, o risco é mesmo de retrocesso até em relação ao ordenamento anterior a 1988. O Código de Processo Penal há mais de cinquenta anos estabelecia no seu art. 47:

Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los<sup>12</sup>.

Embora a regra seja a realização das investigações por meio do inquérito policial, os membros do Ministério Público têm realizado diretamente algumas delas. Na maioria dos casos, por medida de celeridade e simplificação dos procedimentos, evitando-se instaurar inquérito policial quando simples requisição de documentos (ex.: *um contrato social*) ou a oitiva do investigado ou da vítima podem ser suficientes ao ajuizamento da ação penal. Em outros casos, mais raros, quando se vislumbra não haver interesse da Polícia em promover investigações sérias: crimes praticados por policiais, como tortura, ou algumas situações envolvendo governantes.

Por outro lado, deve-se ter em mente que a Lei n. 8.429/1992, em consonância com o art. 129, III, da Constituição, autorizou o Ministério Público a conduzir inquéritos civis para apurar atos de improbidade administrativa. Existem milhares deles espalhados pelo país, instaurados pelos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, em que se apuram atos de corrupção, dispensa indevida de licitações, superfaturamento – questões com as quais nem sempre a Polícia está familiarizada. Ao cabo dessas investigações, o membro do Ministério Público dispõe de elementos suficientes para a propositura de ações civis públicas ou ações civis por atos de improbidade administrativa. Pois bem, se as provas obtidas no inquérito civil indicarem também a

---

<sup>12</sup> O ministro Carlos Velloso ponderou, no julgamento da ADI 1570-DF: “se amanhã o Ministério Público receber uma carta com documentos, contendo uma acusação que possibilite a instauração de ação penal, ele o faz, dispensando o inquérito. Mais: se é procurado em seu gabinete por um cidadão com uma denúncia, ele não pode tomar o seu depoimento? É claro que pode”.

prática de crime, devem ser consideradas imprestáveis para fins penais? Estará o procurador ou promotor proibido de ajuizar as ações penais cabíveis pelo fato de ter realizado as apurações? Estaríamos diante de um absurdo jurídico e prático, com afronta, inclusive, ao princípio constitucional da eficiência, que deve pautar a atuação de todas as esferas estatais<sup>13</sup>.

Seja pelo ângulo dos princípios jurídicos, seja por aquele da exegese constitucional e legal, não existe exclusividade das Polícias nas investigações criminais; suas competências, contudo, não saem diminuídas pela legitimidade do Ministério Público em também conduzi-las. Esse reconhecimento significará notável avanço do sistema penal brasileiro e certamente ajudará, como já demonstraram inúmeros casos de repercussão, a diminuir a impunidade em nosso país.

## Referências

JAHANGIR, Asma. Recomendação n. 82 do Relatório da visita oficial ao Brasil entre 16 de setembro e 8 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.conectasur.org/files/ReportExecBrasil.pdf>>.

KAHN, Irene. Carta dirigida ao presidente do Supremo Tribunal Federal, em 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/29625,1>>. Acesso em: 26 ago. 2005.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 3, p. 40.

OLIVEIRA, Achilles Benedito de. Discurso. Apud BERNARDO, Manoel Firmino; SANTANNA, Alonir Jorge. *Perigo do “Quarto Poder”*. Porto Alegre: Sagra-Luzzato, 1994. p. 101.

---

<sup>13</sup> Em julgamento unânime, a 1ª Turma do STF denegou *habeas corpus* em que se alegava nulidade por ter sido a investigação conduzida pelo Ministério Público: “Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o Inquérito Civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos – proveniente de elementos colhidos em Inquérito Civil – se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF)” (HC 84367-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 18 fev. 2005). A menção correta seria ao art. 129, III.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.



# Investigação criminal e Ministério Público<sup>1</sup>

Clèmerson Merlin Clève\*

*“Não devemos parar de explorar, e o fim de toda nossa exploração será chegar ao ponto de partida e conhecer o lugar pela primeira vez” (T. S. Eliot).*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Interpretação constitucional. 3 Uma questão de cooperação permanente e compartilhamento eventual. 3.1 Investigação e acusação no juizado de instrução. 3.2 Investigação e acusação no sistema constitucional brasileiro.

## 1 Introdução

Está em pauta a discussão a propósito da legitimidade do exercício, por membros do Ministério Público, de atividades de investigação dirigidas à apuração de infrações criminais<sup>2</sup>.

Decisão paradigmática sobre o tema está para ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ação direta de

---

\* Clèmerson Merlin Clève é Professor Titular das Faculdades de Direito da UniBrasil e da UFPR. Mestre e Doutor em Direito, pós-graduado pela Université Catholique de Louvain (Bélgica). Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR. Autor, entre outras obras, de *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. Procurador do Estado e advogado em Curitiba.

<sup>1</sup> Agradeço à advogada Alessandra Ferreira Martins, responsável pelo Departamento de Pesquisa do Escritório *Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados*, pela preciosa colaboração no processo de elaboração do presente texto.

<sup>2</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público: argumentos contrários e a favor*. A síntese possível e necessária. Parecer disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi\\_investigadireta2](http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2)>. Acesso em: 23 ago. 2004; STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2004; ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. In: MAIER, Julio B. J. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad hoc s.r.l., 2000, p. 37-57; MESQUITA, Paulo Dá. Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático (suscitadas por uma

inconstitucionalidade aforada contra dispositivos da Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que contemplam, entre as atribuições do Ministério Público, a realização de diligências investigatórias. Há outros feitos, igualmente tramitando perante a Excelsa Corte, que envolvem deliberação sobre a matéria<sup>3</sup>.

A polêmica que ora se estabeleceu nos meios de comunicação de massa já era observada na seara jurídica. Tomando-se apenas julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, temos que neste a posição dominante sobre a competência investigatória do Ministério Público manifesta-se em sentido positivo<sup>4</sup>, enquanto naquele caminha em sentido distinto<sup>5</sup>, tratando-se, não obstante, de entendimento ainda não pacificado<sup>6</sup>.

---

proposta de lei dita de organização de investigação criminal). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, p. 137-149, abr./jun. 2000; CHOUKR, Fauzi Hassan. *O relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo penal acusatório*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>; MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ministério Público e poder investigatório criminal*. Disponível em: <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055)>. Acesso em: 23 ago. 2004.

<sup>3</sup> ADI 2943-DF, Rel. Min. Carlos Velloso; Inq 1968-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 3309-DF, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 3317-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 3318-MG, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 3329-SC, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI 3337-PE, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI 3370-AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 3479-MT, Rel. Min. Eros Grau.

<sup>4</sup> Recurso Especial n. 331.903-DF (2001/00844503), Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 25 maio 2004. Ementa: RESP – PENAL E PROCESSO PENAL – PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PROVAS ILÍCITAS – INOCORRÊNCIA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE. – A questão acerca da possibilidade de o Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal é tema incontroverso perante esta Eg. Turma. *Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da ação é o órgão ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal [g. n.]. Cf. Recurso Ordinário em HC n. 15.507-PR (2003/0232733-3), Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 28 abr. 2004, e Recurso Ordinário em HC n. 12.871-SP (2002/0058385-0), Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13 abr. 2004.*

Não é o caso, aqui, de levantar todas as razões, jurídicas e extrajurídicas, que levaram determinados operadores jurídicos a questionar a legitimidade da atuação do Ministério Público quando suas atividades investigatórias bem-sucedidas resultaram em material probatório consistente para a provocação da jurisdição penal. Convém limitar a abordagem ao campo técnico-jurídico, no qual a atividade investigatória do Ministério Público vem sendo combatida basicamente com dois argumentos: tal atividade (a) não residiria, a partir da leitura da Constituição, entre suas funções, motivo pelo qual o *Parquet* não ostentaria atribuição no sítio investigatório, particularmente em matéria criminal (eventual atuação importando, por isso mesmo, em ofensa ao princípio do devido processo legal); (b) a investigação criminal constitui função exclusiva da polícia judiciária; por isso o *Parquet* não poderia atuar nesse sítio sem ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Os argumentos decorrem de um específico modelo de interpretação constitucional que leva em conta, basicamente, a literalidade do texto normativo.

---

<sup>5</sup> RHC 81.326-DF, Rel. Min. Nelson Jobim. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – MINISTÉRIO PÚBLICO – INQUÉRITO ADMINISTRATIVO – NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF – PORTARIA – PUBLICIDADE – ATOS DE INVESTIGAÇÃO – INQUIRÇÃO – ILEGITIMIDADE. – 1. PORTARIA. PUBLICIDADE. A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido (*Informativo STF* n. 314).

<sup>6</sup> Cf. MS 21729-DF (*DJ*, 19 out. 2001), Rel. Min. Marco Aurélio; HC 75769-MG-STF (*DJ*, 28 nov. 1997), Rel. Min. Octavio Gallotti; HC 77371-SP-STF (*DJ*, 23 out. 1998), Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80948-ES (*DJ*, 19 dez. 2001), Rel. Min. Néri da Silveira; HC 81303-SP (*DJ*, 23 ago. 2002), Rel. Min. Ellen Gracie.

A idéia neste texto não é apontar quem é melhor para apurar infrações criminais, o policial ou o membro do Ministério Público. Não se trata, sem mais, de aderir a esta ou àquela tese. Trata-se, antes, de oferecer alguns elementos para a melhor compreensão do arranjo constitucional envolvendo a competência dos órgãos dotados de dignidade constitucional, implicando isso, daí sim, tomada de posição. Cumpre, então, tecer breves comentários sobre o ponto-chave da questão, qual seja, a interpretação constitucional.

## 2 Interpretação constitucional

As relações sociais hodiernamente travadas não raras vezes ensejam demandas complexas, cuja tutela jurisdicional adequada só pode ser aventada com o manejo de técnicas arrojadas de interpretação constitucional.

Nota-se uma mudança no campo metodológico que orienta a prática constitucional na busca de um modelo hermenêutico que permita conferir a dinamicidade necessária ao texto, para potencializar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais e realizar as promessas constitucionais. Nesse passo, texto e norma deixam de manter uma relação unívoca e absoluta<sup>7</sup>. O texto é o universo sobre o qual se debruça o operador jurídico. A norma, não se confundindo com o texto, é o resultado da operação hermenêutica.

Nos últimos anos, evidenciados os limites do positivismo, seja ele de matriz exegética, seja ele de matriz normativo-kelseniana,

---

<sup>7</sup> “De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23 – g. n.).



operou-se um deslocamento no campo das técnicas de interpretação, de molde a, especialmente nos *casos difíceis*, voltar o horizonte da ação à *razão prática*. Agora, portanto, além do exercício da *subsunção* ou da *categorização*, o intérprete haverá de manejar os recursos da argumentação e da ponderação para a resolução dos complexos problemas que se apresentam na sociedade contemporânea (*tecnológica, de informação, pós-industrial, em rede, de risco* etc.) insuscetíveis de enfrentamento a partir de um padrão metodológico próprio de sociedades e discursos constitucionais menos complexos.

Superado o *paradigma da consciência*, está-se, agora, a operar sob o influxo do *paradigma da linguagem*, exigente de um renovado papel para os operadores jurídicos:

Como as Constituições na sociedade heterogênea e pluralista, repartida em classes e grupos, cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis, não podem apresentar-se senão sob a forma de compromisso ou pacto, sendo sua estabilidade quase sempre problemática, é de convir que a metodologia clássica tinha que ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional<sup>8</sup>.

A *força normativa* da Constituição depende grandemente da atualidade de suas normas para gerar a identidade dos diferentes grupos sociais que nela apostam suas esperanças.

[...] perde força hermenêutica qualquer interpretação que busque no desenvolvimento histórico da formação de determinado instituto a construção de uma *mens legislatoris* ou *mens legis*. Tal procedimento, de índole marcadamente historicista, mostra-se antitético com o que contemporaneamente se entende por hermenêutica. Quer-se dizer, o historicismo esbarra nos câmbios de paradigma; no caso do Direito, esse câmbio é evidenciado pelo advento de uma nova Constituição.

---

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 494.

*A validade do “método histórico”, nos termos em que está colocado, poderia levar o processo hermenêutico à produção de decisões absolutamente desconectadas da realidade*<sup>9</sup> [g. n.].

É nesse quadro que as mais polêmicas questões afetas às prescrições normativas devem ser resolvidas. E o poder de investigação criminal do Ministério Público aí se apresenta. Cumpre lembrar que a instituição ministerial passou por profunda alteração funcional com o advento da Constituição Federal de 1988, já que no sistema anterior apresentava-se dependente do Poder Executivo. Diante disso, determinadas concepções acerca de suas atribuições não se coadunam com o paradigma democrático então instituído, demandante de constante afirmação. Daí por que não se deve compreender as funções ministeriais apartadas das transformações felizmente operadas com o sistema constitucional vigente<sup>10</sup>.

Aliás, também a seara penal vem sofrendo mudanças necessárias para acompanhar as novas demandas sociais e refrear o avanço de condutas criminosas aperfeiçoadas com a velocidade da modernização tecnológica. Não é crível que o Código de Processo Penal seja interpretado, ainda, sem levar em conta o processo de mutação desencadeado pela nova Constituição. É preciso sintonizar a legislação processual-penal com o texto constitucional, operar a sua constitucionalização, fazer vazar as conseqüências da *filtragem constitucional*, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e para o futuro.

A aplicação da lei penal e processual penal tem por escopo oferecer solução para as condutas desviantes, sempre tipificadas, atentatórias aos valores e bens, reconhecidos pela normatividade

---

<sup>9</sup> STRECK; FELDENS, *Crime e Constituição*, cit., p. 69-70.

<sup>10</sup> É de transcrever aqui apontamento particularmente feliz de Barbosa Moreira, sobre a postura dos juristas que operam interpretação com olhos voltados para o passado: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se o véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 304, p. 152).

constitucional, que dão base à organização social. Para operacionalizar a atividade do Estado no sítio considerado, a Constituição cria órgãos e instituições, retirando do cidadão a possibilidade de manifestar ação de caráter persecutório, enfim, de fazer justiça com as próprias mãos. O Constituinte, portanto, confere ao Estado o monopólio de tal relevante ação. A paz social fica, é indubitável, em grande parte dependente da eficiência e eficácia dos métodos postos em prática pela estrutura estatal. Diante de semelhante circunstância, é natural que as instituições e os órgãos públicos incumbidos da fundamental tarefa possam contar com recursos e preparação adequados ao salutar atendimento das vítimas e à persecução, nos termos da lei, dos acusados de transgressão. A separação de funções nesse campo é instrumental, e assim deve ser considerada.

Traçado esse breve panorama, é possível perceber que a questão sobre a legitimidade da apuração de infrações criminais pelo Ministério Público deve ser avaliada com adequada dose de cuidado, isto para que não se reduza à significação de uma disputa contaminada por eventuais interesses intra-orgânicos em tudo distante do necessário compromisso com a realização dos postulados do Estado Democrático de Direito.

As normas constitucionais que disciplinam as funções do Ministério Público e também de outros órgãos e instituições estatais formam um *sistema*, significando isso que sua correta compreensão envolve esforço maior do que o consistente na singela leitura (interpretação simples e literal) das disposições constitucionais pertinentes. O sistema em questão abriga disposições que orientam a evolução dinâmica de sentidos decorrente das mudanças operadas no plano da *faticidade*. O correto entendimento da matéria, portanto, envolve operação hermenêutica capaz de testar e, mais do que isso, superar o aprisionamento do território da *pré-compreensão*.

### **3 Uma questão de cooperação permanente e compartilhamento eventual**

#### **3.1 Investigação e acusação no juizado de instrução**

A importância da devida interpretação das disposições constitucionais avulta quando se percebe, entre os argumentos na linha da ilegitimidade dos procedimentos investigatórios promovidos por

membros do Ministério Público, a tentativa de petrificar os debates ocorridos no Congresso Constituinte em prejuízo da Constituição mesma. Como se sabe, o Constituinte, à época, recusou proposta no sentido de instituir-se, entre nós, o sistema de juizados de instrução. Esse é um fato. Mas daí não é possível extrair como consequência a idéia segundo a qual foi implantado, para a polícia judiciária, o monopólio das atividades investigatórias, quando na esfera criminal.

O juizado de instrução constitui modelo de investigação processual penal adotado em alguns países europeus no qual se manifesta rígida separação entre as funções de *acusação* e *instrução*. A separação, ensejada por razões históricas, deixa a cargo do promotor ou procurador acusar, a cargo do juiz a promoção da instrução e a cargo de outro órgão jurisdicional o julgamento. De modo que quem instrui não julga. É verdade que tal modelo foi sensivelmente modificado na atualidade, mas é preciso ressaltar, por outro lado, que mesmo aí não se opera separação rígida entre as funções de *acusação* e *investigação*, como se poderia imaginar.

Em alguns países que adotam o juizado de instrução, não é permitido ao membro do Ministério Público realizar a instrução, já que essa função é privativa do juiz. Este, detentor de amplos poderes, pode ordenar uma série de diligências para garantir a segura apuração do delito, como determinar a prisão preventiva, escutas telefônicas, busca e apreensão etc.

O Ministério Público, na condição de órgão acusador, não tem poderes para promover a instrução criminal no sistema de juizados de instrução, nem no sistema processual penal brasileiro. Aqui, tanto o Ministério Público quanto a polícia judiciária devem (e é bom que continue assim) solicitar ao juiz medidas de maior gravidade que possam afetar direitos fundamentais. Entenda-se que isso não significa que o órgão ministerial esteja proibido de investigar, mas sim de promover a instrução do processo penal.

É preciso notar, não obstante, que o juizado de instrução vem cedendo passo a outro sistema, no qual o Ministério Público é responsável pela investigação preliminar<sup>11</sup>. Nesse sentido, afirma Aury Lopes Jr:

---

<sup>11</sup> O Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou e encaminhou aos Estados-Membros a Recomendação – REC (2000)19 – sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça penal, que dispõe: “1. O ‘Ministério Público’ é uma autoridade públi-

A instrução preliminar a cargo do MP tem sido adotada nos países europeus como um substituto ao modelo de instrução judicial anteriormente analisado (juizado de instrução). Nesse sentido, a reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, v.g., na Itália (1988) e em Portugal (1995). Na Espanha, a Lei Orgânica (LO) 7/88 que instituiu o procedimento abreviado deu os primeiros passos nessa direção, ao outorgar ao *fiscal* maiores poderes na instrução preliminar<sup>12</sup>.

Ora, o debate constituinte do qual não resultou, entre nós, a adoção do sistema do juizado de instrução não é determinante para a solução da questão da constitucionalidade da atuação do Ministério Público envolvendo a realização de certas diligências em investigação criminal. *Primeiro*, pela ressalva da interpretação constitucional adequada; *segundo* porque mesmo que tivesse sido adotado tal modelo, não se impediria a controvérsia nessa instaurada, que está cingida ao binômio acusação/investigação, e não ao binômio acusação/instrução.

Não é demais lembrar, com Lenio Streck e Luciano Feldens, que

[...] a partir da superação da hermenêutica clássica, que trabalha(va) com a idéia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido (*Auslegung*), pela

---

ca encarregada de zelar, em nome da sociedade e no interesse público, pela aplicação da lei, quando o incumprimento da mesma implicar sanção penal, tendo em consideração os direitos individuais e a necessária eficácia do sistema de justiça penal. 2. *Em todos os sistemas de justiça penal, o Ministério Público: decide se deve iniciar ou prosseguir um procedimento criminal; exerce a ação penal; pode recorrer de todas ou algumas decisões.* 3. Em determinados sistemas de justiça penal, o Ministério Público também: aplica a política criminal nacional, adaptando-a, quando for o caso disso, às realidades regionais e locais; *conduz, dirige ou fiscaliza o inquérito; [...]* 16. O Ministério Público deve, em qualquer caso, estar em condições de proceder criminalmente, sem obstrução, contra agentes do estado, por crimes por estes cometidos, particularmente de corrupção, abuso de poder, violação grave dos direitos humanos e outros crimes reconhecidos pelo direito internacional” [g. n.].

hermenêutica de cunho filosófico, *passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas, sim, produtivo*. Interpretar é, pois, dar/atribuir sentido (*Sinngebung*). Com isto, deixam de existir equivalências entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

Desse modo, se o texto não “carrega” a sua norma e se a vigência de um dispositivo não implica diretamente a sua validade, *é possível afirmar que textos anteriores à Constituição recebem automaticamente novas normas*, atribuíveis a partir do *topos* hermenêutico que é a Constituição de 1988. Sentidos jurídicos atribuídos a textos legais, por exemplo, em 1963 (Projeto Ráo), 1941 (Código de Processo Penal) e 1957 (decisão do STF da lavra de Hungria), *não se mantêm na contemporaneidade pós-Constituição de 1988*, pela profunda alteração do papel do Estado, da Constituição e, fundamentalmente, da função a ser exercida pelo Ministério Público<sup>13</sup>.

Afasta-se, portanto, o argumento de que a frustrada tentativa de adoção do modelo de juizado de instrução possa justificar a opção de atribuir, de forma monopolizada, a função de investigação – apartada da acusação – à polícia judiciária. A legitimidade das diligências investigatórias do Ministério Público decorre da nova ordem constitucional e nela deve ser compreendida.

Se das deliberações dos Constituintes não pode ser deduzida a proibição da ação ministerial no campo investigatório criminal, visto que tal ação decorre, naturalmente, da interpretação atualizada do texto constitucional vigente, com mais razão o mesmo ocorrerá quando em questão as deliberações do legislador ordinário. A efetividade da Constituição não pode ficar à mercê de contingentes interesses políticos, nem sempre concertados com os interesses sociais que legitimam os respectivos mandatos. Daí por que projetos de lei e

---

<sup>12</sup> LOPES JR., *Sistemas de investigação...*, cit., p. 85.

<sup>13</sup> STRECK; FELDENS, *Crime e Constituição*, cit., p. 67.

mesmo projetos de emenda constitucional eventualmente não aprovados não constituem diretriz hermenêutica séria para justificar determinada interpretação do texto ou para fechar questão sobre assunto que assume importância vital para a sociedade. Inclusive porque, em muitos casos, antes de ostentarem natureza verdadeiramente constitutiva, apresentavam finalidade meramente explicitadora, declaratória de uma condição disputada, mas perfeitamente extraível do texto constitucional.

De outra banda, conjuga-se ao argumento do juizado de instrução a idéia de que uma separação absoluta entre as funções de acusação e investigação asseguraria a imparcialidade dos órgãos respectivos. Patente equívoco por julgar, primeiramente, toda a instituição em função de valores que só a personalidade de cada pessoa vai determinar. Em segundo lugar, não há fundamento jurídico para se creditar mais imparcialidade a membros do Ministério Público ou da polícia judiciária, seja qual função exerçam. Uma análise mais detida da função acusatória do Ministério Público permite aferir que o intuito investigatório é, a partir de indícios de um fato típico, identificar e comprovar sua autoria e materialidade, seja a partir de notícia que lhe foi confiada diretamente, seja a partir de inquérito policial, seja a partir de investigação cível própria que apontou emergência também de ilícito criminal<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> A concepção de imparcialidade merece cuidados e deve afastar posições ingênuas a respeito da natureza humana. Nesse sentido, a imparcialidade do Ministério Público, e de outros órgãos afins, deve ser compreendida em cotejo com a legalidade inerente às funções públicas. Por isso, alegações de impedimento de membros do Ministério Público nas ações em que realizaram diligências não são procedentes na jurisprudência pátria. Do Superior Tribunal de Justiça colhe-se o julgado: “RHC 8106/DF (1998/0089201-0), Rel. Min. Gilson Dipp. Ementa: CRIMINAL. RHC. ABUSO DE AUTORIDADE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. COLHEITA DE ELEMENTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. LIMINAR CASSADA. RECURSO DESPROVIDO. Têm-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento da peça acusatória. A simples participação na fase investigatória, coletando elementos para o oferecimento da denúncia, não incompatibiliza o Representante do *Parquet* para a proposição da ação penal” (DJ, 4 jun. 2001).

Não há uma distância abissal entre Ministério Público e polícia judiciária no exercício de suas respectivas atribuições, o que pode ser deduzido já da finalidade precípua de cada qual: defesa da ordem jurídica democrática e preservação da ordem pública, respectivamente. Tais objetivos convergem na direção de outro maior: a pacificação social por todos almejada, cuja efetivação demanda a conjugação de esforços.

### 3.2 Investigação e acusação no sistema constitucional brasileiro

Tem-se, então, que no modelo brasileiro não há divisão rígida, insuperável, entre as funções de investigação e acusação, de modo que ambas podem ser exercidas com responsabilidade pelos membros do Ministério Público. Isso não afasta a concepção segundo a qual aos órgãos é dada uma função precípua a ser devidamente exercida. No caso da instituição ministerial, reconhece-se como precípua a função acusatória, desde que entendida, reitere-se, no contexto do Estado Democrático de Direito (a função acusatória não pode ser exercitada a qualquer custo, já que o membro do *Parquet* é, antes de tudo, o fiscal da ordem jurídica e, portanto, da Lei e da Constituição). A investigação pode ser entendida como atividade típica da polícia judiciária, mas nem por isso exclusiva.

É evidente que a apuração de infrações penais requer uma série de ações que se podem dar no bojo de procedimentos variados, dentre os quais o inquérito policial é o mais comum. Mais comum, porque nem todos os procedimentos de investigação criminal preliminar substanciam inquéritos policiais. Cumpre ter clareza quanto a isso.

Não se resolve o problema que constitui objeto do presente texto a partir da definição do titular do inquérito policial. Ora, é inegável que tal procedimento integra a esfera das atividades da polícia judiciária. A questão de fundo é outra: diz respeito à legitimidade de o Ministério Público, por meio de seus próprios procedimentos, realizar, em determinadas circunstâncias muito bem justificadas, diligências investigatórias que venham a subsidiar a formação da convicção a propósito da necessidade de provocação da jurisdição penal.

É preciso afastar argumentos apaixonados que insistem numa equivocada pretensão do Ministério Público de substituir-se à polícia judiciária ou mesmo de presidir inquéritos policiais, pois não é



disso que se trata. Não há substituição dos órgãos encarregados, em princípio, da investigação criminal. A polícia judiciária deve continuar responsável pelos inquéritos policiais, sendo certo que o Ministério Público haverá de realizar investigações em casos excepcionais, devidamente justificados, sem que isso possa significar o esvaziamento da esfera funcional da instituição policial.

Exercer a função de polícia judiciária não significa exclusivamente realizar inquéritos policiais, pois envolve outras atividades (apoio ao Poder Judiciário para cumprimento de decisões liminares ou definitivas, promoção da segurança de magistrados e funcionários da Justiça ameaçados em razão de suas funções etc.). De outra banda, o inquérito policial – uma das formas de investigação de infrações penais – constitui procedimento típico da polícia judiciária.

