



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 5 – n. 18/19 – janeiro/junho 2006
ISBN 1676-4781

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

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

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

Conselho Editorial

Ministério Público Federal

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

Ministério Público do Trabalho

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

Ministério Público Militar

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 5 – Números 18/19 – janeiro/junho 2006
Brasília/DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

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

© *Copyright* 2007. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Volker Egon Bohne

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro F.Tosta

Núcleo de Editoração

Cecília S. Fujita dos Reis

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Setor de Revisão

Daniel Mergulhão de Carvalho – Preparação de originais e editoração eletrônica

Karina Gomes Leal – Preparação de originais

Núcleo de Programação Visual

Ana Manfrinato Cavalcante

Ludmila Araujo – Diagramação

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato Cavalcante

Fotolitos e impressão

Editora Gráfica Daliana Ltda. – Rua Eliodora, 131 – Vila Darcy Vargas

CEP 32372-230 – Contagem/MG – Tel.: (31) 3393-2353

E-mail: <graficadaliana@uol.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 5, n. 18/19, jan./jun., 2006

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

É com grande satisfação que apresento à comunidade jurídica os números 18 e 19 do *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*.

A presente edição traz textos extremamente relevantes para o aprimoramento teórico e prático não só daqueles que atuam diretamente nos quatro ramos do Ministério Público da União, como também dos estudiosos do Direito em geral.

Temas como células-tronco embrionárias, limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva, moralidade pública nas relações de trabalho, recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais, apropriação indébita previdenciária, juros compensatórios, direito penal mexicano e teoria dos conflitos de direitos são tratados neste volume por destacados colaboradores nacionais e internacionais.

Com a publicação desses textos, o *Boletim Científico* reafirma seu compromisso de levar ao leitor importantes reflexões sobre vários problemas que afligem a sociedade moderna, marcada pela reprodução dos interesses e conflitos de massa.

Ratifica, também, seu ideal de ser um espaço plúrimo e democrático para exposição de idéias ligadas à construção jurídica.

Por fim, convém registrar que a cada edição do *Boletim Científico* renova-se o ânimo para levar adiante tal empreitada.

Boa leitura a todos.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

Professor Doutor da Universidade de São Paulo
Membro do Conselho Editorial da
Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Seção I – Direitos Humanos

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0/600 <i>Claudio Lemos Fonteles</i>	11
--	----

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510: Pedido de ingresso como <i>amicus curiae</i> formulado por Movitae – Movimento em Prol da Vida em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias (constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005) <i>Luís Roberto Barroso</i>	25
---	----

Seção II – Interesses Difusos e Coletivos

Da limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública: uma abordagem crítica à luz do moderno direito processual coletivo e do Projeto de Lei n. 5.100/2005 <i>Luciano Coelho Ávila</i>	59
---	----

Moralidade pública nas relações de trabalho: a responsabilidade do agente público perante o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho <i>Marcelo José Ferlin D’Ambroso</i>	87
--	----

Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais <i>Andrea Beatriz Rodrigues de Barcelos</i>	121
--	-----

Breve reseña histórica del derecho penal militar mexicano <i>Renato de J. Bermúdez Flores</i>	147
--	-----

Transação penal e <i>apropriação indébita previdenciária</i> <i>José Raimundo Leite Filho</i>	177
--	-----

Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Juros compensatórios ou juros de dano: cancelamento das Súmulas 618, 416, 345 e 164 do STF <i>Antonio Fonseca</i>	187
--	-----

Seção V – Temas Atuais

Refutações lógicas à teoria dos conflitos de direitos <i>Fernando M. Toller</i>	233
--	-----

Seção I

Direitos Humanos

Ação Direta de Inconstitucionalidade

n. 3.510-0/600

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerido: Presidente da República
Congresso Nacional