Além dos inquéritos policiais, diligências investigatórias podem ser realizadas no contexto de diversos outros procedimentos promovidos por órgãos do Executivo, Legislativo ou Judiciário. É o caso do procedimento fiscal da Receita Federal para investigação do delito de sonegação fiscal<sup>15</sup>, das diligências do Coaf na apuração de “lavagem” de dinheiro<sup>16</sup>, do inquérito judicial<sup>17</sup> e <sup>18</sup>, das diligências

---

<sup>15</sup> Lei n. 8.137, de 1990: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; [...]

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. [...]

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”.

<sup>16</sup> Lei n. 9.613, de 1998: “Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. [...]

§ 3º O Coaf poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

Art. 15. O Coaf comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”.

<sup>17</sup> Decreto-Lei n. 7.661, de 1945: “Art. 103. Nas vinte e quatro horas seguintes ao vencimento do dobro do prazo marcado pelo juiz para os credores declararem os seus créditos

das Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>19</sup>, da investigação de prática de crime por magistrados realizado pelo próprio Poder Judiciário<sup>20</sup>. Portanto, as hipóteses de investigação criminal preliminar não se resumem aos inquéritos policiais, não constituindo, por isso mesmo, atividade exclusiva da polícia judiciária.

Afirmar que à polícia judiciária incumbe presidir o inquérito policial nada acrescenta ao debate, já que o Ministério Público, quando promove certas diligências investigatórias, não o faz mediante instauração de inquérito policial. Não há que se falar, portanto, em usurpação de competência. Trata-se, antes, de cooperação entre ins-

---

tos (artigo 14, parágrafo único, n.V) o *síndico apresentará em cartório, em duas vias, exposição circunstanciada, na qual, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença declaratória, e outros elementos ponderáveis, especificará, se houver, os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis.*

§ 1º Essa exposição, instruída com o laudo do perito encarregado do exame da escrituração do falido (art. 63, n. V), e quaisquer documentos, concluirá, se for caso, pelo requerimento de inquérito, exames e diligência destinados à apuração de fatos ou circunstâncias que possam servir de fundamento à ação penal.

§ 2º As primeiras vias da exposição e do laudo e os documentos formarão os autos do *inquérito judicial* e as segundas vias serão juntas aos autos da falência” [g. n.].

<sup>18</sup> Regimento Interno do STF: “Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário. Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

Art. 44. A polícia das sessões e das audiências compete ao seu Presidente.

Art. 45. Os inquéritos administrativos serão realizados consoante as normas próprias”.

<sup>19</sup> Conferir art. 58, § 3º, da Constituição Federal: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” [g. n.]

<sup>20</sup> Lei Complementar n. 35, de 1979: “Art. 33. São prerrogativas do magistrado: [...]

IV - não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial; [...]

Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prosiga na investigação”.

tituições para a consecução de objetivo comum, qual seja, diminuir a impunidade na seara mais delicada do contexto jurídico, que é a criminal.

Cooperação é imperativo constitucional<sup>21</sup> decorrente de diversas disposições constitucionais, inclusive da interpretação hodierna do princípio da separação de poderes. Sobre esse ponto, leciona Konrad Hesse:

Objeto da divisão de poderes é, antes, positivamente uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal – limitado. Essa tarefa requer não só um refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, senão ela é também, sobretudo, uma questão de determinação e coordenação apropriada das funções, assim como das forças reais que se personificam nesses órgãos<sup>22</sup>.

Cumprir cotejar a hermenêutica até aqui desenvolvida com as normas constitucionais de regência da matéria, a fim de que nem mesmo aos mais apegados à literalidade textual reste dúvida sobre a legitimidade das investigações realizadas pelo Ministério Público.

#### **4 Competência constitucional e Ministério Público**

O sistema constitucional, como se sabe, comporta normas explícitas e também implícitas, todas dotadas de idêntica hierarquia normativa. O arranjo das competências dos órgãos públicos não escapa a esse panorama. Tanto é assim que, tratando da repartição horizontal de competências, a melhor doutrina reconhece que a União dispõe de competências expressas e implícitas, sendo as últimas, em

---

<sup>21</sup> Não só no Brasil, como também em outros países, por exemplo, os europeus que adotaram a Recomendação REC (2000)19, que dispõe: “15. A fim de favorecer a equidade e eficácia da política criminal, o MP deve cooperar com departamentos e instituições do Estado, na medida em que isso esteja de acordo com a lei. [...] 23. Os Estados onde a polícia é independente do Ministério Público devem tomar todas as medidas para garantir que haja uma cooperação adequada e eficaz entre o Ministério Público e a Polícia” [g. n.]

<sup>22</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 369.

geral, vinculadas aos meios necessários para o devido exercício das primeiras.

Trata-se de reforçar a idéia de que a efetividade da Constituição está ligada, entre outros fatores, à interpretação que possibilite uma compreensão do sistema constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito. Significa não congelar o conteúdo normativo no tempo ou no espaço (no texto literal dos dispositivos). Com toda propriedade, ensina Hesse:

[...] em casos, para cuja resolução a Constituição não contém critérios unívocos, isto é, porém, em todos os casos de interpretação constitucional, a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram pontos de apoio mais ou menos numerosos incompletos para a decisão. Onde nada de unívoco está querido, nenhuma vontade real pode ser averiguada, senão, quando muito, uma presumida ou fictícia e, sobre isso, também todas as fórmulas de embaraço como, por exemplo, aquela da “obediência pensante” do intérprete não são capazes de ajudar a superar<sup>23</sup>.

Essa construção do direito constitucional não gera controvérsia digna de atenção nas mais autorizadas doutrina e jurisprudência. Curioso, então, ignorá-la ou confrontá-la para recusar ao Ministério Público as competências instrumentais indispensáveis para operar, do modo mais eficiente e dentro da legalidade, as suas atribuições expressas, em particular a consistente na promoção da ação penal. Ele, afinal, é o *dominus litis*. Ora, a delimitação da esfera de atribuições constitucionais do Ministério Público não pode ser desenhada ignorando-se a particularidade, razão pela qual doutrina e jurisprudência coerentes conferem à instituição a função de, em determinadas circunstâncias, realizar investigação preliminar criminal para melhor decidir acerca da necessidade de provocação da jurisdição criminal<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> HESSE, *Elementos de direito constitucional...*, cit., p. 57.

<sup>24</sup> Ilustra-se com o seguinte julgado do STJ: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 13.728-SP (2002/0161350-0), Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15 abr. 2004. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE.

Desde outra parte, tem sido alegado em proveito da tese da ilegitimidade da investigação criminal promovida pelo Ministério Público que, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal, a apuração de infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia judiciária. Diante disso, restaria configurada uma indébita invasão de competência por parte do Ministério Público. Ocorre que, *in casu*, parte-se de premissa superável sobre o preceito constitucional invocado.

Transcreve-se o texto normativo:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

---

“1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da *resposta penal*, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

2. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que ‘A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio’.

3. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público.

*Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana”* [g. n.].

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da união ou de suas atividades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, *com exclusividade*, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, *incumbem, ressalvada a competência da União*, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares [g. n.].

Percebe-se que há uma distinção no texto, correta ou não, entre as funções de apuração de crimes e polícia judiciária. Diante disso, ressalva-se que, ao tratar da Polícia Federal, o Constituinte só reservou a exclusividade quanto à função de polícia judiciária, e não quanto à apuração de crimes. Em relação à Polícia Civil, a diferenciação também se manifesta, como se percebe pela leitura do § 4º do art. 144 da Constituição Federal.

Levando a cabo a interpretação do dispositivo em questão, resta assentado que à Polícia Federal é reservada, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União, ou seja, não há exclusividade quanto à apuração de crimes e a exclusividade referida se opera em relação ao âmbito de atuação das funções de polícia judiciária – federal – em contrapartida ao das polícias civis. Assim, não há exclusividade constitucionalmente garantida aos órgãos que exercem função de polícia judiciária para a apuração de infrações criminais.

Por outros fundamentos também não se justifica uma atribuição exclusiva à polícia judiciária da função investigatória. Ilustra-se com o entendimento esposado no elucidativo julgado do Recurso Ordinário em HC n. 13.728-SP de lavra do Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, do qual se extrai o seguinte trecho:

4. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função *exclusiva* da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (§ 1º, inciso IV).

Essa *função de polícia judiciária* – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário – não se identifica com a *função investigatória*, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no § 4º do artigo 144 da Constituição Federal, verbis:

“§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas *sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade*.

5. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social.

O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse so-

cial, que, primeiro, impede a reprodução simultânea de investigações; segundo, determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e, por último, faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção.

6. De qualquer modo, não há confundir investigação criminal com os atos investigatório-inquisitoriais complementares de que trata o artigo 47 do Código de Processo Penal.

7. “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia (Súmula do STJ, Enunciado n. 234)” (HC 24.493/MG, da minha Relatoria, in *DJ* 17 nov. 2003).

2. Recurso improvido.

Não é outra a conclusão decorrente da interpretação do dispositivo constitucional senão a de que a exclusividade conferida à Polícia Federal se dá apenas em relação a outros órgãos policiais<sup>25</sup>, e não em prejuízo dos demais mecanismos de apuração de infrações penais. Frise-se que não se pretende aqui restringir a interpretação constitucional à técnica gramatical, olvidando os métodos mais festejados de otimização dos preceitos superiores. Assim, nem mesmo a regra da exclusividade da Polícia Federal deve ser entendida de forma absoluta<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Neste sentido, conferir Streck e Feldens: “Logicamente, ao referir-se à ‘exclusividade’ da Polícia Federal para exercer funções ‘de polícia judiciária da União’, o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. Daí por que, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil ‘apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas’ (art. 144, §1º, I), pois que, no espectro da ‘polícia judiciária’, tal atribuição está reservada à Polícia Federal” (*Crime e Constituição*, cit., p. 93).

<sup>26</sup> Lembra-se aqui os objetivos do Conselho Nacional de Segurança Pública estabelecidos no Decreto n. 2.169, de 4 de março de 1997:

“Art. 1º O Conselho Nacional de Segurança Pública – Conasp, órgão colegiado de coo-



Ainda que se entenda que a separação entre as funções de polícia judiciária e de apuração de crimes decorra de censurável técnica legislativa – o que parece ser correto – e que a titularidade da primeira engloba a segunda, não se poderia concordar com a impossibilidade de qualquer outro órgão público exercer excepcionalmente atividades enquadradas na função de polícia judiciária. Tanto é verdade que nem mesmo os resistentes mais empedernidos podem olvidar o que está disposto expressamente no Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. *A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função* [g. n.].

Apenas por hipótese, ainda que o dispositivo conferisse literalmente à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais em quaisquer circunstâncias, não feriria a harmonia da ordem constitucional a previsão, explícita ou implícita, de outro órgão dotado de semelhante atribuição. A explicação é simples, exigindo, apenas, compromisso com a concretização da Constituição: as normas constitucionais formam um sistema em que a dotação absoluta de sentidos cede passo a uma relativização tributária da otimização no quadro de inter-relação dinâmica em que se encontram os órgãos constitucionais, atravessados pelos valores, bens, interesses e objetivos (positivados) da sociedade plural.

É fato que o sistema é textualmente formulado por legisladores e não por exímios técnicos em redação jurídica, razão por que

---

peração técnica entre a União, os Estados e o Distrito Federal no combate à criminalidade, com sede no Distrito Federal, subordinado diretamente ao Ministro da Justiça, tem por finalidade:

I – formular a Política Nacional de Segurança Pública;

[...]

IV – desenvolver estudos e ações visando a aumentar a eficiência dos serviços policiais e promover o intercâmbio de experiências;

V – estudar, analisar e sugerir alterações na legislação pertinente;

VI – promover a necessária integração entre órgãos de segurança pública federais e estaduais” [g. n.].

não é de se estranhar que exceções a prescrições constitucionais apresentem-se em catálogos ou lugares normativos distintos, demandando sensibilidade e atenção do intérprete. Nesse passo, não é prudente afirmar que o sentido de determinada disposição isolada é absoluto, ainda que nela sejam utilizados termos delicados como “sempre”, “nunca”, “privativo”, “exclusivo” etc. Exemplo disso é a clara incumbência exclusiva da ação penal pública (art. 129, I)<sup>27</sup> conferida ao Ministério Público, pela Constituição Federal, e a previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX)<sup>28</sup>.

Verdadeiramente, a Constituição Federal não conferiu à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais. Pode-se afirmar a exclusividade do inquérito policial, mas este não se apresenta como o único procedimento dirigido à apuração de infrações penais.

Nesse sentido pronunciou-se a ilustre Ministra do Superior Tribunal de Justiça Laurita Vaz, no voto referente ao Recurso Ordinário em HC n. 12.871-SP, de sua relatoria, julgado em 13 de abril de 2004:

Verifica-se, pois, que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar, mesmo porque proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover, com exclusividade, a ação penal pública.

*Ademais, dispensável dizer que a polícia judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. De fato, o próprio Código de Processo Penal é claro ao dizer, no parágrafo único do seu art. 4º, que a competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrati-*

---

<sup>27</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

<sup>28</sup> Art. 5º, LIX: “[...] será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

*vas. Exemplos disso são as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito; o inquérito judicial presidido pelo juiz de Direito da Vara Falimentar; o inquérito em caso de infração penal cometida na sede ou dependência do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 43), entre inúmeros outros.*

Por fim, cumpre ressaltar que, como se sabe, a atuação do *Parquet* não está adstrita à existência do inquérito policial, podendo este ser dispensado, na hipótese de já existirem elementos suficientes para embasar a propositura da ação penal [g. n.].

## **5 Autorização constitucional: legitimidade do poder investigatório do Ministério Público**

É de fazer o resumo da ópera: os argumentos contrários à investigação criminal preliminar providenciada pelo Ministério Público convergem para a tese da ausência de autorização expressa na Constituição para tanto. Um olhar atento sobre as atribuições da instituição ministerial na Constituição exige enfrentar, no entanto, a cláusula de abertura, que dispõe *explicitamente* que o Ministério Público poderá “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”<sup>29</sup>.

Nem mesmo uma interpretação literal, histórica e restritiva das funções institucionais do Ministério Público poderia, sem quedar em erro grosseiro, afirmar que as atribuições prescritas no art. 129 da Constituição Federal são taxativas. Claro que a cláusula de abertura não é ilimitada, seja do *ponto de vista negativo* (há restrições quanto à representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas), seja do *ponto de vista positivo* (a função que não está expressa deve ser adequada à finalidade do Ministério Público).

Em decorrência da disposição constitucional foi promulgada a Lei Complementar n. 75, de 1993, que dispõe sobre as atribuições

---

<sup>29</sup> Art. 129, IX, da Constituição Federal de 1988.

do Ministério Público da União, contemplando expressa autorização para a realização de inspeções e diligências investigatórias<sup>30</sup>.

A legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A Lei Complementar n. 75, de 1993, apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia ser deduzido a partir da acurada leitura da Constituição. A cláusula de abertura opera um reforço na esfera de atribuições do Ministério Público, que fica potencializado com a ação do legislador complementar.

Em que pesem as mais singelas técnicas de concretização constitucional e a patente instrumentalidade do procedimento investigatório para o exercício da ação penal revelarem a constitucionalidade da legislação de regência da matéria, importa demonstrar a compatibilidade da atividade com a finalidade do Ministério Público. São os seguintes os preceitos constitucionais exigentes de atenção:

Art. 127. 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.

---

<sup>30</sup> “Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

- I – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
- II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;
- III – requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;
- IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;
- V – realizar inspeções e diligências investigatórias;
- VI – ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;
- VII – expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;
- VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
- IX – requisitar o auxílio de força policial.”

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - 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;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - 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 atividade de investigação tem clara natureza preparatória para o juízo de pertinência da ação penal, de modo que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, por ele é providenciada a fim de formar sua convicção de acordo com os elementos

colhidos<sup>31</sup>. Sendo a investigação conduzida mediante inquérito policial ou por outro meio, a finalidade é a mesma, porém, o deslinde não, já que a qualidade da investigação é determinante para a formação do juízo do titular da ação penal. Diante disso, parece lógico que, dispondo de meios apropriados e recursos adequados, a atuação do membro do Ministério Público não deve ser, em todos os casos e circunstâncias, *limitada* pela atuação da polícia judiciária. É que o limite, em última instância, pode significar o seqüestro da possibilidade de propositura da ação penal. E nem se afirme que o controle externo da atividade policial seria suficiente para remediar a possibilidade. Necessária e acertadamente externo, o controle possui fronteiras. Pode implicar possibilidade de emergência de censura à eventual desídia, mas nunca solução ao específico caso que, diante da dificuldade de encaminhamento do inquérito, produziu reduzida possibilidade de êxito na propositura da ação penal. Em semelhante hipótese, sequer a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito ou de diligências investigatórias, no limite, pode se apresentar como solução para o impasse, uma vez que o órgão ministerial, titular da ação penal, sem poder interferir *diretamente* na ação policial, não dispõe de instrumentos, a não ser reflexos (controle externo), para garantir a *qualidade* das diligências providenciadas em virtude de requisição. A autoridade policial tem, com o inquérito policial, meios para *auxiliar* o *Parquet* na promoção da ação penal, mas se, em virtude de hermenêutica menos elaborada, lhe for atribuída a exclusividade da investigação preliminar criminal, terá também, e certamente, um meio para *limitar* sua função, o que importa em risco (sendo, na *sociedade de risco*, ainda mais grave e incompreensível) para o Estado Democrático de Direito.

O atendimento do requisito de compatibilidade com a finalidade institucional transparece, então, já diante da primeira das funções do Ministério Público prevista pela Constituição, qual seja, a promoção da ação penal de iniciativa pública, com a qual estabelece

---

<sup>31</sup> “Se o MP é o titular constitucional da ação penal pública – atividade fim –, obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar ao seu mando” (LOPES JR., *Sistemas de investigação...*, cit., p. 264).

clara vinculação<sup>32</sup>. A compatibilidade pode ser certificada, ademais, com a previsão de atribuição expressa da função investigatória ao Ministério Público em diferentes diplomas normativos. Dentre as passagens encontráveis no ordenamento jurídico vigente, cite-se, entre outras, o preceituado no art. 201, VII, da Lei n. 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>33</sup>, e art. 74, VI, da Lei n. 10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso)<sup>34</sup>, para instauração de sindicâncias, de natureza nitidamente criminal.

---

<sup>32</sup> Cf. LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003; STRECK; FELDENS, *Crime e Constituição*, cit.; LOPES JR, *Sistemas de investigação...*, cit.

<sup>33</sup> “Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica.

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...]

II – promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes;  
[...]

VI – instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não-comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;

VII – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude”.

<sup>34</sup> “Art. 74. Compete ao Ministério Público:

[...]

V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:

a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não-comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;

VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso”.

## 6 Investigação criminal, Ministério Público e devido processo legal

Um último argumento merece ainda ser enfrentado. Trata-se da afirmação segundo a qual os procedimentos investigatórios levados a cabo pelo Ministério Público são inconstitucionais porque ferem o princípio do devido processo legal e as garantias daí decorrentes.

Antes de mais nada, é preciso lembrar que o Constituinte conferiu aos membros do Ministério Público a garantia da independência funcional – similar à dos juizes – não apenas para a atuação profissional livre de pressões, mas também para que pudessem não acusar quando fundamento jurídico para tanto não existisse. Esse aspecto da instituição ministerial representa garantia para o Estado e, principalmente, para os cidadãos.

As garantias constitucionais não podem, nem devem, ser afastadas na investigação criminal realizada por membros do Ministério Público tanto quanto na realização do inquérito policial. Isso para se dizer o mínimo, já que, como sabido, o descrédito das instituições policiais (nem sempre justo, é verdade!) tem pesado muito no juízo de justiça do cidadão comum, a ponto de conferir um *plus* de legitimidade ao procedimento realizado pelo *Parquet*<sup>35</sup>. Mas, aqui, convém citar Luís Roberto Barroso<sup>36</sup>, segundo o qual as vicissitudes pelas quais passa a polícia devem ser tributadas menos às qualidades ostentadas pelos seus integrantes, e mais ao contexto no qual operam suas funções. Por isso não é demais imaginar que, eventualmente, um Ministério Público transformado em polícia possa conduzir os seus membros a experimentarem semelhantes contingências e demonstrações de fragilidade moral. Não se fala, portanto, da qualidade intrínseca das instituições em tela ou dos seus membros, e mais do lugar, mais seguro ou mais suscetível aos apelos da vantagem injus-

---

<sup>35</sup> A confiança da comunidade na instituição ministerial é verbalizada com a autoridade de Paulo Bonavides: “Sem embargo de quantos obstáculos lhe foram postos pelo Executivo ao legítimo exercício de seu papel essencial à conservação do sistema constitucional, a instituição vanguardista do combate à corrupção cresceu, conforme já mostramos, na estima dos cidadãos, na opinião comum, na fé pública. Cresceu como nenhuma outra neste país” (Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 58, jan./jun. 2003.

<sup>36</sup> BARROSO, *Investigação pelo Ministério Público*, cit.



tificável, no qual necessariamente transitam durante o desenrolar de suas atividades. Aqui, sim, a real compreensão do problema robustece, ao contrário de enfraquecer, a solução defendida neste texto. Se a sedução é real, e tão real que as próprias Forças Armadas são reticentes quanto à utilização de seu corpo, no campo da segurança pública, em vista dos riscos que tal atividade oferece à integridade moral da tropa, melhor que as interferências recíprocas entre os órgãos estatais, o intercruzamento de objetivos, a cooperação necessária, ajustem as condutas dos agentes públicos e a atuação dos órgãos, tudo com o fito de melhor facilitar a vida em sociedade e a proteção dos valores constitucionalmente tutelados. Sem se transformar em polícia, portanto, porque não é disso que se trata, é justificável, à luz de argumentos racionais deduzidos do texto constitucional, a ação investigatória do Ministério Público, em particular nos casos especialíssimos e mesmo naqueles nos quais, diante do material probatório já colacionado, em face do encaminhamento por outros órgãos públicos ou de investigação de outra natureza que não criminal (v.g., improbidade administrativa, matéria ambiental ou vinculada ao direito do consumidor, da criança e adolescente ou do idoso etc.) não se justifique a instauração de inquérito policial, visto que singelas ou poucas, embora complexas, diligências complementares são suficientes para a formação da convicção a propósito da necessidade ou não da propositura da ação penal.

A possibilidade de desvirtuamento da competência investigatória por membros do Ministério Público e conseqüente lesão a direitos e garantias fundamentais não justificam a proscrição de seu exercício pela simples razão de que falhas humanas podem acontecer e acontecem no ambiente de qualquer instituição. As distorções devem ser prevenidas, corrigidas ou punidas no plano concreto, seja internamente, por meio de instâncias superiores ou fiscalizadoras, seja externamente, por intermédio da atividade jurisdicional em cada caso. O excesso no manejo de competências constitucionalmente assinaladas, expressamente ou não, é um risco inerente ao exercício das funções públicas, cuja gravidade não justifica a irracionalidade do arranjo hermenêutico limitado, perigoso e materializador do monopólio titularizado por determinado órgão. Ao contrário, trata-se, antes, de, aceitando a interpretação mais condizente com os desafios

projetados em nosso tempo e, por isso mesmo, ajustada com as *démarches* por essa temporalidade requeridas, reclamar a satisfação dos direitos do homem no sítio investigatório. Neste ponto avulta a importância dos Procuradores-Gerais, autoridades necessárias para, sem risco de quebra do princípio constitucional da *independência funcional*, condensar os parâmetros norteadores da atividade, tudo em prol da efetivação de outro princípio constitucional por vezes esquecido: o determinante da *unidade* do Ministério Público. A unidade, para além do sentido clássico, neste novo momento constitucional, haverá de significar também o delinear de parâmetros mínimos necessários para a ação ministerial, ação pautada, antes de tudo, pela obediência aos cânones da legalidade e, também, da racionalidade controlável e justificável, tudo no contexto de uma coerência consensual e coletivamente construída no âmbito de cada carreira, a partir da provocação dos Procuradores-Gerais. A idéia da independência funcional não prescinde do sentido, das diretrizes necessárias para dotar a instituição de coerência, ainda que consensualmente construída. O Ministério Público haverá de agir como orquestra e não como coletivo despido de organicidade, no qual, sem regente, cada um toca a música de sua predileção com o instrumento que bem entender. Avulta, igualmente, nesse caso, o papel do legislador, que poderá também, a partir da liberdade de conformação que lhe é própria, e comprometido com a integral realização da Constituição, dispor sobre o assunto no momento mais oportuno. Fala-se, aqui, de *meios* para melhor definir os *limites* da investigação levada a termo pela autoridade ministerial, especialmente para ajustá-los aos demais valores, regras e princípios dotados de dignidade constitucional. Está-se, aqui, todavia, no campo das medidas cuja ausência não importa, em absoluto, a supressão ou a paralisação da eficácia do conjugado normativo que, corretamente interpretado, confere ao *Parquet* atribuição de natureza investigatória.

Afinal, a apuração das infrações penais, antes de constituir atribuição deste ou daquele órgão público, reveste-se da característica inafastável de matéria de interesse coletivo que deve ser eficazmente concretizado. Isso reclama frentes de trabalho múltiplas e não a compressão, mediante este ou aquele artifício doutrinário, da importante atividade de combate à criminalidade. Tal entendimento

guarda consonância com a diretiva constitucional da colaboração entre as entidades estatais, repise-se, razão a mais para não serem repelidas as diligências investigatórias do Ministério Público.

Sabe-se que a investigação criminal preliminar deve servir como um “filtro processual”, através do qual somente passarão para o plano jurídico-processual as condutas revestidas de evidente tipicidade. A eficácia desse filtro é garantia para os cidadãos, que não terão contra si promovidas ações descabidas, e também para o sistema judicial, que não desperdiçará recursos e esforço em processos natimortos. O bom funcionamento desse sistema requer amplo conhecimento, por parte dos encarregados da atividade investigatória, do ordenamento jurídico, especialmente dos princípios constitucionais, e sensibilidade quanto ao problema do abarrotamento dos órgãos judiciais. Esse é mais um motivo para se creditar ao Ministério Público a realização direta e pontual de diligências investigatórias.

## 7 Conclusão

Confiar, em função de uma operação hermenêutica singela, o *monopólio* da investigação criminal preliminar a um único órgão, no caso a polícia judiciária, equivale a colocar uma pá de cal nos avanços que a cooperação e, em determinadas circunstâncias, o compartilhamento de tarefas têm possibilitado. O país tem avançado, ninguém pode negar. A instituição ministerial tem acertado mais do que errado. As eventuais falhas podem ser corrigidas pela ação concertada dos membros do Ministério Público, ou em virtude da manifestação do legislador. O modelo, todavia, haverá de ser preservado.

A Constituição de 1988 desenha o novo Estado brasileiro a partir de um nítido perfil democrático, desafiando, para o que aqui interessa, a correta compreensão das competências conferidas aos órgãos encarregados de sua defesa. Nesse caso, o modelo adotado não é mais o das atividades radicalmente apartadas, mas, antes, o da cooperação, o das interferências, o da interpenetração e, mesmo, em determinados casos, o do compartilhamento. Da leitura pertinente da Constituição vigente, operacionalizada por uma *teoria constitucionalmente adequada* ao nosso espaço-tempo, infere-se, inegavelmente, a possibilidade, em hipóteses justificadas, pontuais, e transparentes à luz da *razão pública*, das investigações de natureza criminal, conduzidas

pelo Ministério Público. Afinal, o inquérito policial, este sim instrumento exclusivo da autoridade policial, não consome todas as hipóteses de investigação. Trata-se, com efeito, de apenas uma delas, sendo certo que as investigações, mesmo com repercussão criminal, podem ser desenvolvidas das mais variadas formas no contexto da normativa constitucional vigente. O direito compreendido como *integridade* haverá de reconhecer o fato e dele extrair a inevitável consequência: sim, o Ministério Público, autorizado pela Constituição Federal, pode, quando haja fundamento para tanto, conduzir investigações criminais. A discussão que haverá de ser travada, portanto, não envolve a *possibilidade*, mas, sim, os *limites* da atividade.

## Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 304.

BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público: argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária*. Parecer disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi\\_investigadireta2](http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2)>. Acesso em: 23 ago. 2004.

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

———. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, jan./jun. 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *O relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo penal acusatório*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

- LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MESQUITA, Paulo Dá. Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização de investigação criminal). *Revista do Ministério Público*, Lisboa, p. 137-149, abr./jun. 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ministério Público e poder investigatório criminal*. Disponível em: <[www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055)>. Acesso em: 23 ago. 2004.
- ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. In: MAIER, Julio B.J. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad hoc s.r.l., 2000. p. 37-57.
- STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



# Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas





# Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais<sup>1</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet\*

## 1 Introdução e delimitação do tema

Não obstante a assim denominada constitucionalização do Direito Privado – significativamente qualificada como representando uma autêntica “virada de Copérnico”, de acordo com a inspirada formulação de Luiz Edson Fachin<sup>2</sup> – constitui fenômeno que, em virtude de sua amplitude, não se restringe às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, é, todavia, nessa dimensão específica da problemática que iremos centrar a nossa atenção neste breve ensaio. Assim, importa registrar, de início, as razões que ensejaram essa opção. Em primeiro lugar, tal escolha se justifica em face da necessidade científica e metodológica de se proceder a uma delimitação do tema, mormente considerando as limitações físicas deste estudo. Essa, contudo, não foi a principal motivação. Guiou-nos, prioritariamente, a convicção de que a relação entre os direitos fundamentais consagrados pela Constituição e o Direito Privado assume feições específicas e diferenciadas, no contexto genérico das relações entre a Constituição e o Direito Privado. Evidentemente, tal constatação não afasta a existência de uma série de elementos co-

---

\* Ingo Wolfgang Sarlet é Doutor e Pós-Doutor em Direito (Munique, Alemanha). Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC/RS, onde também integra a Comissão Coordenadora. Juiz de Direito e Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura do RS (Ajuris).

<sup>1</sup> O presente texto integra obra coletiva organizada pelo autor, intitulada *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000).

<sup>2</sup> FACHIN, L. E. (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 317 e ss.

muns, a começar pela circunstância elementar de que qualquer aspecto que diga com os direitos fundamentais e o Direito Privado, em última análise, envolve o problema da Constituição na qual aqueles são assegurados e as suas relações com a ordem jurídica privada. Todavia, mesmo sob essa ótica, não há como desconsiderar a especial relevância dos direitos fundamentais na ordem constitucional, decorrente justamente deste elemento qualificativo – a fundamentalidade – na sua dupla vertente formal e material<sup>3</sup>.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se, desde logo, que, de acordo com a vontade expressa de nosso Constituinte, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988), o que, por si só, já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado<sup>4</sup>. Se a influência sobre a ordem jurídico-privada não é, por certo, prerrogativa dos direitos fundamentais, também não há como negligenciar que existem fortes razões a sustentar uma natureza qualitativamente diferenciada.

Lançadas essas considerações, impõe-se, contudo, nova delimitação, desta feita, já no âmbito próprio (mas ainda demasiadamente amplo e genérico) das relações entre direitos fundamentais e o Direito Privado.

Com efeito, tomando-se como ponto de partida o critério dos destinatários das normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais, isto é, daqueles que se encontram vinculados (na condição de obrigados), percebe-se, desde logo, algo que curiosamente ainda não tem sido suficientemente enfrentado no seio da doutrina constitucional e privatística pátrias, qual seja, a distinção entre a assim chamada eficácia “vertical” e “horizontal” dos direitos fundamentais

---

<sup>3</sup> Sobre a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, v. o meu *A eficácia dos direitos fundamentais* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 78 e ss.).

<sup>4</sup> Assim também parece concluir P. C. Villalon (*Derechos fundamentales y derecho privado. Academia Sevillana del Notariado*, Madrid: Edersa, 1998, t. 10, p. 103), consignando que o primeiro pressuposto para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, especialmente no âmbito das relações entre particulares, é a existência de uma garantia efetiva e específica dos direitos fundamentais.

no âmbito do Direito Privado. Cuida-se, como temos a intenção de demonstrar, de aspectos distintos – embora conexos – da problemática.

Assim, poder-se-á falar de uma eficácia de natureza “vertical” dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais, em última análise, sempre que estivermos falando da vinculação do legislador privado, mas também dos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional no que diz com a aplicação das normas do Direito Privado e a solução dos conflitos entre particulares.

Muito embora também nesse plano da “verticalidade” (das relações particular-Estado), naquilo que dizem com o Direito Privado, existam inúmeras questões passíveis de análise e ainda carentes de equacionamento, especialmente entre nós, é essa a dimensão menos controversa, já que virtualmente superada a concepção que chegou a negar até mesmo uma vinculação direta do legislador privado e, com maior ênfase, do “juiz civil” aos direitos fundamentais<sup>5</sup>. De modo geral, poder-se-á afirmar que, no que concerne à eficácia “vertical”, colocam-se – respeitadas certas especificidades e a particular relevância dos direitos fundamentais na ordem constitucional – os problemas que têm sido enfrentados no âmbito das relações entre a Constituição e o Direito Privado em geral<sup>6</sup>, aspectos que, reitera-se, não obstante intimamente vinculados ao enfoque da nossa abordagem, com esse não se confundem por inteiro e aqui não ocuparão lugar de destaque.

Em face do exposto, mas especialmente em virtude da peculiaridade da problemática e da profunda controvérsia e das perplexi-

---

<sup>5</sup> V., mais recentemente e por todos, CANARIS, C. W. *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 14 e ss.

<sup>6</sup> Assim, apenas para ilustrar essa assertiva, basta lembrar que, dentre os efeitos das normas constitucionais sobre a normativa infraconstitucional, inclusive privada (se é que ainda é possível sustentar tal distinção entre Direito Público e Privado), destaca-se a revogação das normas anteriores incompatíveis, a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos ofensivos à Constituição, assim como a necessidade de interpretação do Direito Privado à luz das normas constitucionais, no âmbito daquilo que alguns denominaram de eficácia “irradiante”. Nesse sentido, elencando os efeitos das normas constitucionais na ordem jurídico-privada, dentre outros, FLÓREZ-VALDÉS, J. A. y. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991, especialmente p. 125 e ss.

dades que continua gerando, é com a assim denominada eficácia “horizontal” (termo que, como veremos, igualmente merece ser tomado com reserva) dos direitos fundamentais que pretendemos nos ocupar de forma mais detida. Em suma, cuida-se – e esse o objetivo precípua deste breve ensaio – de analisar a problemática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, mais propriamente, da vinculação desses (pessoas físicas ou jurídicas) aos direitos fundamentais.

Também aqui não há como fugir da necessidade de se proceder a nova delimitação, já que não se poderá desconsiderar a existência de uma faceta material e processual do problema. Com efeito, verifica-se que a doutrina contemporânea, com inteira razão, tem apontado para essa dupla perspectiva, demonstrando que, embora também aqui não se possa fugir de uma conexão íntima, gerando um nexo de intensa interdependência, encontramos-nos em face de enfoques que suscitam aspectos distintos. Sob o prisma material, cuida-se de abordar a problemática da existência, ou não, de uma vinculação dos sujeitos particulares aos direitos fundamentais, bem como de verificar qual a amplitude e o modo dessa vinculação, ao passo que, sob o prisma processual, se estará tratando, em princípio, dos meios processuais para tornar efetivos os direitos fundamentais nas relações interprivadas, assumindo destaque, nesse contexto, o problema da possibilidade de o particular, via ação judicial, opor-se diretamente a eventual violação de direito fundamental seu por parte de outro particular.

A partir desse prisma processual, por exemplo, de há muito se discute na Espanha a respeito da impetração do recurso de amparo nesses casos<sup>7</sup>, ou mesmo o problema do acesso por parte dos particulares, em face de ofensas a direitos fundamentais oriundas de outros

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, v. G. Peces-Barba Martínez (*Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999, p. 618-19), que vincula essa distinção à diferença entre validade e eficácia (dimensão processual) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A respeito desse aspecto, v. também, entre outros, L. Pietro Sanchís (*Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 210 e 215 e ss.), destacando a distinção entre os problemas de ordem substancial e processual, assim como García-Torres e Jiménez-Blanco (*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, p. 15-16).

sujeitos privados, aos órgãos supremos encarregados da Jurisdição Constitucional, discutindo-se amplamente, sob esse prisma, os riscos de transformar as Cortes Constitucionais em Tribunais de revisão de conflitos de natureza eminentemente privada<sup>8</sup>, tema que, sob outro ângulo, encontra-se intimamente vinculado à problemática da sobrecarga de processos nos Tribunais Constitucionais, e que não afeta exclusivamente o nosso Supremo Tribunal Federal, muito embora talvez aqui o problema tenha assumido uma dimensão particularmente angustiante.

Desde logo, cumpre consignar que priorizaremos a análise sob o prisma assim denominado “material” da problemática. Da mesma forma, em se considerando que o problema da vinculação dos particulares se coloca, em princípio, para boa parte dos direitos fundamentais em espécie, suscitando questionamentos específicos (basta lembrar que tão-somente a liberdade contratual e o princípio da igualdade já ensejaram – e ainda poderiam fazê-lo – a elaboração de diversas monografias de fôlego), limitar-nos-emos a tecer algumas considerações de caráter geral e introdutório, com o modesto intento de contribuir para a discussão de tema que, ao menos entre nós e ressaltados alguns ensaios de inegável valor e pioneirismo<sup>9</sup>, ainda

---

<sup>8</sup> Essa a advertência, dentre tantos, de K. Hesse (*Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 61-62). Sobre o tema, v. principalmente a recente e profunda contribuição de Uwe Diederichsen (Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, v. 198, p. 171 e ss., 1998) questionando a atuação do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha na revisão de decisões da jurisdição ordinária no âmbito de conflitos jurídico-privados e indicando que, em verdade, a Corte Constitucional estaria exercendo funções de um Supremo Tribunal em matéria cível.

<sup>9</sup> Destaquem-se, aqui, as significativas contribuições de G. F. Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 207 e ss.) e G. Tepedino (*Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55 e ss.), com ensaios versando justamente sobre o tema específico da aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais às relações entre particulares, sem prejuízo de outros trabalhos de relevo já publicados entre nós, em que tal aspecto também obteve algum tipo de referência, muito embora não tenha assumido a condição de objeto precípuo da investigação. Dentre as recentes monografias, onde o problema da assim denominada constitucionalização do direito privado (no caso, do direito civil) também ocupa lugar de destaque, v., sem pretensão de esgotar o rol, já que não nos objetivamos, neste ensaio, com as diversas

não atraiu o interesse merecido, ao menos não sob a perspectiva a que nos propomos. Essa também é a razão pela qual, não obstante tendo por meta um enfoque afinado com a ordem jurídica pátria, nos vemos forçados a lançar mão de aportes extraídos do direito comparado, especialmente oriundos da experiência lusitana, espanhola e alemã, opção que se justifica também pela proximidade entre os sistemas jurídicos (notadamente no campo do Direito Constitucional) e por ser nesses países que a temática parece ter encontrado maior ressonância, sendo objeto de larga discussão doutrinária e jurisprudencial, ressaltando-se também a importância da experiência norte-americana no âmbito da doutrina da *state action*. Cuida-se, sem dúvida, de um dos temas mais controversos e fascinantes da dogmática jurídico-constitucional contemporânea.

Por derradeiro, embora reconheçamos aqui que uma análise mais completa do tema reclama algum nível de concretização<sup>10</sup>, isto é, desafia o estudo de aplicações práticas, registramos que tal empreitada refoge aos limites deste estudo, no qual – reitere-se – pretendemos apenas lançar algumas considerações de cunho introdutório e geral, inclusive preparando o terreno para futuros desenvolvimentos. Essa a razão, em suma, pela qual o recurso a exemplos extraídos da jurisprudência estrangeira e nacional – em que pese o relativamente farto material disponível – foi aqui conscientemente relegado a um papel secundário.

---

dimensões que pode assumir o fenômeno em cada ramo do direito privado, as contribuições de L. R. Ferreira da Silva (*Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense, 1998), especificamente no que diz com a previsão constitucional da liberdade contratual e autonomia privada e sua relatividade, C. L. Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999), igualmente dissecando a função e sentido atual da autonomia privada sob prisma constitucional, R. Aronne (*Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999), sustentado a aplicação direta da função social da propriedade, entre outros pontos, L. E. Fachin (*Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999), procedendo a uma releitura crítica do direito de família sob o influxo da normativa constitucional.

<sup>10</sup> Cf. a advertência de C. A. Mota Pinto (*Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 75).

## 2 Aspectos conceituais e terminológicos: destacando a peculiaridade do problema

Como já anunciado, ocupar-nos-emos, doravante, com a problemática da vinculação dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) aos direitos fundamentais. Em suma, cuida-se de saber até que ponto pode o particular (independentemente da dimensão processual do problema) recorrer aos direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando, e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, nesse caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais? A natureza peculiar dessa configuração decorre justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecerem restrições recíprocas, criando-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre particulares e entidades estatais (poder público em geral), já que estas, ao menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros<sup>11</sup>.

Esse aspecto da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas acabou sendo versado, na doutrina e na jurisprudência constitucionais, sob vários títulos, especialmente, “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung* ou “eficácia externa”) e “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais. Estas duas últimas expressões, assim como o problema propriamente dito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, encontraram sua primeira formulação

---

<sup>11</sup> V., entre tantos, especialmente K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988, v. III/1, p. 1513), cujo entendimento tem alcançado elevado grau de consenso no âmbito do Direito Comparado. Registre-se, contudo, que a inoponibilidade de direito fundamental por parte das entidades públicas em relação aos particulares, encontra-se excepcionada nas hipóteses em que o poder público é também titular de direitos fundamentais, como ocorre com o direito de propriedade, a liberdade de comunicação etc.

na doutrina constitucional alemã, já se tendo inclusive afirmado tratar-se de autêntico artigo de exportação jurídica *made in Germany*<sup>12</sup>.

Com efeito, apesar da dificuldade de se estabelecer com precisão até que ponto a reivindicação do propagado pioneirismo e originalidade é correta, não há como negar ter sido na Alemanha, especialmente a partir da Lei Fundamental de 1949, que o tema encontrou seu maior desenvolvimento, gerando acirrada controvérsia na doutrina e na jurisprudência, acabando por atrair (e influenciar) as atenções da doutrina européia em geral, até mesmo – embora ainda de forma tímida – a doutrina e a jurisprudência francesas<sup>13</sup>.

Ademais, observa-se que a discussão travada abrange a própria seara terminológica, impondo-se uma opção quanto a esse aspecto. Desde logo e sem dar ao problema demasiado valor, cumpre afastar a expressão “eficácia privada”, já que muito genérica, além de não colocar em destaque o ponto central da problemática ora examinada. Todavia, constata-se que até mesmo a denominação habitualmente mais utilizada na doutrina e na jurisprudência alemãs (eficácia em relação a terceiros – *Drittwirkung*) não escapa de uma análise crítica, tendo encontrado um número considerável de opositores inclusive no seu país de origem.

Dentre os diversos argumentos citados, cumpre destacar que, de fato, não se trata propriamente de um terceiro nível eficaz (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (relação horizontal) em contraposição à clássica e incontestada vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e

---

<sup>12</sup> Essa, pelo menos, a posição abalizada do conhecido publicista germânico Ingo von Münch (Die Drittwirkung der Grundrechte in Deutschland, p. 10-11 – cuida-se de tradução para o alemão do texto em espanhol publicado na obra coordenada por Pablo Salvador Coderch – *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid, Civitas, 1997).

<sup>13</sup> Assim o reconhece L. Favoreau, no seu prefácio à obra de M. Frangi (*Constitution et droit privé*. Paris: Economica, 1992), referindo que até meados dos anos setenta, dificilmente haveria como falar de uma constitucionalização do Direito Privado (e até mesmo público) na França, destacando, ainda, a influência das doutrinas e das jurisprudências norte-americanas, alemãs e italianas no sentido de estimular o desenvolvimento do tema no âmbito da ciência jurídica francesa.



Estado<sup>14</sup>. Mas também esse argumento e, portanto, a expressão “eficácia horizontal” têm sido rejeitados, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia em face de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade<sup>15</sup>. Por derradeiro, verifica-se que sob a denominação genérica “eficácia privada” ou “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung*), até mesmo na doutrina alemã registram-se diversas análises que acabaram abordando, de forma nem sempre precisa e distinta, a vinculação do legislador privado e o problema da vinculação dos particulares<sup>16</sup>.

Essas, em suma, algumas das razões pelas quais optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”<sup>17</sup> ou mesmo “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais”<sup>18</sup>, por traduzir, de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.

A própria utilização do termo eficácia poderá conduzir a certos equívocos e imprecisões, que, aliás, chegam a ser comuns na esfera doutrinária e jurisprudencial. Assim, há quem distinga as expressões validade e eficácia, sustentando que esta última diz especifi-

---

<sup>14</sup> Cf. MÜNCH, Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland, cit., p.12-13.

<sup>15</sup> Esta a lição de UBILLOS, J. M. Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 244.

<sup>16</sup> Cf. a constatação de CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 33 e ss.).

<sup>17</sup> Assim, por exemplo, J. M. Bilbao Ubillos (*La eficacia de los derechos fundamentales*, cit.), bem como J. García-Torres e A. Jiménez-Blanco (*Derechos fundamentales...*, cit.). Também A. E. Pérez Luño (*Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 22) fala na “eficacia de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares”.

<sup>18</sup> Essa a opção, entre outros, de J. C. Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 270 e ss.) e de J. J. Nunes Abrantes (*A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990).

camente com a já referida dimensão processual do problema<sup>19</sup>. Por sua vez, Canaris distingue igualmente os conceitos validade (*Geltung*) e eficácia (*Wirkung*), mas, de modo diverso, sustenta que o problema da eficácia diz com os destinatários das normas de direitos fundamentais, não se podendo confundir a vinculação direta do legislador privado com a vinculação dos particulares, na condição de destinatários dos direitos fundamentais<sup>20</sup>.

Para além disso – sem entrarmos aqui no mérito da correção desses posicionamentos – impõe-se, contudo, que, ao menos para efeitos deste estudo, partamos de um ponto comum. Objetivando a coerência com o nosso próprio discurso e, ao que nos parece, posicionando-nos de forma afinada com o pensamento pátrio dominante, preferimos distinguir as noções de validade e eficácia, considerando esta como sendo a possibilidade de a norma (no caso, a norma definidora de direitos e garantias fundamentais) gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes<sup>21</sup>. Assim, a eficácia (que aqui não se confunde com a dimensão processual, mais propriamente ligada ao problema da efetividade, ou mesmo da eficácia social, como ensina José Afonso da Silva) pressupõe a vinculação jurídica dos destinatários, já que toda e qualquer norma vigente, válida e eficaz (conceitos distintos, embora inter-relacionados) implica um certo grau de vinculatividade, embora se possa discutir quem e como está vinculado. A partir do exposto, podemos partir da premissa de que, ao ver-sarmos sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, estamos, de qualquer sorte, situados no âmbito da problemática mais ampla da eficácia (no caso, eficácia vinculante) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações entre particulares.

Ainda em caráter preliminar, cumpre ressaltar a existência de uma série de normas de direitos fundamentais que restam, desde logo, excluídas da discussão, por serem, em princípio, não-oponíveis

---

<sup>19</sup> Assim o faz MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 618-619.

<sup>20</sup> Cf. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht...*, cit., p. 35.

<sup>21</sup> V. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 207 e ss., embasando-nos, quanto a esse aspecto, essencialmente nas lições de J. A. da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 48 e ss.).

aos particulares (pessoas físicas e/ou jurídicas), notadamente quando têm por destinatário exclusivamente os órgãos estatais, como ocorre, por exemplo, com os direitos políticos, assim como no caso do direito à nacionalidade, das garantias fundamentais processuais (especialmente na esfera penal), direitos de asilo e não-extradicação, apenas para citar alguns exemplos particularmente eloqüentes e habitualmente referidos na doutrina<sup>22</sup>.

De outra banda, o problema poderá ser tido como superado – apenas, contudo, no que diz com o reconhecimento da existência (isto é, do “se”) de uma vinculação dos particulares – quando se tratar de normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatários (ao menos também) entidades privadas e os particulares em geral. Da nossa Constituição vigente poderão ser referidos, entre outros, o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e V), certamente não oponível apenas quando o Estado for o causador do dano, assim como o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, X) e o sigilo da correspondência e das comunicações (art. 5º, XII). Tal ocorre, aliás, especialmente com os direitos dos trabalhadores (arts. 7º e ss. da Constituição de 1988), cujos destinatários precípuos são os empregadores, em regra, particulares.

A pergunta da existência de uma vinculação dos particulares (isto é, do “se”) poderá assumir relevância, portanto, apenas para o grupo dos direitos fundamentais que não têm por destinatários exclusivos os órgãos estatais. De outra parte, já terá sido respondida de modo afirmativo, sempre que se cuide de normas de direitos fundamentais que expressa e inequivocamente tiverem particulares (exclusivamente ou não) como destinatários, do que dão conta os exemplos referidos. Todavia, importa consignar que mesmo os direitos

---

<sup>22</sup> A respeito da exclusão dos direitos fundamentais que têm por destinatários apenas os órgãos estatais (poder público), v., dentre tantos, J. Miranda (*Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. 4, p. 284), J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1153), K. Hesse (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 257), Ingo von Münch (*Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, cit., p. 15) e, mais recentemente, Paulo Mota Pinto (*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. In: *Portugal–Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 228).

fundamentais direcionados, em princípio, “exclusivamente” ao poder público não deixam, em certa medida, de ter uma eficácia no âmbito das relações privadas, visto que, consoante já assinalado, vinculam diretamente o legislador privado, da mesma forma como vinculam os Juízes e Tribunais ao aplicarem o Direito Privado à luz da Constituição e dos direitos fundamentais. Cuida-se de dimensão relevante da relação entre direitos fundamentais e direito privado, mas que, pelos motivos já expostos, não será abordada neste estudo.

Posto isso, verifica-se que uma análise do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ainda que de cunho introdutório, tal como ora nos propomos a efetuar, inevitavelmente não poderá desconsiderar a lição de Robert Alexy, para quem são dois os principais aspectos a serem enfrentados: como e em que medida (isto é, qual o alcance) se dá a vinculação dos particulares, o primeiro sendo um problema de construção e o segundo um problema de colisão, ambos resultando da característica peculiar de se tratar, em princípio e diversamente das relações particular/Estado, de uma relação na qual ambos os pólos são titulares de direitos fundamentais<sup>23</sup>. Antes, contudo, de nos dedicarmos a esses pontos nucleares da problemática, não poderíamos nos furtar de lançar um breve olhar sobre os pressupostos teóricos que têm servido como base de sustentação para uma eficácia dos direitos fundamentais – seja a que título for – nas relações entre particulares.

### **3 Premissas de um consenso: as razões em prol de uma eficácia (vinculatividade) dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares**

Apesar de atualmente já se registrar amplo consenso no que diz com o reconhecimento, pela doutrina majoritária, de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em outras palavras, quanto ao “se” dessa vinculação<sup>24</sup>, isso não significa que tal

---

<sup>23</sup> Cf. ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 480 (v. também a versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 511).

<sup>24</sup> Assim, v. a recente manifestação de T. Langler (*Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1998, p. 29), na esteira do que já havia

aspecto não mereça alguma consideração. Com efeito, a virtual ausência de controvérsia não torna indispensável ao menos uma breve incursão nessa seara, com o objetivo de expor alguns dos principais argumentos e pressupostos teóricos dessa evolução, inclusive para viabilizar a melhor compreensão do fenômeno e até mesmo preparar o terreno para a discussão em torno da forma pela qual se dá essa vinculação, a ser enfrentada no próximo segmento.

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, eram concebidos desse modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, como reflexo da então preconizada separação entre sociedade e Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada<sup>25</sup>.

Com efeito, com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada<sup>26</sup>. Na

---

sustentado, entre outros, Alexy (*Theorie der Grundrechte*, cit., p. 480, e *Tèoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 510-511).

<sup>25</sup> Entre nós, cumpre registrar a lição de G. Tepedino (*Temas de direito civil*, cit., p. 55 e ss.). Nessa mesma linha, situa-se o entendimento de C. Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 225 e ss.) destacando também o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado e a necessidade de proteção de determinados segmentos sociais (no caso em particular, notadamente os consumidores) contra o exercício do poder social.

<sup>26</sup> Nesse sentido, a lição de V. M. P. D. Pereira da Silva (Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, p. 43-44, 1987), ressaltando, ainda, a existência de uma tendência no sentido de uma crescente descentralização e distribuição do poder entre as forças sociais.

verdade, cumpre assinalar que, se o Estado chegou a ser considerado o destinatário exclusivo dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, não há como negar que as ameaças resultantes do exercício do poder social e da opressão socioeconômica já se faziam sentir de forma aguda no auge do constitucionalismo liberal-burguês, bastando aqui uma breve alusão às conseqüências da Revolução Industrial, cujo primeiro ciclo teve início justamente quando eram elaboradas as primeiras Constituições escritas e – ao menos no âmbito europeu – quando se vivenciava o apogeu dessa primeira “onda” do constitucionalismo, no âmbito do qual, de resto, foram reconhecidos – ao menos sob o prisma formal – os primeiros direitos fundamentais.