Interessado: Conectas Direitos Humanos
Centro de Direitos Humanos – CDH

Relator: Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Britto

Ementa: 1 O conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil. 2 O direito civil, *parte* do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de *regulação interpessoal* no plano familiar, sucessório e negocial que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa *a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam*. 3 O direito constitucional também se ocupa do tema vida, *em perspectiva diversa e fundamental*, porque ao exigir sua proteção, como *inviolável*, expressamente no art. 5º, “*caput*”, *considera a vida em si* e convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida. 4 A petição inicial desta ação, calcada *exclusivamente* em fundamentos de ordem científica, *sustenta que a vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade*. 5 Não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se *a vida em si*, para protegê-la desde a fecundação, no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais: considerações outras. 6 Pela *procedência* do pleito.

1 Diante das manifestações colhidas nestes autos, passo a examiná-las.

2 Princípio pela que advém do Dr. Rafaello Abritta, advogado da União.

3 É de se corrigir, de pronto, a afirmação posta à *fl. 86* no sentido de que: “tais pesquisas [pesquisas com células-tronco embrionárias] estão avançadas no tratamento de doenças degenerativas como no caso do Mal de Alzheimer e Mal de Parkinson [...]”.

4 Não é assim, *data venia*.

5 A frase carece de indispensável demonstração documental.

6 É de se recordar, a bem da verdade, que após a aprovação do texto, que ora se discute, os seus defensores viram-se na obrigação de esclarecer que curas imediatas, e mesmo dentro de prazo imaginável, não aconteceriam, visto que o emocionalismo com que a matéria foi tratada sem dúvida induziu a vãs expectativas.

7 Outra correção torna-se imprescindível quando, agora meditando sobre o conceito jurídico de vida, diz o Dr. Raffaello Abritta, *verbis*:

Qual seria o conceito operacional de “vida”? Qual o melhor conceito para o vocábulo, segundo as regras de Hermenêutica e os princípios gerais do Direito?

Faz-se necessária a definição jurídica do termo “vida” de maneira a permitir, simultaneamente, segurança e compatibilidade sistêmica com o ordenamento positivo e com os valores constitucionais.

É de se reconhecer que a dificuldade se encontra justamente na definição jurídica do termo, pois as diversas definições dadas pela Medicina, Biologia, Antropologia, Religiões são bastantes para viabilizar os objetivos e para atender às necessidades de cada uma dessas respectivas áreas.

Assim, o cirurgião que, logo após ter amputado uma perna por algum imperativo médico, deita fora, no lixo hospitalar, o membro decepado certamente não pratica nenhuma conduta antiética ou censurável do ponto de vista médico. Ainda assim, jogou fora um conjunto de células humanas e, naquele momento, ainda vivas.

O mesmo ocorrerá em qualquer outra cirurgia, onde ocorre a perda de sangue, tecido vivos, gordura (lipoaspiração) etc.

Importa reconhecer que tais situações não ofendem a proteção à “vida”, sob a óptica da Medicina, ainda que, eventualmente, ofendam

a idéia “vida” defendida por alguma religião. Muito menos configuraram ilícito penal.

8 O equívoco, *data venia*, reside em que *não atenta* o Dr. Raffaello Abritta para a óbvia constatação de que *parte* do corpo humano – a perna; a mão etc. – não pode ser tomada para a discussão que está em fixar-se o momento inicial da vida.

9 *O embrião humano não é parte.*

10 O embrião humano – *o zigoto* –, como disse na inicial, louvando-me em pronunciamentos de *experts*, *é totipotente*. De se ler o que transcrevi no *item 6*, inicial, *verbis*:

6. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia, escreve, *verbis*:

“O zigoto, constituído por uma única célula, produz *imediatamente proteínas e enzimas humanas* e não de outra espécie. *É biologicamente um indivíduo único e irrepetível*, um organismo vivo pertencente à espécie humana.

b) ‘O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado – é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo’ (Shettles e Rorvik. *Rites of life*. Grand Rapids (MI): Zondervan, 1983 – cf. Pastuszek. *Is Fetus Human*. p. 5).