O Estado passa a aparecer, assim, como devedor de postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais, deixando de ocupar – na feliz formulação de Vieira de Andrade – a posição de “inimigo público”<sup>27</sup>, ou, pelo menos, não mais a de inimigo número um (ou único) da liberdade e dos direitos dos cidadãos, como poderíamos acrescentar. Nesse contexto, cumpre referir que expressivo rol de doutrinadores têm reproduzido a tendência (por sua vez, não completamente imune a críticas)<sup>28</sup> de reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão jurídico-objetiva, de acordo com a qual os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores esses que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado –<sup>29</sup>, razão pela qual de há muito os

---

<sup>27</sup> Cf. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 273-274.

<sup>28</sup> Desenvolvida originária e prioritariamente no direito constitucional alemão, mas recepcionada no âmbito do direito constitucional comparado, especialmente na Espanha, em Portugal e na Itália, a concepção de que os direitos fundamentais, por serem parte integrante e a expressão de uma ordem de valores objetiva, irradiam os seus efeitos em toda ordem jurídica, em que pese sua inegável importância para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, acabou sofrendo críticas das mais diversas, a começar pelo seu conteúdo vago, mas, de modo especial, pelas conseqüências que foram extraídas dessa concepção.

<sup>29</sup> Nesse sentido, fala-se, em formulação já clássica, de uma “eficácia irradiante” (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, reconhecida já nos primórdios de sua fecunda judicatura pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, na paradigmática, multiplicada e con-

direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado<sup>30</sup>.

Em face do exposto, há que acolher a lição de Vieira de Andrade, ao destacar os dois aspectos principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do postulado da unidade do ordenamento jurídico, aplicam-se relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada (o que diz preponderantemente com a dimensão “vertical”, já referida), bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais, provenientes de outros indivíduos ou entidades particulares<sup>31</sup>. Assim, independentemente de qual a perspectiva adotada, a existência de uma vinculação dos particulares (seja qual for sua forma e seu alcance) parece ser, portanto, inquestionável, ressalvadas, à evidência, as hipóteses nas quais o Estado é o destinatário precípua das normas de direitos fundamentais. Se nesse terreno (o da existência propriamente dita de uma vinculação), tal como assinalado, não se verifica maior controvérsia, o mesmo não ocorre com a forma e intensidade da vinculação, objeto dos próximos segmentos do nosso estudo, cuja atualidade tem sido reafirmada inclusive na Alemanha, onde houve até mesmo quem chegasse a considerar esgotada a discussão<sup>32</sup>.

---

troversa decisão proferida no *Caso Lüth* (BverfGE 7, 198), que voltará a ser referida. Na doutrina, sobre o assim denominado efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, v., por todos, K. Hesse (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 155 e ss.).

<sup>30</sup> Cumpre lembrar, nesse particular, dentre outros, a lição de J. Caupers (*Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 158-159), bem como de R. Alexy (*Theorie der Grundrechte*, cit., p. 476 e ss., e *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 506 e ss.).

<sup>31</sup> Cf. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 274.

<sup>32</sup> Aqui já bastaria lembrar, dentre as monografias, os recentes e expressivos trabalhos de J. Neuner (*Privatrecht und Sozialstaat*. München: C. H. Beck, 1998) e de C.-W. Canaris (*Grundrechte und Privatrecht*, cit.), sem falar de um considerável número de artigos publicados ao longo dos últimos cinco anos e de algumas importantes decisões do Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*).

## 4 O problema do “como”: eficácia direta ou indireta?

### 4.1 Considerações genéricas

Ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu art. 18/1, consagrou expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a nossa Constituição de 1988 sequer previu, a despeito de consagrar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), a expressa vinculação do poder público, tal como ocorreu, por exemplo e paradigmaticamente, na Lei Fundamental da Alemanha (art. 1º, inciso III), assim como nas vigentes Constituições da Grécia, Espanha e na própria Constituição de Portugal, já referida.

Tomando como ponto de partida justamente a experiência portuguesa, que nos é mais próxima, constata-se que, apesar de se ter por superada a questão da existência, ou não, de uma vinculação das entidades privadas, persiste um consenso quanto ao fato de que a norma contida no art. 18/1 não revela, contudo, a amplitude, a forma e a intensidade dessa vinculação, isto é, nada resolve, de forma definitiva, no concernente ao *modus vinculandi*. Assim, questiona-se, por exemplo, se a vinculação das entidades privadas assume as mesmas feições da vinculação dos poderes públicos, ou mesmo se a expressão “entidades privadas” se refere a todos os particulares, pessoas físicas e/ou jurídicas, ou se apenas engloba determinadas pessoas privadas, notadamente, quando detentoras de certo grau de poder social<sup>33</sup>. Portanto, se até mesmo no direito lusitano, a despeito da expressa previsão de uma vinculação das entidades privadas, não se registra um consenso quanto à sua forma e intensidade, o que não dizer na ordem jurídica pátria, onde tal tema, para além da inexistência de dispositivo similar, sequer tem recebido – salvo algumas exceções – a merecida atenção pela doutrina e jurisprudência?

Se mesmo nos casos em que parece indiscutível uma vinculação dos particulares, notadamente quando expressamente prevista e, nesse caso, inequivocamente direta, é possível questionar qual o

---

<sup>33</sup> Cf. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 281. Mais recentemente, v. igual questionamento de P. Mota Pinto (*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, cit., p. 229-230).



alcance dessa vinculação, quanto mais o problema ganha em relevância em se tratando de direitos fundamentais nos quais essa vinculação não transparece assim de forma tão inequívoca. Para além disso, não nos esqueçamos – como já tivemos oportunidade de anunciar – de que, mesmo no que diz com a vinculação das entidades públicas, não há como negligenciar a existência de uma miríade de aspectos específicos, notadamente no âmbito das distinções que essa vinculação assume em relação ao Legislador, ao Poder Executivo e aos órgãos do Poder Judiciário, não sendo poucos os problemas que ainda aguardam por uma solução consensual na esfera doutrinária e jurisprudencial<sup>34</sup>.

Aliás, mesmo que se tenha por afirmada a existência, em princípio, de uma vinculação dos particulares, não são poucos os que continuam a sustentar, quanto à forma da vinculação (direta ou indireta), não ser evidente que os direitos fundamentais tenham aplicação imediata e vinculem diretamente na esfera das relações entre particulares<sup>35</sup>.

É nesse contexto que entendemos indispensável uma apresentação preliminar e análise (ainda que sumária) das concepções doutrinárias elaboradas especialmente no âmbito da ciência jurídico-constitucional germânica e que passaram a influenciar, de uma ou de outra forma, a evolução posterior, inclusive com a criação de novos modelos e alternativas, não faltando até mesmo quem tenha questionado seriamente a própria relevância da discussão em torno de uma vinculação direta ou indireta dos particulares aos direitos fundamentais, como ainda teremos oportunidade de constatar. Por sua relevância e em face de suas peculiaridades, mas também por suas semelhanças, igualmente não deixaremos de referir brevemente a experiência norte-americana nessa seara, notadamente, no que diz com a doutrina da *state action*.

#### 4.2 Teoria da eficácia imediata (direta)

De acordo com a posição inicialmente desenvolvida e sustentada por Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, adotada e re-

---

<sup>34</sup> V. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 334.

<sup>35</sup> Cf., dentre outros, mesmo recentemente, ERICHSEN, H.-U. Die Drittwirkung der Grundrechte. *JURA*, 1996, p. 527.

forçada por Walter Leisner, este último autor de alentada tese de cátedra sobre o tema, a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento segundo o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado viesse a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais. Assim, Nipperdey chegou a sustentar aquilo que denominou de eficácia absoluta (*absolute Wirkung*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares<sup>36</sup>.

Para Nipperdey, uma negativa da vinculação direta dos particulares acabaria atribuindo às normas de direitos fundamentais cunho meramente declaratório, concepção compartilhada por Hermann von Mangoldt, um dos principais autores da Lei Fundamental da Alemanha<sup>37</sup>. Apesar disso, o argumento de acordo com o qual uma vinculação dos particulares decorreria naturalmente da expressa previsão de uma vinculação do poder público acabou por ser abandonado pelos próprios defensores da vinculação imediata, na medida em que se reconheceu a existência de uma diferença estrutural entre as relações particular/Estado e dos particulares entre si, já que estes, em regra, são todos igualmente titulares de direitos fundamentais<sup>38</sup>.

Acabou prevalecendo o entendimento de que corresponderia à vontade da Lei Fundamental propiciar uma proteção ampla da liberdade<sup>39</sup>, já que, a despeito de os direitos fundamentais terem surgi-

---

<sup>36</sup> Cf. NIPPERDEY, H. C. Grundrechte und Privatrecht. In: ——— (Hsgb). *Festschrift für Erich Molitor*. München; Berlin: C. H. Beck, 1962, p. 24.

<sup>37</sup> Assim o lembra BLECKMANN, A. *Staatsrecht II – Die Grundrechte*. 4. ed. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl-Heymanns, 1997, p. 226-227.

<sup>38</sup> Cf. ERICHSEN, Die Drittwirkung der Grundrechte, cit., p. 528.

<sup>39</sup> W. Leisner (apud STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1542) já falava de uma tendência multidirecional (*allseitige Tendenz*) no âmbito dos direitos fundamentais, evolução essa que teria sido suprimida ao longo do século XIX, sob a égide do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, voltando a manifestar-se apenas com o advento da Constituição de Weimar e do constitucionalismo social.

do, historicamente, como direitos de defesa, oponíveis ao Estado, verificou-se uma transformação no âmbito do significado e das funções dos direitos fundamentais, especialmente em virtude das ameaças oriundas dos poderes sociais, além de se estar levando a sério o princípio da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais<sup>40</sup>.

Como consequência dessa concepção, os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares<sup>41</sup>.

#### 4.3 Teoria da eficácia mediata (indireta)

Nem mesmo a teoria da eficácia imediata, na formulação original de Nipperdey, chegou a alcançar alguma influência, inclusive – e de modo especial – no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha (*Bundesarbeitsgericht*), presidido, na época, pelo próprio Nipperdey, desenvolveu-se, a partir da paradigmática formulação de Günther Dürig, a tese da eficácia mediata, que, partindo de algumas premissas comuns, notadamente ao advogar que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, com reflexos em todo o ordenamento jurídico, no entanto contesta veementemente os defensores da eficácia imediata. Para Dürig, em objeção acolhida até hoje por expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência constitucionais, o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do direito privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> V. aqui também Erichsen (*Die Drittwirkung der Grundrechte*, cit., p. 528), sintetizando os principais argumentos de Nipperdey e dos demais defensores de uma eficácia direta.

<sup>41</sup> Nesse sentido, a lição de C.W. Canaris (*Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 34), registrando as consequências sustentadas no âmbito da doutrina da eficácia direta, embora contestando – ele próprio – uma tal vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

<sup>42</sup> Cf. G. Dürig (*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. In: MAUNZ, Theodor [Hsgb]. *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*: Festschrift zum 75. Geburtstag

Assim, de acordo com a proposta de Dürig, a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada, na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das “cláusulas gerais” e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais<sup>43</sup>. Em primeira linha, portanto, constitui – segundo os adeptos dessa concepção – tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.

Em última análise, isso significa que os direitos fundamentais não são – segundo essa concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado<sup>44</sup>.

A teoria da eficácia mediata (indireta) acabou – de modo geral e consideradas as especificidades e ajustes – por prevalecer no seio da doutrina e da jurisprudência alemãs – muito embora não de forma unânime –, passando a ser adotada – ainda que não expressamente – pelo Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*)

---

von Hans Nawiasky. München: Isar Verlag, 1958, p. 183-184), registrando que com o propósito de sustentar uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares estar-se-ia, em verdade – apesar da boa-fé dos defensores da eficácia imediata – ensejando uma estatização (socialização) do direito privado.

<sup>43</sup> Cf. DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, cit., p. 176 e ss. Posteriormente, mesmo repudiando, em princípio, uma vinculação direta dos particulares, autores de nomeada, como C.-W. Canaris (*Grundrechte und Privatrecht. AcP – Archiv für die zivilistische Praxis*, n. 184, 1984, pp. 222) e, na esteira do primeiro, K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1557 e ss.), reconheceram, de forma correta e já difundida, que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não se restringe às cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

<sup>44</sup> Cf. a precisa observação de J. C. Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 347).

a partir do famoso e multicitado *Caso Lüth*, ainda no início de sua profícua e influente judicatura, que ora vai apresentado de forma sumária<sup>45</sup>.

Em 1950, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme “Unsterbliche Gelibte” (amada imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia produzido filme de cunho notoriamente anti-semita, durante a ditadura nazista. Harlan obteve decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstinhasse de boicotar o filme, com base no § 826 do Código Civil (BGB)<sup>46</sup>. Contra essa decisão, Lüth ingressou com reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante a Corte Constitucional, argumentando que a decisão do Tribunal de Hamburgo violou sua liberdade de expressão, que – segundo Lüth – protege também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra. O Tribunal Constitucional, por sua vez, acolheu o recurso, argumentando que os tribunais civis podem lesar o direito fundamental de livre manifestação de opinião, aplicando regras de direito privado. Entendeu a Corte que o Tribunal Estadual desconsiderou o significado do direito fundamental de Lüth (liberdade de expressão e informação) também no âmbito das relações jurídico-privadas, quando ele se contrapõe a interesses de outros particulares.

Independentemente do resultado da decisão, cumpre sinalar que, na sua fundamentação, a Corte Constitucional, não obstante não tenha aderido expressamente às concepções da eficácia imediata ou mediata, reconheceu, inicialmente, que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, centrada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana no seio da comunidade, cuidando-se de decisão constitucional básica para todos os âmbitos do direito, influenciando também sobre o direito civil, no sentido de que nenhum dispositivo jurídico-civil possa lhe ser contrário, além de impor uma interpretação conforme a Constitui-

---

<sup>45</sup> BverfGE (Coletânea das Decisões do Tribunal Federal Constitucional), v. 7, p. 198 e ss.

<sup>46</sup> De acordo com o § 826 do BGB (Código Civil da Alemanha), “aquele que causa dano a outro, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo” (“Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet”).

ção. Para o Tribunal – em apertada síntese –, o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio dos dispositivos que regem diretamente esse âmbito jurídico, de tal sorte que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho imperativo e que integram a ordem pública em sentido amplo. Para a concretização dessa influência se oferecem principalmente as cláusulas gerais do direito privado (como é o caso do citado § 826 do Código Civil), que – nesse particular seguindo a lição de Dürig – atuam como pontos de ingresso (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no Direito Civil.

Ainda segundo o Tribunal – na decisão “Lüth” –, um litígio entre particulares envolvendo direitos e deveres decorrentes de normas jurídico-privadas, mesmo influenciadas pelos direitos fundamentais, segue sendo um conflito jurídico-civil, impondo-se ao juiz a tarefa de examinar se os dispositivos legais (privados) a serem aplicados encontram-se materialmente influenciados pelos direitos fundamentais na forma já referida, devendo considerar tais modificações na sua decisão, de tal sorte que também o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais, decisão essa passível de reclamação constitucional diretamente endereçada ao Tribunal Constitucional, que, no entanto, pena de converter-se em uma superinstância de revisão, limita-se a examinar se a decisão impugnada considerou o efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre o direito privado, já que todos os atos dos poderes estatais devem ser apreciados segundo a medida dos direitos fundamentais<sup>47</sup>.

Tal orientação – objeto de larga controvérsia até mesmo fora da Alemanha – acabou prevalecendo, na sua essência, nas decisões seguintes, muito embora possam ser constatadas importantes varia-

---

<sup>47</sup> Cf. BverfGE 7, 198 e ss. Para os que não tiverem acesso à decisão na versão original, em alemão, v. a obra de J. García Torres e A Jiménez-Blanco (*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, cit., p. 26-32), na qual foram transcritos em espanhol os principais trechos da decisão, isto sem que se vá adentrar aqui o mérito das considerações tecidas pelos autores a respeito do já tão citado e controverso Aresto da Corte Constitucional da Alemanha. Também G. F. Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 220-221) apresenta breve síntese dessa decisão.

ções e desenvolvimentos, que, ao menos por ora, não poderão ser apresentados e discutidos.

#### 4.4 A teoria dos deveres de proteção: novas tendências no âmbito da assim denominada eficácia indireta

Não obstante ainda sustentando uma eficácia, em princípio e em primeira linha indireta, houve, na própria Alemanha, uma revisão crítica das primeiras concepções sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, destacando-se, entre outros, autores como Konrad Hesse, Albert Bleckmann, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, apenas para citar alguns dos que lograram alcançar maior expressão, que, agregando novos fundamentos, acabaram formulando novas alternativas e soluções mais ou menos diferenciadas, inclusive admitindo um espaço significativamente maior para uma vinculação direta, tal como o fazem Robert Alexy, bem como – embora adotando uma posição mais intermediária – Jörg Neuner, da qual, por sua vez, se aproxima a proposta de Paulo Mota Pinto, recentemente sustentada no Direito Lusitano.

Partindo, ainda que parcialmente, dos pressupostos teóricos que já se faziam presentes na base das concepções anteriores, especialmente entre os defensores de uma vinculação indireta, tem sido sustentado que os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais (e é o Estado o destinatário precípua dessa obrigação) um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando essas agressões forem oriundas de outros particulares, proteção essa que assume feições absolutas, já que abrange todos os bens fundamentais<sup>48</sup>. Para os adeptos dessa concepção, considerada a melhor forma de fundamentar e resolver o problema da eficácia (vertical e horizontal) dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada<sup>49</sup>, continua sendo, portanto,

---

<sup>48</sup> Cf., entre outros, STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1573 e ss. Sobre os deveres de proteção e um correspondente direito (prestacional) à proteção, v. especialmente ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 410 e ss., e *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 435 e ss.

<sup>49</sup> Nesse contexto, chegou até mesmo a ser sugerida a substituição da doutrina da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas pela figura dos “deveres de

o Estado o destinatário precípua dos direitos fundamentais, cuidando-se, à evidência, de uma proteção que – em regra – ocorre de forma mediata, notadamente levada a efeito pelo legislador e, subsidiariamente, pelos órgãos do Poder Judiciário.

Ao passo que, na sua função como direitos de defesa, os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao imporem deveres de proteção, as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever esse que – para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais – pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como a da legítima defesa) não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares<sup>50</sup>.

A teoria dos deveres de proteção, assim o advogam seus defensores, apresenta a vantagem de viabilizar um tratamento suficientemente diferenciado dos direitos fundamentais no Direito Privado, partindo do reconhecimento de uma competência normativa (*Rechtssetzungskompetenz*) dos sujeitos privados, admitindo o dever de intervenção estatal no âmbito das relações jurídico-privadas apenas em casos excepcionais e devidamente justificados.<sup>51</sup> Para além disso, argumenta-se que a maior vantagem da teoria dos deveres de proteção reside justamente na circunstância de encontrar-se edificada sobre as estruturas do Direito Privado, de tal sorte que os deveres específicos de proteção não podem ser determinados previamente e em abstrato, de forma genérica, carecendo de concretização de acor-

---

proteção”, tal como o fez S. Oeter (“Drittwirkung” der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. *AÖR – Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 119, p. 549, 1994).

<sup>50</sup> Sobre esse fundamento da teoria dos deveres de proteção, v. MÜNCH, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, cit., p. 26.

<sup>51</sup> Cf. NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, cit., p. 160.



do com seu respectivo conteúdo e apenas nessa medida gerando direitos subjetivos<sup>52</sup>.

#### 4.5 A vinculação dos assim denominados “poderes privados”

Na esteira do que já havíamos sustentado em outra ocasião, verifica-se que no âmbito da literatura jurídica costumam ser destacadas duas constelações distintas no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada: as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social (também sujeitos particulares) e as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por uma pelo menos tendencial igualdade, já que situadas fora das relações de poder<sup>53</sup>.

Comum a boa parte dos defensores da eficácia direta e indireta, embora também aqui com especificidades a serem consideradas, é a constatação de que, em se tratando de uma relação jurídico-

---

<sup>52</sup> Assim também a lição de NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, cit., p. 161. Há que consignar, além do mais, que a doutrina dos deveres de proteção, inclusive na sua aplicação às relações jurídico-privadas, foi igualmente acolhida e desenvolvida no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, embora de forma ainda bastante tímida e isolada, tal como observou G. Hermes (*Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? NJW – Neue Juristische Wöchenschrift*, 1990, p. 1764 e ss.), destacando e comentando decisão de 7.2.1990, na qual pela primeira vez foi declarada a inconstitucionalidade de uma norma jurídico-privada em virtude de conflitar com o dever de proteção da liberdade de profissão contra autolimitações contratuais. Eis, em apertada síntese, do que se tratava: com base na norma contida no § 90, “a”, II, do Código Comercial da Alemanha, um representante comercial poderia ser contratualmente impedido de exercer por até dois anos, no âmbito da República Federal da Alemanha, toda e qualquer atividade para a concorrência, sem qualquer tipo de indenização, em caso de rescisão de contrato de representação comercial por culpa do representante. O Tribunal Constitucional considerou que a decisão da jurisdição ordinária, que deu ganho de causa ao empreendedor na sua demanda promovida contra o representante que descumpriu a cláusula contratual limitativa, acabou também desconsiderando o direito fundamental à liberdade de profissão e o correspondente dever de proteção do Estado.

<sup>53</sup> Paralelamente a essas duas possibilidades, amplamente reconhecidas, J. Miranda (*Manual de direito constitucional*, cit., v. 4, p. 289) identificou um terceiro grupo de relações, quais sejam, as que se estabelecem dentro de grupos, associações e pessoas coletivas, bem como entre seus membros e os poderes públicos. Parece-nos, contudo, que essa terceira constelação se equipara virtualmente às relações entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas) e os poderes estatais, similar à que caracteriza o tradicional esquema indivíduo-Estado e, nesse sentido, é similar às relações entre particular e poder social.

privada entre um particular e outro particular, caracterizada por um inequívoco e relevante grau de desigualdade, em que num dos extremos encontra-se atuando uma entidade privada ou mesmo uma pessoa física dotada de expressivo poder social, estaríamos, em verdade, diante de uma relação similar (ou, pelo menos, muito próxima) à que se estabelece entre indivíduo e Estado, razão pela qual – em se tratando de um particular “poderoso” e configurado o desequilíbrio de poder social na relação jurídico-privada em causa – ter-se-á sempre – ao menos de acordo com expressiva parte da doutrina – uma vinculação direta, aqui também presente uma eficácia do tipo vertical e não propriamente “horizontal”, como já foi ressaltado<sup>54</sup>.

A teoria dos assim denominados “poderes privados” e o reconhecimento de sua vinculação pelos direitos fundamentais, apesar de já terem sido sustentados à época de Weimar, acabaram sendo acolhidos de forma mais ampla – ainda que não de forma generalizada – após a promulgação da Lei Fundamental da Alemanha, seja pela doutrina, seja pelo Tribunal Federal Constitucional, em diversos julgados, obtendo igualmente o reconhecimento na doutrina e prática jurisdicional da Itália, Espanha e Portugal, apenas para citar os exemplos mais expressivos do direito comparado.

Na base dessa concepção radica a constatação de que, para além dos órgãos estatais (o Estado é apenas uma das fontes de ameaças), os direitos fundamentais dos indivíduos carecem de proteção também em relação aos agentes privados (especialmente grupos empresariais, corporações etc.) dotados de significativo poder social e/ou econômico<sup>55</sup>. Nesse sentido, já houve quem sustentasse – com

---

<sup>54</sup> Cf., dentre outros, J. C. Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 285), ressaltando que se deverá tratar, pelo menos, de um poder de fato, inequívoco e objetivamente determinável, sendo insuficiente uma dependência subjetiva e momentânea, posição compartilhada por V. M. P. D. Pereira da Silva (*Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, cit., p. 47). Também J. Miranda (*Manual de direito constitucional*, cit., p. 289) parece adotar esse entendimento. Na Espanha, v. especialmente J. M. Bilbao Ubillos (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 241 e ss.), analisando o fenômeno dos poderes privados (conceituando-os a partir das formulações de Lombardi, na Itália), inclusive com referências ao direito comparado.

<sup>55</sup> Cf. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1587.

boa parcela de razão – que também aqui nos encontramos em face de apenas mais um aspecto do fenômeno geral que representa a ameaça dos mais fortes sobre os mais fracos<sup>56</sup>.

Todavia, há de se considerar que o indivíduo, na moderna sociedade industrial, é simultaneamente objeto desses atores sociais poderosos, mas também e, em regra, integra alguma dessas organizações, objetivando a preservação de seus interesses, tais como igrejas, associações culturais ou esportivas, sindicatos e entidades de classe em geral, partidos políticos etc., de tal sorte que os poderes privados podem ser ao mesmo tempo uma ameaça e fator de proteção para o indivíduo e os direitos fundamentais<sup>57</sup>.

Desde logo, cumpre assinalar que – a despeito do mérito de ampliar as possibilidades de uma vinculação direta dos particulares – também essa concepção não poderá ser aceita de forma ampla e irrestrita, pena de uma simplificação equivocada. Em primeiro lugar, há que levar a sério a objeção de que não é a existência de uma situação de “poder privado” ou de desigualdade na relação entre particulares que irá alterar o caráter jurídico-privado da relação jurídica em causa, nem afastar a circunstância de que, em última análise, estamos – também aqui – diante de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais, já que, à evidência, também o particular ou entidade detentora de certo grau (por maior que seja) de poder social, não deixa de ser titular de direitos fundamentais<sup>58</sup>. Assim, também nas relações desse tipo não se poderá deixar de reconhecer a existência de um conflito de direitos fundamentais, tornando-se indispensável uma compatibilização (harmonização) à luz do caso concreto, impedindo um tratamento idêntico ao das relações particular–poder público.

De outra parte, importa referir as críticas assacadas contra os que advogam uma vinculação direta irrestrita dos agentes privados poderosos, sustentando o caráter demasiadamente genérico e até

---

<sup>56</sup> Cf. UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 250.

<sup>57</sup> Essa a oportuna lição de K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1590).

<sup>58</sup> Cf., mais recentemente, P. Mota Pinto (O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 240), na esteira do que já haviam assinalado, na doutrina germânica, K. Stern e Canaris, entre outros.

mesmo nebuloso dessa fórmula, gerando, para além de uma certa insegurança no seu manejo, o risco de uma ampliação demasiada do seu campo de aplicação, incluindo-se, até mesmo, toda e qualquer relação jurídico-privada onde as partes não disponham de idêntico poder negocial<sup>59</sup>. Da mesma forma, assim o lembra Klaus Stern, as constelações de poder não são destacáveis do Direito Privado, já que também o mais forte pode, em princípio, invocar a sua autonomia privada, na condição de titular de direitos fundamentais<sup>60</sup>.

Para importantes representantes da doutrina alemã, dentre os quais se destaca Canaris, a existência dos poderes privados não é suficiente para fundamentar uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, notadamente pelo fato de que a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não se restringe aos casos em que se está diante de algum poder privado, mas também em face da circunstância de que a simples presença de um poder social não basta para ensejar uma vinculação direta (uma eficácia direta) dos direitos fundamentais, na medida em que nem sempre, mesmo numa relação entre particular e poder privado, se estará em face de uma perturbação da liberdade substancial das partes em negociar as condições de determinado contrato<sup>61</sup>.

Ressalte-se, aqui, a advertência de Klaus Stern, no sentido de que o caminho percorrido pelos defensores da eficácia direta, especialmente no âmbito das relações trabalhistas, não se revela correto, nem sob o ponto de vista do Direito Privado, tampouco sob a ótica da dogmática dos direitos fundamentais, objeções que não são superadas até mesmo pela evidente necessidade de limitar a ação dos

---

<sup>59</sup> Cf. K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1591-2), sinalando, ainda, que “as expressões poderes sociais e poder privado não são juridicamente definíveis, dissolvendo-se na névoa do idelógico”, bem como C.-W. Canaris (*Grundrechte und Privatrecht. AcP*, cit., p. 207) e, mais recentemente, J. Neuner (*Privatrecht und Sozialstaat*, cit., p. 157), destacando o fato de que a teoria dos poderes privados, como fundamento de uma vinculação direta dos particulares, além de metodologicamente equivocada, acarreta o deslocamento da perspectiva para os direitos sociais e os deveres de proteção a esses vinculados. No direito lusitano, tal aspecto restou consignado por P. Mota Pinto (*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, cit., p. 240-241).

<sup>60</sup> Cf. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1592.

<sup>61</sup> Essas as corretas ponderações de Canaris (*Grundrechte und Privatrecht. AcP*, cit., p. 206-207).

poderes sociais<sup>62</sup>. Na verdade – ainda de acordo com a crítica assacada por Stern – houve um deslocamento de perspectiva, com a igualização do inigualável, já que a relação entre particular e poder social, em que pese marcada por uma grau variável de assimetria, não é igual à relação particular–Estado, já que não resta afastado o caráter jurídico-privado da atuação, não havendo como recair na categoria da subordinação, peculiar ao direito público, sendo, pois, inequívoca a existência de diferenças estruturais entre ambos os tipos de relação (particular–Estado e particular–poder privado/social)<sup>63</sup>. Também Canotilho, não obstante admitindo a relevância dessa construção para a função protetiva dos direitos fundamentais e a necessidade de o legislador e órgãos judiciais zelarem pela sua efetivação nas relações entre particulares cunhadas por uma desigualdade entre as partes, reconhece que “as categorias ‘poder privado’ ou ‘poder social’ não são assimiláveis a ‘poderes públicos’ e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da *Drittwirkung*”<sup>64</sup>.

Reconhecendo que o fortalecimento da conscientização da necessidade de conter/limitar o exercício dos poderes sociais e, com isso, proteger os direitos de todos os particulares foi um dos méritos da teoria da eficácia direta, no sentido de que o direito privado deve reagir com uma intensificação da proteção dos mais fracos diante de desigualdades fáticas<sup>65</sup>, os opositores de uma eficácia (vinculação direta) contestam, contudo, aquilo que denominam de estatização (socialização) do Direito Privado. Sustentam, nessa linha de pensamen-

---

<sup>62</sup> Cf. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1591.

<sup>63</sup> Aqui, novamente, cf. a lição de STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1591.

<sup>64</sup> Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1158. Registre-se, nesse contexto, que mesmo quem admite uma aplicação direta (vinculação) dos direitos fundamentais às relações desiguais entre particular e poder privado não desconhece a existência de variações no que diz com a intensidade do exercício de poder, sustentando uma necessária diversificação quanto ao grau e medida dessa aplicação direta, o que pode apenas ser devidamente aferido à luz do caso concreto. Nesse sentido, v. o magistério de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 285–287.

<sup>65</sup> Essa a observação de C.-W. Canaris (*Grundrechte und Privatrecht. AcP*, cit., p. 206).

to, que constitui uma perversão da própria idéia dos direitos fundamentais o fato de se utilizá-los para destruir o também jusfundamentalmente assegurado Direito Privado, apenas para controlar o abuso de poder social, razão pela qual advogam que é ao legislador que, em primeira linha, incumbe a tarefa precípua de exercer esse controle sobre os poderes privados, ampliando os instrumentos disponíveis para tanto, como ocorre, por exemplo, com a previsão da obrigação de contratar em determinados casos, combatendo os cartéis e assegurando a livre concorrência, impedindo a imposição de cláusulas contratuais abusivas etc.<sup>66</sup>. Nesse mesmo sentido, Canaris já havia ressaltado que a existência de poderes sociais não constitui problema autônomo, mas apenas um aspecto da problemática geral das perturbações da paridade contratual, para cuja solução o ordenamento jurídico dispõe de um amplo instrumentário<sup>67</sup>.

Sustenta-se, ainda nesse contexto, que também aqui estamos diante de uma manifestação da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, no âmbito dos deveres de proteção impostos ao Estado, impondo precipuamente ao legislador a tarefa de atuar na correção das relações entre particulares caracterizadas por uma desigualdade e na contenção das violações dos direitos fundamentais da parte mais frágil pela mais poderosa<sup>68</sup>. Aplicam-se, portanto, as mesmas diretrizes incidentes nos demais casos de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, dependendo o grau de proteção da maior ou menor intensidade da ameaça à liberdade por parte dos que exercem o poder social, viabilizada, em caso de manifesta insuficiência ou mesmo omissão do legislador, a realização do dever de proteção pelos órgãos jurisdicionais, inclusive colmatando eventuais lacunas com base nas próprias normas de direitos fundamentais<sup>69</sup>.

Também Konrad Hesse, embora afirmando a similitude das relações indivíduo-poder social com as relações indivíduo-Estado,

---

<sup>66</sup> Cf. K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1593-1594), referindo que apenas assim estar-se-á resguardando os princípios fundamentais do Direito Privado. Assim também C.-W. Canaris (*Grundrechte und Privatrecht. AcP*, cit.).

<sup>67</sup> Cf. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht. AcP*, cit., p. 207.

<sup>68</sup> Cf. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1595.

<sup>69</sup> Essa também a lição de K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1595).

advoga uma maior relevância da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, quanto maior for a necessidade de proteção da liberdade individual contra o exercício de poder social ou econômico. Assim, ainda conforme Hesse, evidencia-se a necessidade de uma atuação protetiva do legislador e, na ausência ou insuficiência dessa, uma interpretação das normas jurídico-privadas incidentes à luz dos direitos fundamentais (eficácia mediata), admitindo, quando também isso não se afigurar suficiente, uma realização direta pelos órgãos judiciais com base no dever de proteção diretamente deduzido dos direitos fundamentais<sup>70</sup>.

À vista do exposto, restando virtualmente incontestes a importância dos assim denominados poderes privados para o problema da vinculação dos particulares, e embora controverso – também aqui – o modo e intensidade da vinculação, importa que se deixe consignada a salutar tendência no sentido de se admitir, cada vez mais, que os direitos fundamentais atuam, em verdade, como forma de defesa contra toda e qualquer opressão, auxiliando, de tal sorte, na superação do fenômeno que oportunamente foi designado de “neofeudalismo social”, característico da moderna sociedade industrial e tecnológica<sup>71</sup>.

#### 4.6 As teorias da “convergência estatista” (Alemanha) e da *state action* (EUA), assim como a negação da própria relevância da discussão em torno de uma eficácia mediata ou imediata

Em face de sua relativa projeção e da considerável relevância de parte de seus argumentos, impõe-se breve exposição da concepção doutrinária sugestivamente designada como “teoria da convergência estatista”<sup>72</sup>. Originalmente desenvolvida por Jürgen Schwabe, na Alemanha, essa corrente, além de negar a relevância da discussão em torno de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamen-

---

<sup>70</sup> Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 160.

<sup>71</sup> Cf. J. M. Bilbao Ubbillo (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 249 e 270), amparado especialmente nas lições do inglês Clapham.

<sup>72</sup> Essa a precisa tradução de P. Mota Pinto (*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, cit., p. 230), da significativa denominação atribuída a essa concepção por Josef Isensee e recolhida, posteriormente, por C.-W. Canaris (*Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 41).

tais nas relações entre particulares, sustenta, em suma, que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que a esse incumbe o dever precípua de proteger os direitos fundamentais em geral, de tal sorte que o problema da eficácia em relação a terceiros (nas relações entre particulares) dos direitos fundamentais não passa de um “problema aparente”<sup>73</sup>.

Para Schwabe, mesmo no tráfico jurídico-privado, cuida-se, em última análise, sempre de uma proteção (defesa) contra ingerências do Estado, ainda que provocadas por particulares, de tal sorte que, na verdade, se trata sempre de um problema envolvendo a vinculação direta do Legislador privado e da jurisdição civil aos direitos fundamentais, sendo, portanto, dispensável uma fundamentação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da teoria da ordem objetiva de valores, comum às concepções da eficácia direta e indireta, já apresentadas<sup>74</sup>.

Da mesma forma, Schwabe nega a importância dos deveres de (e direitos à) proteção, considerando-a supérflua e geradora de equívocos, sob o argumento de que, se o Estado não proíbe as intervenções de particulares em bens jurídicos fundamentais (como saúde, vida etc.), na verdade, as está permitindo, participando, de tal sorte, de forma ativa nas lesões a esses direitos fundamentais, mesmo que praticadas por particulares, que, assim, lhe são imputáveis, de tal sorte que também aqui se estaria perante a função defensiva dos direitos fundamentais<sup>75</sup>.

A “teoria da convergência estatista” – importa assinalar – partiu, de certa forma, da mesma concepção que tem servido de esteio para a doutrina norte-americana da *state action*, cuja importância – não obstante a influência relativamente diminuta sobre a nossa doutrina e jurisprudência – não deveria, todavia, ser menosprezada. Assim, cumpre que se lhe dê ao menos uma breve referência, reve-

---

<sup>73</sup> Assim a feliz síntese apresentada por P. Mota Pinto (O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 230-231).

<sup>74</sup> Cf. ERICHSEN, Die Drittwirkung der Grundrechte, cit., p. 529.

<sup>75</sup> Cf. a sinopse de R. Alexy (*Theorie der Grundrechte*, cit., p. 416 e ss., e *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 442).



lando que também no Direito Constitucional norte-americano a temática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e sua aplicação às relações jurídico-privadas tem ocupado certo destaque, especialmente no âmbito jurisprudencial.

Como revela o professor espanhol Bilbao Ubillos, em monografia sobre o tema, nos Estados Unidos continua prevalecendo a tese liberal de que os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos apenas vinculam o Estado e são invocáveis tão-somente em face de uma ação estatal (*state action*) presumidamente ilícita, de tal sorte que as condutas eminentemente privadas encontram-se imunes a esse tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição<sup>76</sup>. Todavia, em diversas hipóteses – especialmente em virtude da crescente imbricação entre a esfera pública e privada – os órgãos judiciais norte-americanos acabaram relativizando esse verdadeiro dogma, ampliando excepcionalmente o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Constituição, ao dilatarem os conceitos de poder público e ação estatal, destacando-se duas linhas de argumentação, em torno da qual gira a solução conferida à maioria dos casos enfrentados pelos Tribunais: *a*) quando um particular ou entidade privada exerce função estatal típica; *b*) quando existem pontos de contato e aspectos comuns suficientes para que se possa imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta oriunda do particular<sup>77</sup>.

É seguindo essas linhas argumentativas que, por exemplo – assim o mostra Gilmar Mendes –, os Tribunais norte-americanos enfrentaram o problema de se a administração de uma “cidade privada” (*company town*) ou mesmo os proprietários e administradores de um *shopping center* poderiam, respectivamente, impedir que adeptos dos Testemunhas de Jeová distribuíssem panfletos nas suas ruas e praças ou impedir a distribuição de informações sobre temas de interesse público, sob a alegação de que se cuida de espaço submetido ao regime da propriedade privada<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Cf. UBILLOS, J. M. Bilbao. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: Mac Graw-Hill, 1997, nota preliminar (XV) e p. 1 e ss.

<sup>77</sup> Cf. J. M. Bilbao Ubillos (*Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. 29 e ss.), apresentando e discutindo uma série de decisões dos Tribunais norte-americanos, notadamente da Suprema Corte, relativizando a doutrina da *state action*.

<sup>78</sup> Cf. MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...*, cit., p. 208-209.

O que se percebe, desde logo (e isso basta, por ora), são alguns inequívocos pontos de contato entre a doutrina da *state action* (ou, de certa forma, a corrente que advoga sua relativização) e a da “convergência estatista”, muito embora não se possa cometer o equívoco de equiparar as duas concepções. Com efeito, as duas doutrinas não deixam de buscar (e penso que nem poderiam deixar de fazê-lo) uma solução para o problema das agressões aos direitos fundamentais oriundas de particulares ou entidades privadas, mas acabam por equiparar essa atuação à ação (ou omissão) estatal ou mesmo imputam ao Estado esse comportamento que, na verdade, provém – ao menos no que diz com expressivo número de casos – da esfera privada.

Na mesma linha, embora não aderindo à tese da assim denominada “convergência estatista”, houve autores que, não obstante admitindo a existência de uma eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares (e aí a diferença essencial), igualmente acabaram por negar completamente ou, pelo menos, por minimizar a relevância teórica e até mesmo prática da discussão em torno da eficácia direta ou indireta. Embora reconheçamos, na esteira de Paulo Mota Pinto, que “a relevância da contraposição de teorias no problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas não deva ser hipostasiada”<sup>79</sup>, não nos parece que a doutrina da “convergência estatista” ou as alternativas desenvolvidas no âmbito da doutrina da *state action*, e até mesmo dos que simplesmente negam a relevância da discussão, possa ser aceita. É esse precisamente o mote do próximo ponto a ser versado.

## **5 Relevância do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: superação das teorias que negam uma vinculação das entidades privadas**

Em primeiro lugar, por entendermos, tal como já o fez Albert Bleckmann, que não há como contornar o problema de uma fundamentação da eficácia (direta ou indireta) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>80</sup>, impõe-se que nos posicionemos

---

<sup>79</sup> Cf. MOTA PINTO, P., O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 231.

<sup>80</sup> Cf. BLECKMANN, *Staatsrecht II...*, cit., p. 225.

perante os argumentos contrários, notadamente os esgrimidos pelos adeptos da assim denominada teoria da “convergência estatista”.

Ainda que superada a concepção liberal-burguesa, e cientes de que a liberdade não é, em princípio, absoluta, mas, sim, juridicamente conformada e limitada, não se poderá recair no extremo oposto, isto é, sustentar que liberdade não apenas é juridicamente limitada, mas até mesmo é tida como criada pelo aparelho regulamentador estatal, já que o ser humano, por força de sua própria natureza e dignidade, é livre, razão pela qual – já por esse fundamento – não há como acolher a tese de Schwabe, no sentido de que toda e qualquer atuação dos particulares seja, em última análise, decorrência de uma autorização ou não-proibição do Estado<sup>81</sup>.

Nessa mesma linha, situa-se o raciocínio de Canaris, para quem numa ordem jurídica fundada no princípio da liberdade há que partir do pressuposto de que, nas relações entre os particulares, tudo que não for proibido é permitido, não havendo como aceitar o argumento de que a ausência de regulamentação estatal implica uma autorização para a afetação de bens jurídicos fundamentais de terceiros, mas sim, tão-somente a omissão de uma atuação, já que, em se acolhendo essa concepção, estar-se-ia, em última análise, admitindo que toda lesão provinda de um particular esteja fundada numa delegação estatal ou mesmo subordinada a uma proibição com reserva de autorização, o que, por outro lado, conflita frontalmente com o princípio da liberdade<sup>82</sup>.

Da mesma forma, Alexy assinala que o simples fato de que uma determinada ação não é vedada – e, portanto, se tem por permitida – não fundamenta uma participação do Estado na sua realização, nem mesmo permite a sua imputação ao Estado, já que, do contrário, poder-se-ia imputar ao Estado toda e qualquer ação humana não-proibida, o que, todavia, não significa que o Estado não tenha qualquer responsabilidade por determinadas ações de um particular em relação a outro, responsabilidade essa que, no entanto, se limita a um dever de proibir intervenções em bens jurídicos fundamentais, cuja inobservância acarreta uma infração a um dever de proteção<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Nessa linha a crítica de ERICHSEN, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, cit., p. 529.

<sup>82</sup> Cf. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 41.

<sup>83</sup> Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., e *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 443-444.

Também não há como acolher a construção – igualmente sustentada pelos adeptos da teoria da “convergência estatista” – de que em todas as hipóteses de uma eficácia nas relações entre particulares se estará, em última análise, diante da atuação dos órgãos do Poder Judiciário, a quem incumbe a aplicação das normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) nas relações jurídico-privadas, ou, pelo menos, diante da efetivação pelos órgãos estatais – um oficial de justiça, por exemplo – do direito de um particular em face de outro, hipóteses nas quais, em verdade, resta configurada uma vinculação não dos particulares, mas, sim, do poder público aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, como oportunamente adverte Bleckmann, há que distinguir as hipóteses nas quais se está diante de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como se verifica quando uma determinada cláusula contratual (avençada por particulares) fere algum direito fundamental de uma das partes, das situações nas quais o juiz (ou Tribunal), ao aplicar as normas jurídicas e interpretar o contrato, acaba fazendo-o de forma contrária ao conteúdo das normas de direitos fundamentais, hipótese na qual se estará diante de uma agressão por parte do juiz (Estado)<sup>84</sup>.

Muito embora se tenha reconhecido que, no caso de um litígio envolvendo ofensa a direitos fundamentais nas relações entre particulares, o conflito venha a ser solvido pelo Poder Judiciário, não se poderá desconsiderar que esse apenas poderá aferir se houve ou não uma agressão a direitos fundamentais, caso esses, de alguma forma, possam gerar direitos e obrigações vinculando os particulares entre si, isto é, quando as normas de direitos fundamentais fornecerem os critérios materiais a serem considerados e aplicados pelos órgãos judiciais<sup>85</sup>. É por essa razão que vale reproduzir aqui a expressiva fórmula de Karl Doehring: o juiz deve considerar os direitos fundamentais na medida em que valem; eles não valem por que um juiz ou Tribunal assim o decide (“das Gericht hat die Grundrechte

---

<sup>84</sup> Cf. BLECKMANN, *Staatsrecht II...*, cit., p. 221-222.

<sup>85</sup> Essa a lição de K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1551).

zu beachten soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie weil ein Gericht entscheidet”)<sup>86</sup>.

Além disso, pode-se afirmar que a teoria da “convergência estatista” desconsidera a circunstância de que as agressões a direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas, partem diretamente de um particular, sendo apenas mediatamente cobertas (*gedeckt*) pelo Estado<sup>87</sup>. Não se deve esquecer que – pelo menos – no âmbito das relações negociais, os particulares não atuam, em princípio, por força de uma delegação ou autorização do Estado (Legislador), mas, sim, em virtude de uma decisão autônoma, no âmbito de sua autonomia privada e do direito geral de liberdade, que apenas é reconhecida e objeto de regulamentação e proteção por parte do legislador<sup>88</sup>.

As críticas assacadas em relação à doutrina da “convergência estatista” aplicam-se, de certa forma e ressalvados diversos pontos em comum e outras diversidades que ora não há como enfrentar, também à teoria norte-americana da *state action*, já que essa também procura, ao negar, em princípio, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, atribuir ao Estado, com base na idéia da imputabilidade de determinadas ações provindas originariamente de entidades privadas, a responsabilidade por ofensas a direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Apud K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1551), igualmente reproduzida por H. U. Erichsen (*Die Drittwirkung der Grundrechte*, cit., p. 529-530) e, mais recentemente, por I. von Münch (*Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, cit., p. 22-23), todos irmanados na crítica da concepção “estatista” de Schwabe.

<sup>87</sup> Assim também BLECKMANN, *Staatsrecht II...*, cit., p. 224-225.

<sup>88</sup> Nesse sentido a lição de K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1551). Também C. W. Canaris (*Grundrechte und Privatrecht. AcP*, cit., p. 217 e ss.) parece comungar desse ponto de vista, ao sustentar que Schwabe desconsiderou aspecto essencial do problema, na medida em que a formatação criativa de conseqüências jurídicas, nas relações contratuais, advém dos próprios particulares, não encontrando explicação numa autorização ou delegação estatal, mas, sim, num reconhecimento da competência dos sujeitos particulares para o estabelecimento de regras jurídico-negociais.

<sup>89</sup> Assim, a observação de I. von Münch (*Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, cit., p. 23-24), não obstante reconhecendo a viabilidade da argumentação em determinados casos e aceitando as conseqüências práticas a que se chegou com a aplicação da doutrina da *state action*, que, no entanto, seria insuficiente para cobrir todo o universo de casos nos quais se evidencia o problema de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, especialmente nas hipóteses em que não se pode imputar ao Estado a ofensa de determinados bens jurídicos fundamentais por parte dos particulares.

## 6 Por uma eficácia (vinculação) imediata *prima facie*

### 6.1 Dialogando com os defensores da eficácia mediata

Uma vez expostas as razões – ainda que de forma sumária – pelas quais comungamos do entendimento majoritário que admite, em princípio e de alguma forma, uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e convictos da relevância da problemática, impõe-se que nos posicionemos ante o debate, que já se trava por mais de meio século, entre os que sustentam uma eficácia direta e os que admitem apenas uma eficácia indireta ou mediata. Não obstante já tenhamos, em linhas gerais, feito uma breve apresentação de ambas as concepções e das suas mais importantes variantes, há que ponderar ao menos os principais argumentos doutrinários habitualmente esgrimidos em prol ou contra cada teoria, visando a uma opção pessoal. Além disso, para além do fato de existirem vozes questionando a própria legitimidade dessa contraposição – embora admitida a vinculação dos particulares em si – em face de uma significativa similitude no que diz com os resultados práticos alcançados com a utilização de ambas as concepções na solução dos casos práticos<sup>90</sup>, coloca-se outro problema. Com efeito, as diversas alternativas que têm sido desenvolvidas no âmbito doutrinário e jurisprudencial mostram que nem sempre é possível estabelecer com precisão como se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de modo especial, quando se trata de verificar se essa é direta ou indireta.

Desde logo, cumpre reiterar o que já foi assinalado alhures: existe uma série de normas de direitos fundamentais que têm por destinatário (obrigado) apenas o poder público, além de outras nas quais a vinculação direta dos particulares é expressamente prevista pelo dispositivo (texto) constitucional. Além disso, verificou-se que, para além das hipóteses nas quais o poder público é o único desti-

---

<sup>90</sup> Assim, por exemplo – e com razão, no nosso sentir – R. Alexy (*Theorie der Grundrechte*, cit., p. 483, e *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 514), afirmando existir, em relação às teorias da eficácia imediata, mediata e também da teoria da “convergência estatista” de Schwabe, uma equivalência de resultados, no sentido de que cada resultado alcançado com base em uma determinada construção jurídica também poderá ser alcançado com base em outra, importando, em última análise, a possibilidade de se obter o mesmo resultado concreto.

natário direto, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais vinculam sempre (ao menos também) os particulares, ainda que se possa controverter a respeito do modo e intensidade dessa vinculação.

O simples fato de que existem normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatários os particulares (ou, pelo menos, determinados particulares), e não são poucos os exemplos que podem ser colacionados, dos quais vários já foram referidos, revela que uma eficácia, no sentido de uma vinculação direta dos particulares, é de ser admitida, pelo menos nos casos em que prevista pela Constituição, mesmo que se tenha de reconhecer que, com isso, ainda não resta respondida a pergunta de como se opera essa vinculação, dadas as peculiaridades das relações entre particulares.

Consoante já frisado, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou em seu extenso texto dispositivo similar aos já citados, especialmente da Lei Fundamental da Alemanha e das Constituições da Espanha e de Portugal, esta última prevendo inclusive - e expressamente - a vinculação das entidades privadas. Todavia, como já tivemos ocasião de demonstrar de forma mais detida<sup>91</sup>, a eficácia e a aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais, a partir do princípio de sua máxima eficácia e efetividade, consagrado no art. 5º, § 1º, de nossa Carta Magna (que, na sua expressão literal, prevê apenas a imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais), implicam a vinculação (dimensão inerente à eficácia) do poder público, nas suas mais variadas formas de expressão, incluindo-se, por óbvio, o legislador privado e os órgãos jurisdicionais competentes para aplicação dessas normas, no âmbito de seu poder-dever de solucionar os conflitos entre os particulares. Verifica-se, portanto, que a ausência de uma referência expressa à vinculação do poder público (Legislativo, Executivo e Judiciário) aos direitos fundamentais não afasta - e nem poderia - a circunstância de que essa vinculação existe e é, como já frisado, decorrência direta da própria eficácia das normas que os consagram, assim como uma vinculação dos poderes constituídos já se impõe em face do princí-

---

<sup>91</sup> V. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 322 e ss.

pio da supremacia da Constituição e da distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos.

O que ambas as teorias – da eficácia direta e indireta – têm em comum, ao menos na sua formulação original, é a superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas (e sempre) contra o Estado, já que a própria razão de existirem diz com a necessidade de assegurar aos indivíduos um espaço de liberdade e autonomia, assim como a garantia de certos bens fundamentais, contra as ingerências indevidas do poder público, ao menos na sua condição de direitos de defesa. Da mesma forma, ambas partem do pressuposto de que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico, no âmbito do que se conveniou denominar de “eficácia irradiante”. Para além disso, tanto os adeptos da teoria da eficácia indireta (mediata), quanto os que sustentam uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, têm reconhecido, ao menos em princípio, uma vinculação direta no caso de entidades particulares dotadas de poder social, isto é, quando configurada uma relação caracterizada por um desnível de poder significativo, capaz de afetar inequivocamente a paridade entre os pólos da relação jurídico-privada. Assim, por se tratar de uma posição semelhante à que se registra no âmbito das relações particular/Estado, costuma ser admitida uma vinculação direta (embora excepcional para os adeptos da eficácia indireta) dos sujeitos privados “poderosos”, aspecto que, aliás, já foi objeto de apreciação.