O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide [...] se une a um gameta feminino ou ovócito [...] para formar uma célula única chamada zigoto. *Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único* (Keith Moore e T.V. N. Persaud. *The Developing Human*. Philadelphia: W. B. Saunders Company, 1998. p. 18)”.

7. Anexo *quadro esquemático* que *na, e a partir da, fecundação* marca o desenvolvimento da vida humana: *o zigoto*, que se desenvolve a partir de sua unicidade celular (*vide* quadro anexo).

11 Outra tese, trazida à nossa reflexão pelo Dr. Raffaello Abritta, está em que *vida só se reconhece quando há pessoa, e o nascituro não é pessoa*. De se ler, “*verbis*”:

Até o momento anterior ao do nascimento com vida, *desde a concepção até o nascimento com vida, o feto é um nascituro, gerado e concebido com existência no ventre materno*; mas nem por isso pode ser considerado como pessoa, como de fato ainda não o é.

Desta forma, a lei civil protege os interesses de um ser humano em formação, determinando o respeito pelas expectativas daqueles direitos que esse ser humano poderá vir a adquirir, caso se torne pessoa, o que acontecerá, frise-se, somente após o seu nascimento com vida.

Percebe-se, então, a diferença existente entre o nascituro, que foi gerado e concebido – *mas só existe no ventre materno, isto é, só possui existência intra-uterina*, e a criança, que já passou pelo nascimento com vida adquirindo o atributo de pessoa. Esta segunda possui, conforme a legislação civilista, personalidade jurídica, enquanto o primeiro é apenas um nascituro com expectativa de direitos.

Não se devem perquirir, neste momento, as questões religiosas, sociológicas ou filosóficas sobre a existência de vida uterina como ser humano, como pessoa; o direito civilista não adentra nesta seara.

O enfoque deve cingir-se ao direito material brasileiro infraconstitucional.

Como a lei civil determina que o início da personalidade humana ocorre, tão-somente, com o parto nativivo, é importante determinar o conceito de nascituro.

Como ensina Santoro-Passarelli, em razão do nascituro, cria-se um centro autônomo de relações jurídicas, a aguardar o nascimento do concebido ou procriado, da criança que provenha com vida da mulher.

O mestre Washington de Barros Monteiro ministra:

“Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. *Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o NASCIMENTO com vida*. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade” (grifou-se e destacou-se).

O saudoso professor Caio Mário afirmava que à pessoa liga-se a idéia de personalidade, que manifesta a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

Por sua vez, Haroldo Valadão esclarece que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

Desta forma, insofismável aduzir que a personalidade deriva, indubitavelmente, da pessoa, motivo pelo qual a professora Maria Helena Diniz ministra que, “primeiramente, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo ‘pessoa’”.

Na seqüência, a própria professora Maria Helena elucida a questão com base nos ensinamentos de Diego Espín Cánovas:

“Para a doutrina tradicional, ‘pessoa’ é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial”.

Assim, resta claro que há muito – desde o Código Civil de 1916 – a legislação civilista brasileira adotou a corrente doutrinária natalista, que reconhece o início da personalidade a partir do nascimento com vida, reservando para o nascituro uma expectativa de direito. Adotam, também, a teoria natalista os Códigos Civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália, entre outros [grifamos].

12 Portanto, por essa perspectiva, a vida só se a tem com o nascimento a bom termo.

13 O primeiro ponto à reflexão é este: esgota-se no campo do direito civil o conceito jurídico de vida?

14 Ou, por outro modo, não se pode extrair do texto constitucional o conceito de vida humana?

15 Não, não se esgota no direito civil o conceito jurídico de vida.

16 Quando o direito civil, pelo *art. 4º* do Código, preceitua que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com

vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, *com coerência estabelece que no plano das relações interpessoais é necessário que haja o nascimento, com vida, para que a bilateralidade, inerente à interpessoalidade, possa acontecer.*

17 Agora, *situação claramente outra*, e advinda do significado constitucional da *inviolabilidade* do direito à vida, posta no *art. 5º, “caput”*, *é assentar que a vida humana é preservada, em sua existência, desde a fecundação.*

18 A reflexão constitucional, como não poderia deixar de ser, põe-se em plano *diverso*, em plano *fundamental*, e vai responder pontuando o momento da existência da vida.