Se, de fato, irretorquível a conclusão, hoje já virtualmente assimilada pela doutrina majoritária, de que os direitos fundamentais não se limitam mais a uma função de direitos de defesa dos indivíduos contra os órgãos do poder público, os demais aspectos comuns apontados ensejam maior reflexão, não ficando isentos de crítica.

Com efeito, tanto as noções de uma ordem de valores objetiva e a assim denominada “eficácia irradiante” dela decorrente padecem não apenas de um grau acentuado de indeterminação quanto ao seu conceito e significado – o que, por si só, não constitui necessariamente um problema – mas, principalmente, pouco revelam sobre a fundamentação de uma vinculação dos particulares aos direitos



fundamentais, ainda mais em se cuidando de uma vinculação direta. Convém reiterar aqui a já reproduzida lição de Canaris (que, no entanto, não compartilhamos integralmente no que diz com as conseqüências dela extraídas), no sentido de que não se deverá confundir o problema de eficácia das normas de direitos fundamentais no direito privado e sua aplicação às relações jurídico-privadas (que inclui a vinculação do legislador privado e dos órgãos judiciais, quando incumbidos da aplicação das normas jurídico-privadas) com o problema específico da vinculação dos particulares, na condição de destinatários das normas, aos direitos fundamentais<sup>92</sup>.

A questão, na verdade, não está em se negar a existência de uma dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, sem dúvida uma das mais significativas contribuições para a doutrina constitucional contemporânea, nem refutar, por via de conseqüência, a assim chamada eficácia irradiante, mas, sim, o de estabelecer uma fundamentação segura para sustentar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na condição de destinatários (obrigados) das normas que os consagram. Assim, a figura de uma ordem de valores objetiva – tal como o demonstra Alexy – não poderá levar à conclusão equivocada de que os direitos fundamentais, especialmente nas relações entre particulares, não atuem como direitos subjetivos, oponíveis ao poder público e aos particulares<sup>93</sup>.

Os adeptos de uma vinculação, em princípio, indireta – excepcionadas as hipóteses de uma vinculação expressamente prevista no texto constitucional e a vinculação dos assim denominados poderes privados (para os que a admitem) – sustentam que incumbe ao legislador e, de forma supletiva, ao juiz, a função de “intermediar” a aplicação das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares. Assim, em apertada síntese, cabe ao legislador privado resolver as colisões que inevitavelmente se estabelecem no âmbito

---

<sup>92</sup> Cf. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 35.

<sup>93</sup> Cf. R. Alexy (*Theorie der Grundrechte*, cit., p. 477 e ss., e *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 508-510), salientando que a tese desenvolvida principalmente pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, no sentido de que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva que se difunde por todo o sistema jurídico, não pode ser considerada como sendo falsa ou inadequada, mas sim, como insuficiente, já que deixa em aberto de como (de que maneira) ocorre essa influência.

das relações entre particulares, todos titulares de direitos fundamentais, devendo o juiz realizar essa tarefa apenas na ausência de norma legal incidente ou, na melhor das hipóteses, para atuar de forma corretiva, no caso de a lei ser manifestamente inconstitucional, especialmente por ofensiva aos direitos fundamentais. Na ausência do legislador, o juiz deveria limitar-se a interpretar o direito infraconstitucional à luz das normas de direitos fundamentais, notadamente fazendo uso dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais do Direito Privado, que atuariam, como já frisado acima, como uma espécie de “porta de abertura” para os direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, esse entendimento merece reparos pelo fato de confundir o problema da vinculação dos sujeitos particulares com a vinculação do poder público, que, em verdade, não mais tem sido questionada em si mesma, a não ser no que diz com a intensidade dessa vinculação e as suas aplicações concretas.

O que importa, neste momento, é ter presente que para os adeptos da teoria da eficácia (vinculação) mediata (indireta) – para além das hipóteses em que uma vinculação direta decorre de expressa previsão do Constituinte – os direitos fundamentais, em que pese serem aplicáveis às relações jurídico-privadas, dependerão de uma mediação pelo legislador e/ou pelos órgãos judiciais. Os motivos pelos quais se tem resistido – no nosso sentir, não completamente sem razão – ao reconhecimento de uma vinculação direta dos particulares, são vários e podem ser sintetizados a partir das ponderações de Hesse, ao advertir para o que, de forma sem dúvida um tanto exagerada, denominou de risco de uma “praga” ou de uma “inflação” dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado<sup>94</sup>, nos seguintes tópicos (excluindo-se os aspectos de cunho processual), que serão individualmente considerados.

De acordo com Hesse, no conflito entre particulares, todos gozam da proteção dos direitos fundamentais, que, portanto, atuam simultaneamente contra e a favor de todos, incumbindo, em primei-

---

<sup>94</sup> HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 67. Também S. Oeter (“Drittwirkung” der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, cit., p. 532) aponta, de forma crítica, para aquilo que denominou de “colonização” do direito privado pelos direitos fundamentais.

ra linha, ao legislador infraconstitucional a tarefa de compor esses conflitos e achar, por meio da ponderação, um ponto de equilíbrio<sup>95</sup>.

Quanto a esses argumentos, parece-nos que Hesse, assim como a maior parte dos defensores de uma vinculação indireta, encontram-se cobertos de razão, ao sustentarem ser tarefa precípua do legislador realizar o conteúdo dos direitos fundamentais de modo diferenciado e concreto em direito plenamente vinculante, para harmonizar recíproca e proporcionalmente as posições fundamentais dos particulares, isto é, de delimitar a liberdade de uns perante os outros<sup>96</sup>, já que, com efeito, encontramos – no âmbito das relações entre particulares – diante de uma relação (e de conflitos) entre titulares de direitos fundamentais, consoante, aliás, já foi frisado alhures, ao referirmos as peculiaridades do problema que ora enfrentamos. Todavia, não nos parece – mesmo sob o prisma lógico-formal – que os argumentos ora citados tenham o condão de afastar uma vinculação direta dos particulares a não ser quando expressamente prevista. O fato de o legislador dispor, em princípio, da prerrogativa e da primazia da concretização das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas (o que, guardadas certas distinções, também ocorre no direito público) é, em última análise, corolário da própria vinculação direta do legislador (como órgão estatal) aos direitos fundamentais, situação que não pode ser confundida com o problema específico da vinculação dos particulares.

Da mesma forma, não é a existência, nas relações entre particulares, de conflitos entre titulares de direitos fundamentais que irá afastar, ao menos em princípio, uma vinculação direta dos sujeitos privados. Em primeiro lugar, a ocorrência de conflitos (ou colisões) de direitos fundamentais certamente não constitui “privilégio” das relações jurídico-privadas, não obstante nelas tenha especial relevância. Além disso, a mera existência de um conflito em nada afeta – no nosso entender – a possibilidade de um particular alegar e buscar em Juízo a satisfação de um direito fundamental seu, afetado por terceiros (outro particular). Que, nesse caso, também haverá de solucionar-se eventual conflito parece evidente, da mesma forma como ele-

---

<sup>95</sup> Cf. HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 61.

<sup>96</sup> HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 63-64.

mentar que, na composição dele, os órgãos judiciais competentes irão aplicar os princípios que regem as assim denominadas colisões (ou conflitos) entre direitos fundamentais de titulares diversos, o que deverá ser objeto de análise mais detida em outra oportunidade.

Ainda para Hesse, verifica-se o problema da compatibilidade dos princípios constitucionais indeterminados com a necessidade de regras claras e determinadas no domínio do direito privado<sup>97</sup>. Tal argumento, em que pese salientar – e, sob esse ângulo, de forma correta – a especial relevância da atuação do legislador infraconstitucional na concretização das normas constitucionais, que, ainda mais no âmbito dos direitos fundamentais, se caracterizam por seu cunho principiológico e, portanto, por um grau maior de abertura e indeterminação, mais uma vez passa ao largo do que é essencial para o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Se estes, apesar da indeterminação das normas que os consagram – e assim o reconhece o próprio Hesse<sup>98</sup> –, vinculam diretamente o poder público em todas as suas manifestações, gerando direitos subjetivos para os particulares, não há como compreender por qual motivo, no âmbito das relações entre particulares, ainda que caracterizadas pelo conflito entre direitos fundamentais de diversos titulares, tal abertura e indeterminação, por si só, passem a ser tidas como impeditivas de uma eficácia direta, no sentido de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda mais quando tal concepção, levada ao extremo, acabaria por negar o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos oponíveis entre os particulares.

Da mesma forma, adverte Hesse, na esteira de Dürig e outros, para o fato de que um recurso direto aos direitos fundamentais, para além de representar uma ameaça da perda da identidade e autonomia do direito privado, coloca em risco o próprio princípio (igual-

---

<sup>97</sup> Hesse (*Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 61), advertindo, ainda, para uma incompatibilidade com o princípio do Estado de Direito, que carece de normas claras, detalhadas e determinadas, que apenas poderão ser editadas pelo legislador infraconstitucional.

<sup>98</sup> HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 129 e ss. (Existe tradução para o vernáculo, sob o título *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris.)

mente fundamental) da autonomia privada, já que as pessoas não poderiam, nas suas relações recíprocas – em se admitindo uma vinculação direta dos particulares – renunciar às normas de direitos fundamentais (indisponíveis para o poder público)<sup>99</sup>.

Também esses argumentos, salvo melhor juízo, não poderão atuar como objeções válidas a uma vinculação (direta) dos particulares aos direitos fundamentais. A tensão inevitável entre o princípio da autonomia privada, de modo geral, e a liberdade contratual como sua principal manifestação, e outros direitos fundamentais, assim como o estabelecimento de relações de conflito, muito embora possa apresentar dimensões específicas, é similar aos conflitos entre quaisquer outros direitos fundamentais e, de tal forma, sujeita aos mesmos princípios, no que diz com a sua superação. Um sacrifício da autonomia privada e o esvaziamento da liberdade contratual não poderiam decorrer, por si só, do reconhecimento de uma vinculação direta aos direitos fundamentais, mas basicamente de como se acaba tratando o problema do modo e intensidade pelo qual se opera essa vinculação. De outra parte, no mínimo discutível o ponto de vista de acordo com o qual a própria autonomia do direito privado estaria sendo colocada em risco. Se é que ainda se pode sustentar o dogma da autonomia – que não poderá jamais deixar de ser meramente relativa – do Direito Privado, em face da vinculação do legislador infraconstitucional (inclusive na esfera do direito privado) aos direitos fundamentais, cumpre reconhecer que dificilmente se poderá compreender as razões pelas quais, como pretendem os adeptos da eficácia indireta, uma autonomia do Direito Privado (por mais ampla que seja) tem o condão de afastar uma vinculação direta dos particulares<sup>100</sup>.

Por derradeiro, desconsiderando outros argumentos que ainda poderiam ser citados, sustenta Hesse, representando o pensamento em prol de uma eficácia – em princípio – indireta, que a atuação dos órgãos judiciais, ao aplicarem os direitos fundamentais às relações

---

<sup>99</sup> HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 61.

<sup>100</sup> Nessa linha de argumentação, colhemos a lição de J. Neuner (*Privatrecht und Sozialstaat*, cit., p. 153 e ss.), sustentando que uma vinculação direta – que, no entanto, considera restrita ao conteúdo indisponível – não acaba com a liberdade contratual e a autonomia privada, já que essa, assim como a liberdade em geral, não é ilimitada.

jurídico-privadas, assume uma função supletiva, reservando, assim, ao juiz “civil” – ao liberá-lo da necessidade de uma aplicação imediata das normas de direitos fundamentais – a preocupação com a sua “especialidade”, ressalvada a função de exercer o controle de constitucionalidade das normas jurídico-privadas (infraconstitucionais), bem como a tarefa de interpretá-las em conformidade com a Constituição, observando as normas de direitos fundamentais como princípios objetivos, de modo especial, na concretização e preenchimento dos conceitos indeterminados e interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado<sup>101</sup>.

Desde logo – tal como assinalado alhures –, mesmo entre os que não admitem, salvo exceções, uma vinculação direta dos atos de particulares aos direitos fundamentais, já se encontram importantes manifestações criticando a tendência de limitar o efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado aos conceitos indeterminados e cláusulas gerais. Assim, de acordo com a lição de Canaris, destacando inexistir razão para esse entendimento restritivo, já que também normas de cunho determinado poderão concretizar os direitos fundamentais, da mesma forma como não está previamente definido se existe, ou não, uma cláusula geral ou conceito indeterminado a ser considerado na espécie<sup>102</sup>. Nessa mesma linha de entendimento, também Klaus Stern, no âmbito de uma função geral de proteção, reconhece que todas as normas de Direito Privado, independentemente de sua qualidade, podem e devem ser consideradas para efeitos de uma interpretação embasada nos direitos fundamentais<sup>103</sup>.

Além disso, mais uma vez nos deparamos com um deslocamento de perspectiva: o fato de os direitos fundamentais vincularem (também) os particulares não se pode confundir com a função precípua do legislador no sentido de promover a sua concretização e de zelar pelo equacionamento dos conflitos entre direitos fundamentais no âmbito das relações interprivadas. Por outro lado, dificilmente poder-se-á aceitar uma “liberação” dos órgãos judiciais, mesmo quando

---

<sup>101</sup> HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 65-66.

<sup>102</sup> Nesse sentido, v. as lições de CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht. AcP*, cit., p. 223.

<sup>103</sup> Cf. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1584.

se lhes atribui a competência de solver litígios entre particulares, de aplicarem diretamente as normas constitucionais, notadamente em se tratando de normas de direitos e garantias fundamentais. Ainda que se cuidasse de normas programáticas (ou impositivas, na formulação de Canotilho) – o que, com raras exceções, não é o caso das normas jusfundamentais –, nas quais não há como se prescindir de uma *interpositio legislatoris*, impende observar o princípio da vinculação de todos os órgãos estatais, no exercício de todas as funções que lhes são peculiares, aos direitos fundamentais. Por igual, cumpre reconhecer que todas as normas constitucionais são imediatamente aplicáveis, já que mesmo as normas programáticas terão, pelo menos, o efeito de revogarem a legislação anterior com elas manifestamente incompatíveis, gerando a inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores que lhes forem contrários, além de atuarem como diretrizes materiais para a interpretação do direito infraconstitucional, o que, à evidência, igualmente se aplica ao Direito Privado<sup>104</sup>.

Ainda nesse contexto, há que lembrar o argumento dos que negam uma vinculação direta dos particulares, advogando a tese dos deveres de proteção do Estado, como é o caso, entre outros, de Canaris e Klaus Stern, na Alemanha. Não obstante se deva reconhecer que os deveres de proteção tenham por destinatário, em princípio, apenas os órgãos estatais, parece-nos que tal circunstância não possui também o condão de afastar uma vinculação direta dos sujeitos privados nas relações entre si. Poder-se-á objetar, nesse sentido, que é justamente pelo fato de cada particular ter o dever de respeitar e, acima de tudo, o dever de não ofender o direito fundamental dos demais, em outras palavras, pelo fato de estar vinculado pelos direitos fundamentais, que o Estado deverá intervir no âmbito de seu dever de proteção, razão pela qual os particulares também poderão reclamar tal intervenção protetiva. Cuida-se, em verdade, de uma inequívoca zona de confluência entre a vinculação do poder público (a assim denominada *eficácia vertical*) e a vinculação – direta – dos particulares.

---

<sup>104</sup> Sobre os diversos efeitos jurídicos decorrentes das normas constitucionais de cunho notadamente programático (de eficácia limitada), v. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 267 e ss.

## 6.2 Fundamentando uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais

As singelas considerações tecidas em torno das principais objeções esgrimidas pelos defensores da teoria da eficácia mediata (indireta), à evidência, já indiciam os motivos pelos quais tentaremos sustentar a tese de que, em princípio, todos os direitos fundamentais – à exceção dos que vinculam exclusivamente o poder público – vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares.

Na verdade, verifica-se que a discussão em torno da afirmação ou negação da eficácia direta, para além ou mesmo por detrás dos argumentos de cunho jurídico, inevitavelmente revela – ao menos também – um viés político e ideológico, sustentando-se, nessa linha argumentativa, que a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito<sup>105</sup>, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa<sup>106</sup>. Se a matiz política e ideológica evidentemente se faz presente na raiz das diversas formulações a respeito do tema, também se haverá de reconhecer, pena de flagrante injustiça, que expressiva parcela dos defensores da eficácia indireta, destacando-se aqui o próprio Dürig e Hesse, sempre reconheceram a necessidade de proteção contra atos de particulares e, de modo especial, admitem a vinculação direta (embora excepcional) dos atores privados poderosos. Hesse, inclusive, ao destacar, num primeiro momento, a importância da autonomia privada e da liberdade contratual, como valores ligados à essência da perso-

---

<sup>105</sup> Esse, pelo menos, o entendimento de GARCÍA, P. de Veja. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 278-279.

<sup>106</sup> Nesse sentido parece situar-se também o entendimento de M. Frangi (*Constitution et droit privé*, cit., p. 12), lembrando que o direito constitucional contemporâneo não poderá ser aplicado exclusivamente valendo-se dos mecanismos e instrumentos do constitucionalismo clássico, além de sustentar que o reconhecimento de uma vinculação apenas indireta (mediada pela lei) dos particulares significa, de certa forma, uma submissão ao princípio da soberania da lei, típica das democracias liberais.



nalidade humana, salienta que isso apenas será possível em situações de certo equilíbrio, colocando-se o pressuposto de uma situação jurídica e fática de tendencial igualdade<sup>107</sup>. Como se vê, também nesse particular a distância entre uma e outra concepção não chega a configurar um abismo intransponível.

Das considerações tecidas até o presente momento, já se poderia, salvo melhor juízo, sustentar uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, à exceção das hipóteses nas quais o destinatário precípua das normas (e do direito subjetivo nelas embasado) é o poder público, ainda que se possa partir da premissa de que o *modus vinculandi* e o papel do legislador, assim como o do juiz, seja diverso, de acordo com o caso concreto.

Existem, contudo, outros argumentos que podem ser referidos, nesse contexto.

Muito embora não se lhe deva atribuir exagerada importância, cumpre referir um fundamento de cunho histórico. Assim, recolhemos a lição de Peces-Barba<sup>108</sup>, para quem a maioria das teorias contratualistas concebeu os direitos naturais como direitos dos indivíduos entre si, em face da ausência do Estado no estado de natureza, registrando, ademais, que mesmo nos primeiros textos constitucionais, em especial na declaração de independência americana (1776) e na declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão (1789), os direitos do homem são concebidos como direitos de todos, não excluindo os particulares da vinculação, além de formular crítica contundente à concepção dominante na Alemanha no sentido de sustentar – ainda que com diferenças importantes – uma eficácia

---

<sup>107</sup> HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 74 e ss.

<sup>108</sup> MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 619 e ss. Nessa mesma linha, questionando a tese de que os direitos fundamentais teriam surgido com o caráter precípua de direitos oponíveis apenas ao Estado, também registramos o magistério de L. Prieto Sanchís (*Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 205 e ss.) e de P.C.Villalon (*Derechos fundamentales y derecho privado*, cit., p. 101-102), registrando que a “Drittwirkung” é mais antiga que o reconhecimento de direitos fundamentais do particular em face do Estado. Cumpre lembrar aqui o magistério do conhecido publicista germânico W. Leisner (*Grundrechte und Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1960, p. 312 e ss.), que, bem antes, já havia noticiado ter ocorrido, em verdade, uma retração no âmbito da tendência multidirecional (*allseitige Tendenz*) inicialmente registrada na evolução histórica dos direitos fundamentais.

apenas indireta, tratando os direitos fundamentais essencialmente como direitos públicos subjetivos, contestando, inclusive, a tendência generalizada de se importar, sem maior reflexão crítica, a doutrina e jurisprudência constitucional germânica nessa seara.

Como bem o demonstrou Jörg Neuner, em recente e instigante tese de cátedra apresentada na Universidade de Munique, Alemanha, a partir de uma exegese do art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha, tanto o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso I), quanto os direitos humanos (inciso II), por sua natureza indisponível, vinculariam sempre até mesmo o Poder Constituinte Originário, sendo, portanto, inquestionável a vinculação do poder público e dos próprios agentes privados<sup>109</sup>. Segundo Neuner, tal conclusão se revela como imperativa, desde uma perspectiva histórica (já que os autores da Lei Fundamental partiram do reconhecimento de um núcleo de direitos de cunho supra-estatal, que a todos vinculam), encontrando, além disso, sustentáculo já na própria expressão literal do texto constitucional, na medida em que, consoante dispõe o art. 1º da Lei Fundamental, a “dignidade da pessoa humana é intangível” (*die Würde des Menschen ist unantastbar*) e que o povo alemão – e não apenas o poder público – reconhece os direitos humanos. Por derradeiro, ainda de acordo com Neuner, também uma interpretação sistemática e teleológica implica o reconhecimento de uma vinculação multidirecionada (vertical e horizontal) do art. 1º da Lei Fundamental. Com efeito, tal conclusão se impõe, seja em virtude da existência de normas de direitos fundamentais que expressamente vinculam os particulares, seja em razão de que essas normas integram o rol das “cláusulas pétreas”, ao menos no que diz com o seu conteúdo em dignidade humana. Para além disso, resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não se encontra sujeita apenas às agressões oriundas do Estado, mas também de particulares, já que, em verdade, pouco importa de quem provém a “bota no rosto do ofendido”<sup>110</sup>.

Não obstante Neuner tenha restringido uma eficácia “horizontal”, isto é, uma vinculação ampla de todo o poder público e dos

---

<sup>109</sup> NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, cit., p. 150 e ss.

<sup>110</sup> NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, cit., p. 152-153.

particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, sustentando uma distinção desses em relação aos direitos fundamentais, os quais, ao menos no que diz com seu conteúdo disponível, não poderiam, em regra, ter os particulares como destinatários diretos<sup>111</sup>, consideramos que tal conclusão – em que pese a relevância da argumentação desenvolvida – não poderá prevalecer na sua integralidade, ao menos não naquilo em que repudia uma vinculação direta dos particulares.

Em primeiro lugar, há que levar em conta o fato de os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, independentemente de uma hoje ao menos controversa qualidade suprapositiva ou jusnaturalista, constituírem concretizações (ou explicitações em maior ou menor grau, como propõe Vieira de Andrade) do princípio fundamental (e igualmente positivado na Constituição) da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as normas de direitos fundamentais, ao menos no que diz com o seu conteúdo em dignidade humana (e na medida desse conteúdo), vinculam diretamente Estado e particulares, posição essa, aliás, admitida por boa parte da doutrina<sup>112</sup>.

A circunstância de não serem absolutos e, portanto, sujeitos a restrições, assim como o próprio reconhecimento de uma esfera de disponibilidade e, nessa linha de entendimento, até mesmo de uma certo grau de renunciabilidade, não poderá afastar, por sua vez, desde logo e em qualquer caso, uma vinculação direta dos particulares.

Ainda que se possa questionar – como o fizemos em outra oportunidade<sup>113</sup> – que todos os direitos fundamentais da nossa Constituição encontrem seu fundamento diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana, verificar-se-á, por outro lado, que na

---

<sup>111</sup> NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, cit., p. 154 e ss.

<sup>112</sup> V., entre outros, especialmente no direito lusitano, J. C. Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 293-294), J. J. Nunes Abrantes (*A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, cit., p. 105 e ss.) e, mais recentemente, P. Mota Pinto (*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, cit., p. 241-243), todos sustentando que, nas relações entre tendencialmente iguais, a vinculação dos particulares estaria, em princípio, restrita ao conteúdo em dignidade humana e ao núcleo essencial indisponível dos direitos fundamentais, aproximando-se do pensamento já referido de Neuner.

<sup>113</sup> V. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 95 e ss.

maioria desses casos (que não são muitos) nos deparamos com normas que expressamente vinculam sujeitos particulares, o que se aplica a todos os direitos sociais dos trabalhadores (arts. 7º e ss.) da nossa Lei Fundamental. O princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir, portanto, relevância autônoma apenas onde não se estiver em face de uma vinculação desde logo expressamente prevista no texto constitucional.

A esse argumento soma-se a circunstância – que nos parece elementar – de que existe um dever geral de respeito<sup>114</sup> por parte de todos (Estado e particulares) em relação aos direitos fundamentais, isto em se levando em conta o velho adágio – expressamente consagrado já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – de que os direitos de uns encontram seu limite nos direitos dos outros<sup>115</sup>, consignando-se, todavia, que esse dever de respeito dos particulares, embora com ele seja conexo (até mesmo por lhe servir de fundamento) não se confunde com o dever de proteção imposto aos órgãos estatais.

Atente-se, nesse contexto, ao que já foi referido alhures, no sentido de que as violações dos direitos fundamentais decorrem tanto do Estado quanto – e talvez até mesmo em maior número – dos particulares (sejam, ou não, detentores de poder social), igualmente demonstrado que essas agressões provindas de particulares não podem ser imputadas – ao menos não de forma generalizada e exclusiva (tal como pretendem os adeptos da teoria da convergência estatista) – diretamente ao Estado.

Da mesma forma, assume relevo o argumento de que se deverá distinguir a decisão fundamental em prol de uma eficácia direta

---

<sup>114</sup> Sobre esse dever geral de respeito, v. V. M. P. D. Pereira da Silva (A vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias, cit., p. 48 e ss.), embora não sustentando que esse dever de respeito conduza a uma vinculação direta generalizada dos particulares.

<sup>115</sup> De acordo com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados por Lei”.

dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, da decisão sobre a competência de constatar e determinar, no caso concreto, o grau de eficácia de determinado direito fundamental<sup>116</sup>.

A vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, tal como já tem sido aceito pela doutrina espanhola majoritária, decorre – mesmo à míngua de norma expressa nesse sentido – diretamente da Constituição<sup>117</sup>. Inclusive na Alemanha – embora prevalente a doutrina da eficácia mediata – já foi objeto de amplo reconhecimento que a norma contida no art. 1º, III, da Lei Fundamental, ao enunciar expressamente a vinculação dos poderes públicos, não tem o condão de afastar uma vinculação dos particulares, assegurando, isto sim, que pelo menos os órgãos estatais encontram-se diretamente vinculados aos direitos fundamentais<sup>118</sup>. Da mesma forma, parece-nos que, se até na Alemanha, onde apenas a vinculação dos órgãos estatais está expressamente consignada na Lei Fundamental e mesmo assim tal previsão não pode ser – ao menos de acordo com expressiva doutrina – interpretada como uma decisão impeditiva da vinculação dos particulares, também entre nós – onde a Constituição apenas enuncia de forma expressa o princípio da aplicabilidade

---

<sup>116</sup> Esse ao menos parece ser o entendimento de J. Ferrer y Riba e P. S. Coderch (Asociaciones, democracia y Drittwirkung. In: CODERCH, P.S. (Coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997, p. 93), ao sustentarem que “uma coisa é a decisão de fundo sobre o grau de eficácia de um direito fundamental em uma relação privada, outra a decisão sobre a legitimidade para determinar esse grau concreto de vigência social do direito”.

<sup>117</sup> Cf., dentre tantos, J. M. Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 349 e ss., e L. Pietro Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 210 e ss.

<sup>118</sup> Cf., dentre outros, BLECKMANN, *Staatsrecht II...*, cit., p. 228-229. Na Espanha, F. F. Segado (La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, n. 121, p. 87, 1994) destaca que a vinculação expressa dos poderes públicos não afasta a vinculação dos particulares. Vale citar, nesse contexto, a recente posição defendida – também na Alemanha – por J. Lücke (Die Drittwirkung der Grundrechte na Hand des Art. 19 Abs. 3 GG. *JZ*, 1999, p. 377 e ss.), afirmando – por mais controverso que possa ser esse entendimento – que uma vinculação direta pode ser fundamentada no art. 19, III, da Lei Fundamental, o qual prevê que as pessoas jurídicas (especialmente de direito privado) poderão ser titulares de direitos fundamentais, quando esses, por sua natureza, lhes forem aplicáveis.

imediate das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – não haveria como sustentar o insustentável, isto é, a impossibilidade de uma vinculação dos particulares, no sentido de uma aplicação direta às relações jurídico-privadas, pelo simples fato de nem mesmo ter sido prevista a vinculação dos poderes públicos.

Também na ordem constitucional pátria – e não apenas (embora também) em face dos paradigmas espanhol e lusitano – inexistente respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público.

Ainda que não se possa restringir – de forma simplista – uma vinculação dos particulares apenas às hipóteses nas quais tenhamos uma situação de inequívoca desigualdade fática (econômica/social), assume relevo a circunstância de que uma importação acrítica da posição majoritariamente adotada na Alemanha esbarra, também e desde logo, na evidência de que os pressupostos de uma certa igualdade fática e jurídica encontram-se gravemente comprometidos entre nós, bastando aqui uma breve referência aos elevados (e em constante crescimento) índices de opressão socioeconômica e, portanto, a relevância maior dos assim denominados poderes sociais.

Se mesmo em Estados desenvolvidos e que, de fato, assumem (em maior ou menor grau) as feições de um Estado democrático (e social) de Direito<sup>119</sup> já se aceita – não obstante as ressalvas já referidas – que, nas relações cunhadas pela desigualdade, o particular mais “poderoso” encontra-se diretamente vinculado aos direitos fundamentais do outro particular (embora ambos sejam titulares de direitos fundamentais), mais ainda tal vinculação deve ser reconhecida na ordem jurídica nacional, na qual, quando muito, podemos falar na previsão formal de um Estado Social que, de fato, acabou sendo concretizado apenas para uma diminuta parcela da população. De fato, é perfeitamente viável questionar até que ponto o assim denominado

---

<sup>119</sup> Sobre a possível distinção entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito (por sua vez inequivocamente comprometido com a justiça substancial), v. STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 83 e ss.

Estado social e democrático de Direito, entre nós e ao menos para a maior parte da população, não passou até agora de um mero projeto insculpido na Constituição formal<sup>120</sup>. No mínimo, importa reconhecer que quanto mais sacrificadas a liberdade e a igualdade substanciais, maior haverá de ser o grau de proteção exercido pelo Estado no âmbito dos seus deveres gerais e específicos de proteção, atuando positivamente no sentido de compensar as desigualdades, mediante intervenção na esfera da autonomia privada e da liberdade contratual.

O fato é que cada vez mais encontramos menos relações entre particulares caracterizadas por uma tendencial igualdade, o que não afasta, como já demonstramos, a vinculação direta de todos os particulares, ainda que não se enquadrem na categoria dos que exercem uma parcela de poder social. Da mesma forma, cumpre relembrar que mesmo em se cuidando de um particular (ou entidade privada) “poderoso”, não estaremos diante de uma relação igual à que se estabelece entre particular e Estado, na medida em que continuamos nos movendo na esfera das relações entre titulares de direitos fundamentais, potencialmente em rota de colisão. Vale lembrar aqui a sugestiva decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, referindo, em síntese, que em um Estado social de Direito não se poderá sustentar, de modo geral, que o titular de direitos fundamentais não o seja também na esfera da vida social<sup>121</sup>.

Na medida em que se poderá questionar quais são as normas de direitos fundamentais relevantes para efeitos de uma vinculação dos particulares, notadamente no que diz com os direitos sociais<sup>122</sup>,

---

<sup>120</sup> Nesse sentido, a oportuna lembrança de L. L. Streck (*Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19 e ss.), analisando a crise da modernidade e o impacto do neoliberalismo e da globalização sobre o Estado e o Direito no Brasil. Sobre a crise do Estado social de Direito e a crise dos direitos fundamentais, v. também o nosso “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988” (in: SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129 e ss.).

<sup>121</sup> STC 18/1984, decisão essa que, apesar de ter sido aplaudida por boa parte da doutrina espanhola (v., entre outros, SEGADO, La teoría jurídica de los derechos fundamentales..., cit., p. 87), foi objeto, todavia, da crítica de García-Torres e Jiménez-Blanco (*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, cit., p. 101), especialmente sustentando o cunho demasiadamente genérico e nebuloso da argumentação utilizada.

importa firmar posição no sentido de que todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais<sup>123</sup>. Com efeito, consoante já tivemos oportunidade de afirmar, não vislumbramos razão para afastar, desde logo, uma vinculação direta dos particulares – seja qual for a natureza do direito fundamental em questão – a não ser quando se cuide de direitos fundamentais que tenham por destinatário precípua o poder público. Convém lembrar, neste ponto, que a Constituição Brasileira de 1988 expressamente albergou em seu texto normas de direitos prestacionais tendo como destinatários em primeira linha sujeitos privados, como ocorre com o direito ao salário mínimo, à gratificação natalina, ao adicional de insalubridade e periculosidade, apenas para referir os exemplos mais evidentes.

## 7 Algumas conclusões e indagações

Mesmo a esta altura da exposição, certamente não poderíamos nutrir a pretensão de estarmos em condições de enunciar qualquer espécie de conclusão, ao menos não a título de consideração final, já que nem de longe logramos apresentar e analisar todos os aspectos do problema. Aliás, mesmo os pontos enfrentados não o foram em caráter exaustivo, carecendo de maior desenvolvimento. Assim, a título de fechamento deste ensaio, limitar-nos-emos a tecer algumas considerações com a finalidade precípua de contribuir para a discussão e lançar alguns questionamentos.

A problemática das relações entre os direitos fundamentais e a ordem jurídica privada assume posição singular e destacada no contexto do fenômeno mais amplo, habitualmente denominado de

---

<sup>122</sup> Vale registrar que a Constituição Portuguesa de 1976 consagrou a vinculação das entidades privadas apenas no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, excluindo, em princípio, os direitos econômicos, sociais e culturais.

<sup>123</sup> Cf. UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 358.



constitucionalização do Direito Privado, destaque esse decorrente da própria condição de normas jusfundamentais, na sua dupla acepção material e formal, de tal sorte que dessa posição privilegiada decorrem importantes conseqüências para o problema da vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais.

No concernente às relações entre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, há que distinguir, em se cuidando da sua eficácia em relação à ordem jurídico-privada, entre a vinculação do legislador privado e dos órgãos judiciais encarregados da solução de litígios entre particulares, enquadrável naquilo que se convencionou chamar de uma “eficácia vertical” (já que vinculados são os poderes públicos), e a vinculação dos particulares nas suas relações entre si, temática abordada sob o título de “eficácia horizontal”, “eficácia privada” ou “eficácia em relação a terceiros” (*Drittwirkung*), como ainda tem preferido boa parte da doutrina germânica, mas que, mais apropriadamente, dadas as incorreções já apontadas, deveria ser tratada sob o título “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou mesmo “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”.

A peculiaridade do problema decorre, por sua vez, da circunstância de se cuidar, no que diz com a vinculação dos particulares, de relações entre dois ou mais titulares de direitos fundamentais, reciprocamente vinculados (em se admitindo a vinculação), não havendo, portanto, desde logo, como sustentar uma eficácia vinculante idêntica, na sua amplitude e intensidade, à do poder público (do legislador privado), o que se aplica inclusive aos assim denominados “poderes privados”, já que igualmente sujeitos de direitos fundamentais. Na verdade, consoante restou devidamente registrado ao longo do nosso estudo, a existência de algum detentor de poder privado num dos pólos da relação jurídico-privada poderá, isto sim, justificar uma maior intervenção e controle no âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado; em outras palavras, uma maior intensidade na vinculação desses sujeitos privados.

Para além das normas de direitos fundamentais direcionadas exclusivamente ao poder público, em todas as suas formas de manifestação, existem, na Constituição Federal de 1988, normas jusfundamentais que têm por destinatário expresso e inequívoco sujeitos pri-

vados, em relação às quais não há que controverter quanto à vinculação direta dos particulares. De acordo com os argumentos deduzidos ao longo do presente estudo, é possível sustentar a concepção de que, à exceção dos direitos que têm por destinatário apenas os órgãos estatais, todas as demais normas jusfundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) vinculam, de alguma forma, diretamente os sujeitos particulares.

Partindo do pressuposto da relevância do problema e da inadequação das teses que resolvem a questão imputando as ofensas a direitos fundamentais oriundas de sujeitos privados ao poder público (tal como advogam as teorias da “convergência estatista” – Alemanha – e, de certa forma, da *state action* – Estados Unidos), verificamos que se impõe a superação da já clássica contraposição entre as concepções da eficácia direta (imediate) e indireta (mediata), ao menos na forma pela qual foram originariamente desenvolvidas na doutrina e jurisprudência germânica, não obstante também não possamos comungar – apesar dos reconhecidos avanços – das teorias formuladas a partir dos deveres de proteção do Estado, ao menos não naquilo em que continuam negando uma vinculação direta dos particulares. Por outro lado, constatou-se a existência de elementos comuns a todas as concepções, notadamente o fato de partirem do pressuposto de que os direitos fundamentais, expressando uma ordem de valores objetiva, não são indiferentes ao direito privado nem às relações entre particulares, admitindo, além disso, a ocorrência de lesões aos direitos fundamentais oriundas de sujeitos privados e que reclamam uma solução, incumbindo ao Estado um dever de proteção também nessa seara. Do contrário, estaríamos, em verdade – tal como oportunamente averbou Jean Rivero –, chancelando hipocritamente a coexistência de uma dupla ética social, em sustentando que os direitos fundamentais são oponíveis apenas em face do Estado, não o sendo diante de agressões oriundas de particulares<sup>124</sup>.

Sustentamos, outrossim, o entendimento de que – à exceção de uma vinculação exclusiva dos órgãos estatais – todas as normas de

---

<sup>124</sup> Apud UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 266. Assim também J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1159), igualmente na esteira de J. Rivero.

direitos fundamentais vinculam diretamente os sujeitos privados e, portanto, são eficazes nas relações entre particulares. O problema, em verdade, não está em se advogar a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, mas sim em avaliar qual a intensidade dessa vinculação e quais as conseqüências práticas a serem extraídas no caso concreto, especialmente em face do reconhecimento da peculiaridade dessas relações (entre particulares), decorrente da circunstância de se cuidar, em regra, de uma relação entre titulares de direitos fundamentais.

Já pelo fato de as normas de direitos fundamentais não serem homogêneas, tendo diversos graus de eficácia e gerando efeitos peculiares<sup>125</sup>, mas também pela procedência, ao menos parcial, de significativa parcela dos argumentos esgrimidos pelos defensores de uma eficácia apenas indireta, especialmente, contudo, ao salientarem a evidência de se cuidar de relações entre titulares de direitos fundamentais, importa reconhecer uma eficácia direta *prima facie*, em outras palavras, a impossibilidade de uma eficácia direta e, portanto, de uma vinculação dos particulares de feições absolutas.

É justamente por essa razão que, na esteira de Canotilho, entendemos ser inviável advogar a existência de soluções uniformes, já que o adequado manejo da eficácia direta nas relações entre particulares e a intensidade da vinculação desses aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as especificidades do caso concreto<sup>126</sup>, insuficientes, para além disso, os modelos tradicionais adotados no âmbito da doutrina e da jurisprudência<sup>127</sup>.

A inviabilidade de uma eficácia direta “absoluta” e a necessidade de se adotarem soluções diferenciadas decorrem, em verdade, também (e principalmente) da estrutura normativa e da natureza eminentemente principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Com efeito, cuidando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, sempre se farão presentes – ponto

---

<sup>125</sup> Cf., especialmente, UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 355.

<sup>126</sup> Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1154.

<sup>127</sup> Essa a oportuna lembrança de K. Stern (*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., v. III/1, p. 1563).

de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta –, na esteira do que observou Alexy, conflitos ou, pelo menos, situações de tensão, que, por sua vez, reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e com o(s) direito(s) fundamental(is) em conflito (ou tensão), tratando-se, em última análise, de um problema de ponderação<sup>128</sup>.

Não obstante esse aspecto não tenha sido analisado mais detidamente, já há como anunciar que, em princípio, no âmbito das relações entre particulares assume destaque tanto a dimensão jurídico-objetiva, quanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Fundamentando, entre outros efeitos, uma “eficácia irradiante” e um “dever geral de respeito” (ambos os termos objeto de controvérsia quanto ao seu conteúdo e significado), assim como a necessidade de uma interpretação – não apenas das leis, mas também dos atos de particulares – conforme a Constituição e, especialmente, conforme aos direitos fundamentais, a dimensão objetiva serviu também de ponto de partida para o desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção do Estado, simultaneamente autorizando e impondo ações do poder público no sentido de proteger os direitos fundamentais também contra agressões oriundas de particulares, poderosos ou não. Sob a perspectiva jurídico-subjetiva, verifica-se, por sua vez, que a cada titular de direito fundamental encontra-se assegurada a possibi-

---

<sup>128</sup> Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 480 e ss., e *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 510 e ss. Nessa mesma linha de entendimento situa-se também a doutrina espanhola majoritária, como é o caso, representativamente, de J. M. Bilbao Ubillos (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 360 e ss.), destacando que o problema central é o de estabelecer os limites da eficácia nas relações entre particulares, à luz do caso concreto e da ponderação das posições jusfundamentais em pauta. Nessa linha, no âmbito da doutrina lusitana, vale lembrar as lições de J.J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1208 e ss.), Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*, cit., v. 4, p. 325-327) e, mais recentemente, P. Mota Pinto (O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 237 e ss.), dentre outros tantos. Na Alemanha, embora sustentando uma eficácia apenas mediata, W. Ruffner (*Grundrechtsadressaten*. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. [Org.], *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1992, v. 5, n. 77) assevera ser difícil enunciar fórmulas gerais a respeito da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, justamente em virtude da necessária ponderação das posições jurídicas conflitantes, exemplificando sua afirmativa com a utilização do princípio da igualdade, que, no âmbito de um contrato de compra e venda de um veículo usado assume significado completamente distinto daquele que revela numa relação de emprego.

lidade (e aí também ingressamos na dimensão processual do problema) de opor – consideradas as limitações impostas pelo caso concreto e pela natureza da tensão gerada por eventual colisão de direitos – seu próprio direito em relação a terceiros, assim como o direito de exigir do Estado que se desincumba do seu dever de proteção.

Da mesma forma, constata-se que os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão objetiva e subjetiva também se fazem presentes – na esfera das relações entre particulares – tanto na condição de direitos a prestações (positivos) quanto na forma de direitos de defesa (negativos). Com efeito, tal se verifica quando as normas de direitos fundamentais impõem ao Estado deveres (gerais ou específicos) de proteção, gerando (e essa a dimensão prestacional) correspondentes posições jurídico-subjetivas (direitos à proteção), ainda que se possa discutir a respeito da força jurídica desses direitos. De outra parte, a função defensiva (negativa) se faz presente justamente na proteção da liberdade pessoal e demais bens fundamentais contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos e – o que mais importa nesse contexto – também de agressões oriundas de outros sujeitos particulares<sup>129</sup>.

Também se revela inequívoca a imbricação, igualmente no sentido de uma confluência e influência recíproca, entre as assim denominadas eficácias “vertical” e “horizontal” (no sentido que emprestamos a esses termos). Nesse contexto, verifica-se que mesmo estando os particulares – ao menos no nosso sentir – diretamente vinculados pelas normas definidoras de direitos fundamentais (quando, é claro, não for o Estado o destinatário precípua), também e sempre estarão diretamente vinculados os órgãos estatais, especialmente o legislador e os órgãos jurisdicionais, aos quais, no âmbito

---

<sup>129</sup> Nessa linha de entendimento, propondo uma operacionalidade dos direitos fundamentais no âmbito jurídico-privado, tanto por meio da função prestacional quanto da função defensiva e prestacional (esta versada sob o prisma dos deveres de proteção), parece situar-se a tese advogada por J. Hager (*Grundrechte im Privatrecht. Juristen Zeitung – JZ*, 1994, p. 373 e ss.). Advogando uma relação dialética entre as funções defensiva e protetiva dos direitos fundamentais no âmbito de sua aplicação às relações jurídico-privadas, v. RIBEIRO, J. S. *Constitucionalização do direito civil*. [Palestra realizada por ocasião do Seminário Luso-Brasileiro de Direito Civil] Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 1998, p. 24.

dos deveres de proteção, incumbe a obrigação de atuar – justamente pelo fato de os direitos fundamentais terem eficácia (e serem vinculantes) nas relações entre particulares – no sentido de compor os conflitos e/ou tensões entre os direitos fundamentais dos diversos sujeitos privados e de solver os litígios que entre esses vierem a se estabelecer.

Na esteira do que já havíamos afirmado em outra oportunidade<sup>130</sup>, não obstante o maior desenvolvimento ora outorgado ao tema e a superação da posição tomada naquela ocasião, corretamente designada de “cautelosa” em recente e importante ensaio<sup>131</sup>, vale respirar aqui que, no âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, vislumbra-se inequivocamente a necessidade – em face de conflito entre a autonomia privada (e liberdade contratual) e outros direitos fundamentais – de uma análise tópico-sistemática<sup>132</sup>, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto e que deverá ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão (conflito) entre direitos fundamentais de diversos titulares, buscando-se sempre uma solução embasada na ponderação dos valores em pauta, norteadas pela busca do equilíbrio e concordância prática (Hesse), caracterizada, em última instância, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais em questão, assim como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um<sup>133</sup>.

Por derradeiro, encerrando o presente texto, mas de longe não esgotando o tema e todas as suas facetas e potencialidades, aproveitamos para registrar – mais uma vez – que com o presente estudo

---

<sup>130</sup> Cf. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 339.

<sup>131</sup> Cf. MOTA PINTO, P. O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 236, nota n. 244.

<sup>132</sup> O tópico-sistemático vai tomado aqui no sentido que lhe emprestaram, entre nós, com inequívoca dose de originalidade, J. Freitas (*A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 116 e ss.) e, mais recentemente, A. Pasqualini (*Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 123 e ss.).

<sup>133</sup> Esse vem sendo o entendimento predominante no âmbito da doutrina constitucional contemporânea (até mesmo entre os adeptos da eficácia indireta), em que pese a divergência ainda significativa em relação a outros aspectos.

se pretendeu apenas lançar algumas considerações de caráter genérico e introdutório a respeito de assunto por demais relevante para restar confinado às páginas de um artigo ou mesmo de um livro específico sobre o assunto. O estudo das relações entre a ordem constitucional e, especialmente, as normas de direitos fundamentais nela consagradas, e a ordem jurídico-privada, no âmbito do qual se destaca o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, suscita, em verdade, tantos enfoques e problemas quanto são peculiares e numerosas as próprias situações passíveis de se verificarem na esfera das relações entre sujeitos privados que digam com os direitos fundamentais<sup>134</sup>. Na esteira do que destacaram García-Torres e Jiménez-Blanco, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas significa bem mais do que um mero esclarecimento de sentido no âmbito de um projeto geral de sentido dos direitos fundamentais, representando, isto sim, algo como um novo “horizonte hermenêutico”, implicando uma leitura completamente nova do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais<sup>135</sup>.

Assim como também nós nos encontramos desafiados a continuar trilhando esta jornada, ampliando e aprimorando os argumentos e conclusões ora esboçados, esperamos, de outra parte, que tenhamos alcançado o nosso primeiro intento: contribuir para estimular a reflexão e o debate, mas principalmente para conclamar a todos os estudiosos que se deixem igualmente tocar intimamente pelo tema, transformando-o em objeto de investigação e constante desenvolvimento, certos de que, com isso – e ousando inverter aqui a fórmula de Hesse<sup>136</sup> – a Constituição, os direitos fundamentais, mas também o Direito Privado nada terão a perder, porém muito a ganhar.

---

<sup>134</sup> Destacando a complexidade e a diversidade das relações interprivadas e dos conflitos entre as esferas de liberdade dos sujeitos privados, notadamente em relação ao esquema binário mais simples que rege as relações entre particulares e Estado, vale lembrar a lição de J. S. Ribeiro (*Constitucionalização do direito civil*, cit., p. 15-16).

<sup>135</sup> Cf. J. García-Torres e A. Jiménez-Blanco (*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, cit., p. 140-142), embora defensores de uma eficácia mediata e em que pese o seu ceticismo.

<sup>136</sup> Para K. Hesse (*Derecho constitucional y derecho privado*, cit., p. 67), o reconhecimento generalizado de uma eficácia imediata no âmbito do direito privado e, especialmente,

## Referências

- ABRANTES, João José Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II - Die Grundrechte*. 4. ed. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl-Heymanns, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1999.
- . *Grundrechte und Privatrecht. Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, n. 184, p. 201 e ss., 1984.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985.
- CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada*. Madrid: Civitas, 1997.
- DIEDERICHSEN, Uwe. *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre. Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, v. 198, p. 171 e ss., 1998.
- DÜRIG, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. In: MAUNZ, Theodor (Hsgb). *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. München: Isar Verlag, 1958. p. 157 e ss.

---

das relações entre particulares poderia fazer com que o benefício de uma proteção ampla e eficaz dos direitos fundamentais se transformasse numa verdadeira praga, com a qual “o direito privado teria pouco a ganhar e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito a perder”.



- ERICHSEN, Hans-Uwe. Die Drittwirkung der Grundrechte. *JURA*, 1996, p. 527-533.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- . *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FERRER I RIBA, Josep; CODERCH, Pablo Salvador. Asociaciones, democracia y Drittwirkung. In: CODERCH, P. S. (Coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.
- FRANGI, Marc. *Constitution et droit privé: les droits individuels et les droits économiques*. Paris: Economica, 1992.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GARCÍA, Pedro de Veja. Dificultades y problemas para la construcción de um constitucionalismo de la igualdad (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 265- 280.
- GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.
- HAGER, Johannes. Grundrechte im Privatrecht. *Juristen Zeitung (JZ)*, 1994, p. 373 e ss.
- HERMES, Georg. Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1990, p. 1764 e ss.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- . *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
- LANGLER, Thomas. *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1998.
- LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1960.
- LÜCKE, Jörg. Die Drittwirkung der Grundrechte na Hand des Art. 19 Abs. 3 GG. *Juristen Zeitung (JZ)*, 1999, p. 377-384.

- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 4.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Têoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.
- MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 149-246.
- MÜNCH, Ingo von; CODERCH, Pablo Salvador; FERRER I RIBA, Josep. *Zur Drittwirkung der Grundrechte*. Frankfurt: Peter Lang, 1998.
- NAWIASKY, Hans. Grundrechte und Privatrecht. In: *Festschrift für Erich Molitor*. München: C. H. Beck, 1962. p. 17-32.
- NEUNER, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*. München: C. H. Beck, 1998.
- NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht. In: NIPPERDEY, H. C. (Hsgb). *Festschrift für Erich Molitor*. München; Berlin: C. H. Beck, 1962. p. 17 e ss.
- OETER, Stefan. "Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. *Archiv des öffentlichen Rechts (AÖR)*, n. 119, p. 529 e ss., 1994.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Constitucionalização do direito civil*. [Palestra realizada por ocasião do Seminário Luso-Brasileiro de Direito Civil]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 1998.
- RÜFNER, Wolfgang. Grundrechtsadressaten. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1992. v. 5, p. 525 e ss.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

———. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, n. 121, p. 69 e ss., 1994.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. São Paulo: Forense, 1998.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público (RDP)*, n. 82, p. 41 e ss., 1987.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988. v. III/1.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar 1999.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

———. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

VILLALON, Pedro Cruz. *Derechos fundamentales y derecho privado*. Academia Sevillana del Notariado, Madrid: Edersa, 1998.



# Seção V

Temas Atuais



# Juizados Especiais: a Fênix da Justiça ibero-brasileira

João Marques Brandão Néto\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Código Visigótico. 3 Muçulmanos na Península Ibérica. 4 Portugal. 5 Brasil Imperial. 6 Brasil Republicano. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

Talvez dentre as instituições judiciais ibero-brasileiras, nenhuma tenha sobrevivido tanto quanto o que hoje chamamos de juizados especiais. É verdade que juízes existem desde que os homens se envolveram em contendas; oficiais de Justiça de hoje foram os saíões dos visigodos e os meirinhos medievais portugueses. Mas a existência de Juízos para casos mais complexos ou mais formais e Juízos para casos menos complexos ou de menor valor já existem desde os visigodos, pelo menos. E mesmo desaparecendo de tempos em tempos, sempre ressurgiram das cinzas, ora com o nome de Juízes da Terra, ora de Vintena, ou mesmo (já no Brasil independente), como Juízes Municipais, Juízes de Paz, até chegarem nos Juizados Especiais pós-1988 (que coexistem com os Juízes de Paz, mas estes com bem menos atribuições do que tinham no Império).

## 2 Código Visigótico

O Código Visigótico foi a primeira legislação que vigorou na Península Ibérica após o Domínio Romano. Chamou-se, inicialmente, *Lex Romana Visigotorum*, depois Código Visigótico e uma versão chegou até nós com o nome de *Fuero Juzgo*<sup>1</sup>. Essa legislação vigorou na Península Ibérica a partir do reinado de Alarico II (reinou de 484 a 507), foi consolidado sob Leovegildo (reinou de 565 a 583), sofreu modificações quando da conversão dos reis visigóticos ao catolicismo, sob Recaredo (583–598) e nos concílios de Toledo

---

\* João Marques Brandão Néto é Procurador da República, Mestre em Direito, Professor de Direito Constitucional.

<sup>1</sup> Edição fac-similar encontra-se disponível no *site* <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08140510854669528621157/index.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2005.