19 A reflexão civilista, particularizada no aspecto das relações interpessoais, *não da existência do ser em si*, diz do nascimento com vida a que se desencadeiem aspectos negociais, familiares, sucessórios do nascido em relação a terceiros.

20 É por isso que o próprio Dr. Raffaello Abritta disse na sua promoção, *verbis*:

No Brasil, aguarda-se a manifestação derradeira do Supremo Tribunal Federal.

21 A professora Flavia Piovesan fez registrar que dessa resposta não se eximiu a Suprema Corte americana quando, no Caso *Roe vs. Wade*, em 1973, a partir do 3º mês de gestação marcou a existência humana: a vida.

22 Mencionada a professora Flavia Piovesan, reproduzo suas palavras *a que possa fazer necessário registro*, *verbis*:

Sob o prisma da moral católica e cristã, a vida é considerada sagrada desde a concepção. No entanto, reitera-se, não há definição científica sobre o início da vida: se na fecundação, se no momento da implantação do embrião no útero; se com a formação do sistema nervoso; se a partir do 3º mês, como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso *Roe v. Wade* em 1973; ou se apenas com a vida extra-uterina (como, por exemplo, entende o judaísmo). Na própria história do catolicismo, constata-se que São Thomás de Aquino sustentava firmemente que o feto só adquiria alma após determinado lapso temporal –

40 dias para os fetos masculinos e um lapso temporal maior para o feto feminino.

Todas as religiões convergem no absoluto respeito ao valor da vida. Divergem, contudo, na concepção e no sentido da própria vida e no modo como o valor intrínseco da vida há ser desenvolvido e potencializado.

Neste cenário, a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito deve manter-se laica e secular, não podendo se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.

Vale dizer, a temática objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade há de ser enfrentada sob as molduras constitucionais de um Estado laico, no qual todas as religiões mereçam igual consideração e profundo respeito.

Neste contexto, o termo inicial da vida humana é um fato cultural. No dizer de Alberto Silva Franco, “é o homem quem diz o que é a vida e o que é a morte. E pode ir mudando sua definição desses termos com o transcurso do tempo [...] a única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atuemos com suma prudência”.

Do direito brasileiro não se extrai que o embrião seja considerado forma inicial de vida humana passível de proteção jurídica. O embrião, para o positivismo jurídico brasileiro, não é considerado pessoa, definindo o Código Civil que a personalidade civil é dada após o nascimento com vida. Ainda que a lei coloque a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, faz-se necessário esclarecer que o nascituro é aquele destinado a nascer, implantado em um útero materno.

23 É certo que sou, por opção religiosa, católico, como muito provavelmente a professora doutora Mayana Zatz e o advogado-geral adjunto Shalon Eintoss Granada, que a ilustre professora menciona, por mais de uma vez, devam ter tido formação judaica, que, como disse a professora Flavia Piovesan, entende a vida só no acontecer extra-uterino, mas, *data maxima venia* do que disse a professora

Flavia Piovesan no trecho retrotranscrito, o tema como aqui tratado *nada, absolutamente nada, tem de religioso* e, portanto, não há qualquer pertinência na argumentação sobre a preservação do Estado laico.