(IV – 633, V – 636, VI – 638 e VIII – 653). Os visigodos eram parte dos godos:

*Os godos eram um povo germânico originário das regiões meridionais da Escandinávia. [...] O povo godo abandonou a região do rio Vístula, que corresponde à atual Polônia, [...] na segunda metade do século II. [...]*

*Os godos que viviam entre os rios Danúbio e Dniester receberam o nome de visigodos. Os do outro ramo, que no século IV se haviam estabelecido na área que viria a ser a Ucrânia, foram denominados ostrogodos [...].*

Os visigodos, depois de muitas conquistas, estabeleceram-se, após o ano de 410, sob o reinado de Ataúlfo, no sul da Gália e na Hispânia. Em 475, Eurico declarou-se monarca independente do reino visigodo de Tolosa (Toulouse), que incluía a maior parte das Gálias e a Espanha. [...] Eurico cumpriu uma monumental tarefa legislativa ao reunir as leis dos visigodos, pela primeira vez, no Código de Eurico, conservado num palimpsesto em Paris. Seu filho Alarico II codificou, em 506, o direito de seus súditos romanos, na *Lex romana visigothorum*, mas carecia dos dotes políticos do pai e perdeu quase todos os domínios da Gália em 507, quando foi derrotado e morto pelos francos de Clóvis, na batalha de Vouillé, perto de Poitiers. Desmoronou então o reino de Tolosa e os visigodos foram obrigados a transferir-se para a Espanha.

[...] O domínio total da Península Ibérica pelos visigodos quase se concretizou durante o reinado de Leovigildo, mas ficou comprometida pelo problema religioso: os visigodos professavam o arianismo e os hispano-romanos eram católicos. [...] Mas esse obstáculo para a fusão com os hispano-romanos se resolveu em 589, ano em que o rei Recaredo proclamou o catolicismo religião oficial da Espanha visigótica [...] (Fonte: *Encyclopaedia Britannica*).

Entre os visigodos já havia preocupação com a morosidade da Justiça, pois os juízes eram exortados a não prolongarem muito as demandas e não criar muitas dificuldades às partes, de modo que um pleito não durasse mais do que oito dias (L. 2, T. 1, XX). O Código



Visigótico/*Fuero Juzgo* diferenciava processos que hoje chamaríamos de mais complexos (pleitos grandes ou de grandes coisas), do que hoje seriam os menos complexos (pleito de pequenas coisas): nos processos mais complexos, o juiz deveria fazer dois escritos semelhantes (ou seja, reduzir os autos a termo em duas vias), neles incluídos os depoimentos das testemunhas, dando tais escritos às partes; nos processos mais simples, o depoimento das testemunhas, que deveriam prestar juramento, bastaria que fosse escrito, sendo entregue ao vencedor da demanda, recebendo o vencido um traslado. Em regra, tanto nas demandas grandes quanto nas pequenas, era suficiente, como prova, que a parte “escrevesse e roborasse com sua mão”, sem necessidade de testemunhas. E os juízes deveriam ter os traslados de todos os pleitos que julgassem, para que não houvesse mais contendas sobre os mesmos objetos no futuro (L. 2, T. 1, XXIII):

*Se o pleito é grande, ou de grandes coisas, o juiz deve fazer dois escritos do pleito, que sejam semelhantes [...]. E se o pleito for de pequena coisa, o que disserem as testemunhas, pois prestaram juramento, deve ser escrito somente e deve tê-lo o que venceu e o vencido deve ter o traslado daquele escrito. E se aquele que é chamado a juízo, manifestar-se perante o juiz que o demanda, não é necessário que dê outra prova, mesmo que a demanda seja grande ou pequena: mas deve escrever e roborar com sua mão, para que nenhuma dúvida se venha a ter sobre a coisa litigiosa.*

Observa-se, portanto, que os “juizados especiais” dos visigodos tinham as seguintes características: funcionavam em litígios de “pequenas coisas”, eram registrados em apenas uma via escrita (mas tendo o vencido o direito de receber um traslado) e, como nos litígios de grandes coisas, se o “réu” “reconhecesse a procedência do pedido” deveria declará-lo por escrito.

### **3 Muçulmanos na Península Ibérica**

No ano de 711 ocorre a invasão islâmica da Península Ibérica pelos muçulmanos, conduzida pelo governador Musa ben Nusayr, da província de Ifriquiya, ou Ifriqiyya, atual Tunísia, e por seu lugartenente Tariq ben Ziyad. Tariq é o epônimo do Estreito de Gibraltar – corruptela lingüística de *Djebel el-Tarik*, “A Montanha de Tariq”,

até então chamada de “As colunas de Hércules”. Essa invasão decorreu da crise que estourou com a sucessão do rei visigodo Witiza: um grupo majoritário da nobreza optou por eleger, um tanto tumultuariamente, Rodrigo. Um outro grupo decidiu apoiar a continuidade de algum familiar de Agila II, também rei visigodo. Como antes havia ocorrido em mais de uma ocasião, a facção minoritária pôde ver nos muçulmanos – que já se preparavam para assaltar o reino visigótico há algum tempo – o instrumento para se impor em uma guerra civil que, até então, havia ido muito mal para aqueles. Na batalha decisiva de Guadalete (julho de 711), muitos nobres visigodos desertaram, propiciando assim a derrota de Rodrigo e seus seguidores. Tarik, que obteve a primeira vitória, havia desembarcado com 12.000 berberes. No ano seguinte lhe seguiu seu senhor, Musa ben Nusayr, com 18.000 árabes. Em pouco tempo, ou seja, já entre os anos de 716 e 719, acabaram-se as últimas resistências visigodas<sup>2</sup>. O domínio muçulmano começou a se diluir, em Andaluz (como era chamada a Península Ibérica pelos muçulmanos), no ano de 976, mas é no ano de 1492 que termina definitivamente, com a tomada de Granada pelos reis católicos Fernando de Aragão e Isabela de Castela e Leon (Espanha). Pelo menos em 1217 ainda havia muçulmanos em Portugal, pois nesse ano houve a retomada da cidade portuguesa de Alcácer do Sal.

Valia, no Islã, a lei revelada por Deus. O direito era uma ciência religiosa e era aplicado pelo cádi, um juiz nomeado pelo governante para aplicar a Lei Santa, a “sharia”. A Lei Santa regulava a maioria das relações sociais e pessoais, cobrindo *todos os aspectos da vida muçulmana – pública e privada, comunitária e pessoal. Para os muçulmanos, a lei válida, exclusiva, era a que Deus estabelecera através de revelação, manifestada no Corão*<sup>3</sup>. Na interpretação do Corão eram estabelecidos princípios. *Uma vez estabelecidos e geralmente aceitos esses princípios, era possível tentar relacionar o conjunto de leis e preceitos morais com eles. Esse processo de pensamento era conhecido como fiqh, e o produto dele acabou chamando-se charia. A charia não cobria todas as atividades humanas:*

---

<sup>2</sup> Conforme o site <<http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/personajes.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2005.

<sup>3</sup> LEWIS, Bernard. *O Oriente Médio: do advento do cristianismo aos dias de hoje*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 71-241.

era mais precisa em questões de casamento, divórcio e herança, não tão precisa em temas comerciais e bastante lacônica em temas penais. Praticamente nada dizia sobre a lei “constitucional” ou administrativa. E as funções do cádi refletiam tais limitações da *charia*. Na prática, porém, a maior parte da justiça criminal, sobretudo em relação a assuntos que afetavam o bem-estar do Estado, era ministrada pelo governante ou seus funcionários, não os cádis<sup>4</sup>. Ainda assim, o cádi era uma figura central na vida da cidade muçulmana, situação assemelhada que detinha, na Espanha e Portugal pós-domínio árabe, o Alcaide, corruptela espanhola e portuguesa de Al-Cadi<sup>5</sup>. Observa-se, pois, que mesmo entre os muçulmanos não havia um órgão único a aplicar o direito.

#### 4 Portugal

Quando os muçulmanos invadiram a Península Ibéria, em 711, os cristãos visigodos se refugiaram nas Astúrias, que ficavam ao norte da Península. De lá organizaram a resistência e começaram a reconquista. Em 1095 o rei asturo-leonês Afonso VI<sup>6</sup> (que reinou de 1065 a 1109) concede a sua filha D. Teresa – em decorrência de seu casamento com o nobre francês Henrique de Borgonha – o Condado Portucalense. Em 1128, D. Afonso Henriques, filho de D. Teresa e do falecido D. Henrique, reivindica de sua mãe<sup>7</sup> o governo do território português, sem sofrer contestação de Afonso VII (rei asturo-leonês, sucessor de Afonso VI, reinando de 1126 a 1157)<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> HOURANI, Albert. *Uma história dos povos árabes*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 128-129 e 172.

<sup>5</sup> Os alcaides-mores eram responsáveis pela guarda dos castelos do rei (Ordenações Filipinas, L. 1, T. 74); os Alcaides Pequenos faziam a guarda das cidades e vilas e exerciam a polícia, mas estavam a serviço dos Juízes (L. 1, T. 75); os Alcaides das Sacas cuidava das fronteiras do reino, para coibir o contrabando e o descaminho e podiam fazer a acusação dos criminosos que prendessem (L. 1, T. 76).

<sup>6</sup> À medida que os reinos cristãos iam reconquistando a Península Ibérica, as Taifas muçulmanas que eram subjugadas passavam a pagar um tributo àqueles reinos, chamado *páreas*. Este tributo acabava sustentando outras conquistas (REILLY, Bernard F. *Cristãos e muçulmanos: a luta pela Península Ibérica*. Tradução de Maria José Giesteira. Lisboa: Teorema, 1992, p. 101).

<sup>7</sup> Em 24 de junho de 1128 o exército de Afonso Henriques derrota o exército de sua mãe, Dona Teresa, na batalha de São Mamede. D. Teresa é condenada ao exílio (REILLY, *Cristãos e muçulmanos...*, cit., p. 235).

<sup>8</sup> CAETANO, Marcello. *História do direito português: fontes – direito público (1140-1495)*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992, p. 138-177.

O reino português se consolidou e, anos mais tarde, já no reinado do rei português Afonso IV (1325-1357), também era perceptível a preocupação com a morosidade da Justiça:

*[...] e porém eu Rei Dom Afonso, o quarto, vendo que nos meus reinos recebiam grandes danos pela delonga em que andavam nas demandas que faziam ou que lhe eram feitas [...] e que as vezes, por processos que se faziam como não deviam, alguns perderam seu direito e venciam aqueles que deviam ser vencidos [...].*

Afonso IV dirigia suas ordenações a juízes e alvazis, o que indica que, já na época, ambos tinham jurisdição. Alvazil era uma denominação de ofício (hoje cargo público) originada dos muçulmanos. Em árabe seria “al-Wazir”, nome que se dava a um administrador de posição mais elevada, também denominado “vizir”<sup>9</sup>. O alcaide, entre os portugueses, exercia as funções de polícia e, ao prender pessoas, devia levá-las perante os juízes, não podendo soltá-las sem ordem do juiz ou do alvazil. E é ainda Dom Afonso IV que dá o formato português aos “juizados especiais” de então, ao introduzir a figura do “Juiz de Fora” ao lado dos Juízes da Terra:

*[...] porque poinhamos nossos Juizes de fora parte em essas çidades E villas E lugares . sendo contheudo em seus foros que em cada huum anno emleJom seus Juizes E seJom por nos confirmados E auendo muytos encarregos Mando-lhes pagar sollairos a esses Juizes dos beens desses concelhos E pedia'-nos por merçee que os leiassemos husar segundo nos ditos seus foros he contheudo. / Respondemos que em aquellas çidades E villas hu posemos Juizes . que o nom fezemos com voontade de os agrauar . Mes fezemo-llo por proll delles . porque os Juizes naturaaes da terra de dereito E de rrazom ham muytos aazos pera nom fazer conpridamente Justiça que nom ham os estranhos . que hi som postos de fora parte . porque os naturaaes da terra teem hi muytos parentes E amigos E outros que com elles ham diuedos de conlaçia E outros semelhauees E alguuns com*

---

<sup>9</sup> KENNEDY, Hugh. *Os muçulmanos na Península Ibérica: história política do al-Andalus*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Mem Martins, Portugal: Europa-América, 1999, p. 14.

*outros ham mallquerenças E desamor ou ham rreçaença delles [...].*

Outro fato judicial que se torna importante considerar, por sua importância com práticas dos juizados especiais de hoje, foi a proibição – também no reinado de Afonso IV – do exercício da advocacia no reino português, sob o argumento de que, assim, os processos tramitariam mais rapidamente:

*Dom Afonso pela graça de Deus Rei de Portugal e do Algarve, a todas justiças dos meus reinos que esta carta virem, faço-vos saber que a mim é dito que tanto na minha corte como em meus reinos se faziam prolongadas demandas e muitas malícias e desvários nos feitos que havia entre as partes, e que todas as malícias e prolongamentos se faziam pelos advogados e procuradores, e isto é a desserviço meu e de meu reino e de minha terra, e eu, para tirar estas malícias e virem os feitos mais asinha a ponto de direito, tenho por bem e ponho por lei para sempre que daqui em diante não haja advogados nem procuradores [...]*<sup>10</sup>.

Nas Ordenações Afonsinas (de Dom Afonso V, que reinou de 1438 a 1481) já estava consolidada a prática de o rei colocar um Juiz de Fora. No Livro I, Título 25, a instituição do Juiz de Fora é atribuída a Dom João I (reinou de 1385 a 1433). De destacar que as Ordenações de D. João, transcritas nas Ordenações Afonsinas, possibilitaram que se optasse, em certas situações, entre a jurisdição dos Juizes de Fora ou a dos Juizes Ordinários, como, por exemplo, quando lavadores quisessem demandar fidalgos, em se tratando de contratos de coisas móveis. Mas, em regra, o Juiz de Fora assumia a jurisdição do Juiz da Terra. De resto, nas Ordenações Afonsinas a regra era o Juiz de Fora assumir toda a jurisdição:

*[...] e posto que quando ora mandamos alguns Juizes por Nós a algumas Cidades ou vilas, ou por requerimento dos moradores delas, ou por entendermos assim por serviço de DEUS e Nosso e prol da terra, os Juizes Ordinários cessam e não deve aí haver outro, salvo aquele que por Nós é*

---

<sup>10</sup> *Ordenações Del-Rei Dom Duarte*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 315, 352, 362, 388, 402, 403, 417, 433, 667 e 549.

*enviado e ele deve tomar conhecimento de todas as coisas e feitos que tomavam conhecimento os ordinários [...]*

É nas Ordenações Manuelinas (em vigor de 1521 a 1603) que surgem contornos mais destacados de “juizados especiais”. O espírito era aproximar a Justiça das pessoas, colocando juizes – ou permitindo a eleição de juizes – em todos os lugares em que houvesse um determinado número mínimo de habitantes. Para se compreender o alcance de tal medida, vale lembrar que a estrutura judicial e processual que conhecemos hoje no Brasil já existia, em Portugal, pelo menos em sua estrutura básica, desde o reinado de Afonso III (1248-1279). Assim, já então existiam, por exemplo, os incidentes processuais da revelia (Constituição 70), da execução de sentença (Constituição 72), da apelação (Constituições 78 a 84), da carta de sentença (Constituição 85), se pagavam custas de apelação (Constituição 83) e havia o cargo de Sobre-Juiz (Constituição 82), logo denominado Desembargador, ao qual eram dirigidas as apelações<sup>11</sup>. A distância das cidades e vilas a cujo termo e jurisdição pertencia uma aldeia e a quantidade de moradores dessa aldeia é que determinava a existência de juiz: a distância era de uma légua ou mais e a quantidade mínima de moradores era de vinte “vizinhos”. E existiam graduações: uma légua de distância e vinte a cinquenta vizinhos correspondia a um juiz eleito para julgar – sem processo algum – contendas de cem reais para baixo, sem apelação, nem agravo, devendo a sentença ser imediatamente executada. O juiz podia prender os malfeitores, mas devia remetê-los para o juiz ordinário a cujo termo pertencesse a aldeia. Se a aldeia fosse de 50 a 100 vizinhos, o juiz local podia conhecer demandas de até 200 reais, também sem apelação nem agravo; de 100 a 150 vizinhos, a alçada subia para 200 reais; se 200 ou mais vizinhos, a alçada subia para 400 reais. E em todos os casos, não haveria processo, apelação ou agravo e a execução seria imediata. Também o juiz prenderia os malfeitores e os enviaria para o juiz ordinário com jurisdição sobre a aldeia. Esses juizes de aldeia não podiam conhecer demanda alguma sobre bens de raiz, nem sobre crimes. Mesmo os juizes ordinários das cidades e vilas tinham jurisdição limitada (L. 1, T. 44).

---

<sup>11</sup> *Ordenações Del-Rei Dom Duarte*, cit., p. 101-104.

Observa-se, portanto, que, nas Ordenações Manuelinas, ou seja, de 1521 a 1603, os “juizados especiais” eram formados por juízes eleitos (como também o eram os ordinários, não o sendo os “de fora”), com jurisdição civil limitada e sem jurisdição criminal. Sua principal característica era a presença constante, como moradores, em lugares muito pequenos, com até vinte vizinhos.

Nas Ordenações Filipinas (que vigoraram no Brasil, em algumas situações até 1823, em outras até 1831 e, em outras ainda, até 1916), as disposições eram muito semelhantes às das Manuelinas, só que os “juizados especiais” tinham uma denominação específica: Juízes de Vintena (L. 1, T. 65, § 73). O texto era o seguinte:

73. Mandamos que, em qualquer aldeia em que houver vinte visinhos e daí para cima até cinqüenta, e for uma légua afastada, ou mais da cidade, ou vila, de cujo termo for, os Juízes da dita cidade, ou vila, com os Vereadores e Procurador, escolham em cada um ano um homem bom da dita aldeia, que seja nela Juiz; ao qual darão juramento em Câmara, que bem e verdadeiramente conheça e determine verbalmente as contendas, que forem entre os moradores da dita aldeia, de quantia até cem réis. E sendo a aldeia de cinqüenta visinhos até cento, conhecerá de quantia de duzentos réis. E se for de cem visinhos até cento e cinqüenta, conhecerá da quantia de trezentos réis. E se for de duzentos visinhos, e daí para cima, conhecerá até quantia de quatrocentos réis: e das ditas quantias todas sem apelação, nem agravo, e verbalmente, sem sobre isso fazer processo. E da mesma maneira conhecerão, segundo as posturas dos Concelhos, das coimas e danos, e isto entre os moradores dessa aldeia, e darão à execução com efeito as ditas sentenças. E não conhecerão de contenda alguma que seja sobre bens de raiz.

74. E não conhecerão sobre crime algum. Porém poderão prender os malfeitores que forem achados cometendo os malefícios na aldeia e seu limite, ou lhes for requerido pelas partes que os prendam, sendo-lhes mostrados os mandados, ou querelas, por que

o devam ser. E tanto que forem presos, os mandarão entregar aos Juizes ordinários, de cujo termo for a dita aldeia.

## 5 Brasil Imperial

Em que pese o fato de a primeira constituição portuguesa (as Bases) ter vigorado no Brasil, senão de fato, pelo menos de direito, de 1821 até 1822, é mais produtivo verificar o que a primeira Constituição Brasileira determinava sobre a administração da justiça e, aí, observar se havia alguma disposição sobre “juizados especiais”. Vejamos:

Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o fato, e os Juizes aplicam a Lei.

*Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpétuos [...].*

Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbítrios. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Câmaras. Suas atribuições, e Distritos serão regulados por Lei.

A sistemática de atuação dos Juizes de Paz, no Império, não diferia muito da dos Juizes de Vintena: mesmo nos menores núcleos populacionais (Freguesias e Capelas filiais curadas<sup>12</sup>), haveria Juizes de Paz, que eram eleitos. Para ser Juiz de Paz bastava que se pudesse ser eleitor. O Juiz de Paz conciliava as partes, lavrando termo da

---

<sup>12</sup> Freguesia e capela curada eram subdivisões da igreja católica: freguesia – *de feligreses* • *fili ecclesiae* – e capela curada – a que tem um Cura.



conciliação; julgava pequenas demandas de até 16\$000; separava ajuntamentos em perigo de desordem, podendo convocar a força armada para rebater motins; punha os bêbados em custódia durante a “bebedice”; evitava rixas, obrigava vadios e mendigos a viver de trabalho honesto, corrigia bêbados turbulentos e meretrizes escandalosas, obrigando-os a assinar termo de bem viver com cominação de pena; destruía quilombos; fazia auto de corpo de delito, interrogava delinqüentes indiciados, podendo – se provada a delinqüência – prendê-los e mandá-los para o Juiz Criminal; ter uma relação de criminosos para prendê-los quando se achassem em seu distrito, fazer observar as posturas policiais; informar ao Juiz dos Órfãos sobre menores ou desassisados (loucos) abandonados; vigiar sobre conservação de matas e florestas públicas; participar ao Presidente da Província sobre descobertas úteis, do tipo mineral, vegetal ou animal; procurar a composição de todas as contendas e dividir o distrito em quarteirões. Cada Juiz de Paz teria um escrivão a seu cargo (Lei de 15.10.1827, arts. 1<sup>ª</sup>, 5<sup>ª</sup> e 6<sup>ª</sup>). Os termos de conciliação lavrados pelos Juizes de Paz tinham força de sentença (Lei de 20.9.1829, art. 4<sup>ª</sup>). O art. 12 do Código de Processo Criminal do Império, de 1831, também tratava das atribuições dos Juizes de Paz. Havia também o Juiz Municipal, cujas atribuições constavam do art. 35 do mencionado Código de Processo Criminal: substituir o Juiz de Direito, executar sentenças dos Juizes de Direito e Tribunais e exercer cumulativamente jurisdição policial. Os Juizes Municipais eram escolhidos pelos Presidentes das Províncias, em lista tríplice elaborada pela Câmara Municipal, da qual podiam participar pessoas formadas em direito, ou advogados hábeis ou qualquer pessoa bem conceituada e instruída.

Portanto, no Império, observa-se que se mantém o espírito das Ordenações Manuelinas e Filipinas, no sentido de: (a) levar a Justiça até as pessoas, colocando juizes em locais pequenos e distantes; (b) aumentar as atribuições desses juizes; (c) registrar por escrito as demandas, pois tanto as conciliações quando os pequenos julgamentos deviam ser reduzidos a termo.

## **6 Brasil Republicano**

Quanto à República, a verificação no período de 1891 a 1934 seria muito ampla, pois implicaria consulta às Constituições de

todos os Estados, já que a União, no período, só legislava sobre direito processual da Justiça Federal (art. 34, item 23). Mas desde a Constituição de 1934 há Justiça de Paz e Juizados Especiais:

*Constituição de 1934:*

Art. 104, f:

*§ 4º Os Estados poderão manter a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com ressalva de recurso das suas decisões para a Justiça comum.*

*§ 7º Os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada a certo tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das excedentes da sua alçada e substituição dos Juízes vitalícios.*

*Carta de 1937:*

*Art. 104. Os Estados poderão criar a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com a ressalva do recurso das suas decisões para a Justiça togada.*

*Art. 106. Os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada no tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das que excederem da sua alçada e substituição dos Juízes vitalícios.*

*Constituição de 1946:*

Art. 124:

*X – poderá ser instituída a Justiça de Paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei;*

*XI – poderão ser criados cargos de Juízes togados com investidura limitada a certo tempo, e competência para julgamento das causas de pequeno valor. Esses Juízes poderão substituir os Juízes vitalícios.*

*Constituição de 1967:*

Art. 136, § 1º:

*b) Juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir Juízes vitalícios;*

*c) Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis.*

*EC n. 1/69:*

*Art. 144, § 1º:*

*b) juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir juízes vitalícios;*

*c) justiça de paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis.*

*Constituição de 1988:*

*Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:*

*I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;*

*II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.*

## 7 Conclusão

Como se observa, os Juizados Especiais sempre existiram na seqüência histórica que vem dos visigodos até nossos dias. Mesmo sendo extintos em alguns momentos, voltaram, ora apenas no direito, ora no direito e nos fatos. A partir de 1988 passaram a ser efetivamente implantados na prática e a demanda se fez sentir. Na verdade, a população, ao procurar os Juizados Especiais, reafirma o hábito de ir à Justiça para processos de pequenas coisas (visigodos), ou para buscar a jurisdição dos juízes e alvazis, dos Juízes Ordinários, dos Juízes de Vintena, dos Juízes de Paz e dos Juízes Municipais.

Percebe-se, também, que sempre houve na cultura ibero-brasileira (ou, pelo menos, considerados os visigodos e os portugueses) dois tipos de “Justiça”: uma para grandes causas, outra para pequenas causas. O Juizado Especial para pequenas causas é um componente cultural forte, que atravessou todas as formas de governo experimentadas pelos portugueses e brasileiros, desde os primórdios da Idade Média, passando pelas formas de governo experimentadas pelo Brasil, seja como Colônia, seja como Império, seja como República. Os processos de “pequenas coisas” dos visigodos, os Juízes de Vintena da Monarquia Absoluta portuguesa, os Juízes de Paz e Municipais do Império sobreviveram à República e chagaram ao século XXI como “juizados especiais” Mais curioso é que a instituição do juizado de pequenas causas, tendo reaparecido na Constituição Brasileira de 1934, nunca mais saiu de nossas Constituições, sobrevivendo, inclusive, a duas ditaduras: a de 1937 e a de 1964. Também se percebeu que a ausência de advogados, nos processos do Juizado Especial, não é inovação recente, mas tem raízes já no século XIV. Enfim, há que se perguntar se é positivo ou negativo que sempre tenhamos convivido com essas duas formas de distribuir Justiça, quicá uma justiça para pobres e outra para ricos...

## Referências

- CAETANO, Marcello. *História do direito português: fontes – direito público* (1140-1495). 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992.
- HOURLANI, Albert. *Uma história dos povos árabes*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994

KENNEDY, Hugh. *Os muçulmanos na Península Ibérica: história política do al-Andalus*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Mem Martins, Portugal: Europa-América, 1999.

LEWIS, Bernard. *O Oriente Médio: do advento do cristianismo aos dias de hoje*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

ORDENAÇÕES *Del-Rei Dom Duarte*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

REILLY, Bernard F. *Cristãos e muçulmanos: a luta pela Península Ibérica*. Tradução de Maria José Giesteira. Lisboa: Teorema, 1992.



# NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de pequenos artigos, de autoria, *preferencialmente*, de membros e servidores do MPU, que versem sobre matéria jurídica ou afim; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU, do extrato de notícias e de eventos da Escola. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

## 1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira, com no máximo vinte laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, autorização para sua publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.
- 1.4. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato RTF (*Rich Text Format*), por meio eletrônico, para o endereço <editoracao@esmpu.gov.br>.
- 1.5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 1.6. O Setor de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelos telefones (61) 3313-5114, 3313-5111.

## 2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.