24 O que desenvolvo, e o fiz a partir do *item 11* e seguintes deste parecer é que:

- a) o conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil;
- b) o direito civil, *parte* do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de *regulação interpessoal* no plano familiar, sucessório e negocial que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa *a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam*;
- c) o direito constitucional também se ocupa do tema vida, *em perspectiva diversa e fundamental*, porque ao exigir sua proteção, como *inviolável*, expressamente no *art. 5º, “caput”*, *considera a vida em si* e convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida;
- d) a petição inicial dessa ação, *calcada exclusivamente em fundamentos de ordem científica* – leia-se seus itens 1/7 – *sustenta que vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade*;
- e) não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se *a vida em si*, para protegê-la desde a fecundação, no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais.

25 Quanto, por derradeiro, ao questionamento que o Dr. Raffaello Abritta apresenta sobre a inconsistência da menção que fiz à inobservância do preceito constitucional, alusivo à dignidade da pessoa humana, assim posicionou-se o ilustre advogado, *verbis*:

O princípio da dignidade humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica. Neste sentido, o ensinamento do professor Alexandre de Moraes, *verbis*:

“A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar [...]” (grifou-se).

Assim, a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*.

Por fim, cumpre registrar que as premissas biológicas utilizadas pelo Requerente para fundamentar sua tese não foram proferidas de modo isento sob o aspecto religioso, existindo inúmeras posições em sentido diverso.

26 *Data maxima venia*, é a definição do próprio professor Alexandre de Moraes, como transcrita, que autoriza a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

27 Com efeito, se ela é, como diz o professor Alexandre Moraes, “um valor espiritual e moral inerente à pessoa”, a inerência é *ínsita à existência*, e não à personalidade civil para fins de relações de inter-pessoalidade que, como aqui já apresentamos, é coisa diversa.

28 Por fim, apresentei, sim, fundamentos *exclusivamente* científicos a estabelecer, na fecundação, a vida humana presente. Não há, nestes autos, refutar científico do que apresentado foi.

29 Passo, agora, a examinar a breve exposição do Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, Consultor-Geral da União. Destaco, no essencial, *verbis*:

Ora, se o direito à inviolabilidade do direito à vida surte seus efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos e isso ocorre com nascimento com vida, e se os direitos do nascituro garantidos por lei pressupõem a condição de poder nascer objetivamente, se não há nascimento com vida ou não há condições objetivas de nascer, não há direito à inviolabilidade do direito à vida por falta de pressuposto lógico necessário. Em outras palavras, não basta a existência de vida biológica para a inviolabilidade jurídica do direito à vida, em face de que não é verdadeira a afirmação do Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510.

Não fosse isso, a Lei n. 9.434, de 1997, permite a retirada de tecidos ou órgãos ou parte do corpo humano na hipótese de *morte encefálica* o que pode não ser necessariamente o fim da vida, embora a lei não a defina juridicamente (art. 6º do Código Civil). Se a morte encefálica autoriza a morte física – por exemplo, pela retirada do coração ou outro órgão essencial –, seria possível entender que houve o encerramento de uma vida com a mesma violação do direito à vida – e com muito mais razão, porque, neste caso, há personalidade e há direito à inviolabilidade –, mas ninguém cogitaria dessa ilação puramente lógica ante o fato certo da morte necessária. Isso mostra que a tese do Autor descansa em premissa irrazoável e desproporcional, que tanto não tem amparo técnico-jurídico quanto despreza a razoabilidade, sobretudo se – como é certo – os embriões inviáveis serão obrigatoriamente descartados e nunca serão sujeitos de direito, podendo ao invés serem objeto ou instrumento de progresso científico e meio de desenvolvimento da cura ou minimização de males e doenças de um variadíssimo número de pessoas.

30 Não, o direito à inviolabilidade do direito à vida *não* surte efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos, como procurei demonstrar nos itens anteriores, deste parecer.

31 Repito: o direito à inviolabilidade do direito à vida traz a reflexão *à vida em si mesma, que não se confunde* com as relações interpessoais, estas sim a pressupor o nascimento com vida.

32 Quanto à morte encefálica, que, nos termos da lei (art. 3º da Lei n. 9.434/97), autoriza a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos etc., não é correto, *data venia*, dizer-se “que a morte encefálica *autoriza* a morte física”.

33 A morte encefálica *é* a morte física pelo colapso do órgão central, mas isso, por óbvio, não pode autorizar a ilação de que vida há só quando o órgão central do sistema nervoso ou todos os órgãos estejam aperfeiçoados.

34 Eis por que fixei, na inicial, que a vida humana acontece *na, e a partir da*, fecundação.

35 A *inviolabilidade* do direito à vida preserva a vida *tanto na dinâmica do ciclo geracional – a vida em si –, quanto na dinâmica do ciclo relacional: a vida interpessoal.*

36 Pelo Ministério da Saúde, a advogada da União, Dra. Aline de Oliveira, centra-se na tese já aqui enfrentada. Disse, a propósito, *verbis*:

Entretanto, não obstante a validade de tais observações, o ponto principal é a ausência de tutela do embrião pré-implantado, seja em âmbito civil ou no penal. Conforme expõe Heloísa Helena Barboza:

“[...] não há atualmente, no Direito brasileiro, disciplina legal quanto ao embrião humano, na medida em que, pelas razões expostas, tanto o Código Civil de 1916, quanto o de 2002, contêm dispositivos que parecem aplicáveis apenas ao nascituro, ou seja, ao ser concebido e já em gestação no útero da mulher”.

Contudo, as considerações da professora Heloísa Helena Barboza deram-se antes da promulgação da Lei de Biossegurança, por conseguinte, pode-se afirmar que, no momento atual, existe tratamento legislativo, no Brasil, sobre a temática. Sob essa ótica, o art. 5º da Lei n. 11.105, de 2005, adotou a teoria *da diferenciação parcial*, significando que o “embrião é ‘ser humano’, mas ainda não ‘homem-pessoa’, merecendo tutela jurídica inferior a esse [...]”. Pois, em face das limitações impostas pela citada lei – utilização apenas para fins de pesquisa e terapia; somente embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos –, o legislador pátrio não admitiu a tese da *diferenciação total*, que concebe o embrião como “simples coisa”, sendo total sua disponibilidade, “o que possibilita sua produção em proveta para quaisquer finalidades de pesquisa ou experimentação, genética ou não, bem como a utilização de fetos abortados em cosméticos ou na indústria”.

37 Portanto, a Dra. Aline, com todas as letras, e valendo-se do pensamento de Heloísa Helena Barboza, concluiu que “o embrião é ser humano, mas ainda não homem-vida, merecendo tutela jurídica inferior a esse”.

38 Ora, *se ser humano existe, se o embrião é ser humano, não se pode estabelecer gradação constitucional ao conceito de inviolabilidade da vida.*

39 A inviolabilidade da vida *concede tutela completa, desde que exista o ser humano.*

40 Sob esse prisma, injurídico, *data venia*, falar-se em “tutela jurídica inferior”.

41 A Dra. Aline de Oliveira não pôde deixar de registrar que, *verbis*:

Sendo assim, a existência de embriões congelados é uma realidade no Brasil, o problema que se apresenta é o destino dos mesmos após determinado período de congelamento, na medida em que a maioria dos casais, principalmente aqueles que conseguem gravidez com embriões a fresco, e muitas vezes gestações múltiplas, não demonstram interesse em descongelar e transferir os embriões. Raramente autorizam a doação destes a outros casais, e são inadimplentes com as taxas de manutenção. Observam-se, atualmente, centenas de embriões, talvez milhares, abandonados em clínicas de FIV, sem destino definido.

42 Então, *para contornar a insensibilidade humana*, que não autoriza a doação dos embriões humanos a casais que não possam ter filhos, para adotá-los, *ou para evitar a inadimplência com as taxas de manutenção* dos embriões congelados, a vida humana é sacrificada.

43 Nesse quadro, destaco essa consideração da Dra. Flávia Piovesan, *verbis*:

Quanto ao Direito alemão, mencionado às fls. 08 e seguintes da exordial, ainda que a legislação alemã considere o embrião fecundado como vida humana passível de proteção jurídica, sendo nacionalmente proibida a investigação científica com células-tronco embrionárias, é permitido importar embriões para este fim – o que traduz a incoerência do sistema jurídico.

44 Pode até traduzir incoerência do sistema jurídico, mas considero que tal quadro normativo espelha, sem dúvida, viés hegemônico dos países desenvolvidos que, aos seus, amplamente protege-os, até porque, ainda que se trate de comércio internacional de vidas, países há que se sujeitam, como sempre, ao fornecimento da matéria-prima.

45 Os trabalhos apresentados tanto pelos *amici curiae* – Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos –, quanto pela advocacia do Senado Federal, na linha das anteriores impugnações dizem, ainda, do caráter não absoluto de qualquer direito.

46 É certo o que assim se diz, mas o ponto suscitado *nada tem a ver, data venia*, com o tema proposto nesta ação de inconstitucionalidade.

dade, que objetiva a definição constitucional do momento inicial da vida humana, e isto, por certo, não é absolutizar qualquer direito.

47 Definir, constitucionalmente, o momento inicial da vida humana, a que se dê sentido ao princípio constitucional da *inviolabilidade* da vida, é testemunho claro do cumprimento de missão reservada ao Supremo Tribunal.

48 Reitero os pleitos como postos nos *itens 1 e 2 à fl. 13*.

Brasília, 14 de novembro de 2005.

Claudio Lemos Fonteles
Subprocurador-Geral da República

Aprovo:

Antonio Fernando Barros e Silva de Souza
Procurador-Geral da República

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510

Pedido de ingresso como *amicus curiae* formulado por Movitae – Movimento em Prol da Vida em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias (constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005)

Introdução – Pedido de ingresso como *amicus curiae*.
Parte I – A hipótese dos autos e o histórico da lei de biossegurança. I. A hipótese. II. Histórico legislativo da norma impugnada. Parte II – A questão do ponto de vista técnico e doutrinário. I. Fertilização *in vitro*. II. Importância das pesquisas com células-tronco embrionárias. III. Bioética, bio-direito e Constituição. Parte III – A questão do ponto de vista ético. I. O debate sobre o início da vida. II. Outras indagações. Parte IV – A questão do ponto de vista jurídico. I. Inexistência de violação do direito à vida. II. Inexistência de violação à dignidade da pessoa humana. III. Notícia sobre o direito comparado. Parte V – A questão do ponto de vista institucional. I. Princípio majoritário, jurisdição constitucional e razão pública. Conclusão – Constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005.

Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Ayres Britto – Ministro Relator da ADIn n. 3.510

Movimento em Prol da Vida (Movitae), associação civil sem fins lucrativos, certificada pelo Ministério da Justiça como organização da sociedade civil de interesse público, com sede na Rua Monte Caseros, 313, ap. 31, Vila Gomes, São Paulo, por seu advogado ao final assinado, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem requerer seja admitida sua manifestação na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade

de *amicus curiae*, apresentando desde logo as razões pelas quais postula a improcedência do pedido formulado.

Introdução¹ – Pedido de ingresso como *amicus curiae*

1 A presente medida conta com o apoio intitucional de Associação de Diabetes Juvenil (ADJ), Grupo de Abordagem Multidisciplinar da Terapia de Esclerose Múltipla – Multiplem, Associação Brasil Parkinson e Associação Brasileira de Distrofia Muscular – Abdim. Apenas por simplificação, à vista da representatividade da Movitae, deixam elas de figurar formalmente como requerentes.

2 A Lei n. 9.868/99 promoveu a introdução formal, no direito brasileiro, da figura do *amicus curiae*, originária do direito norte-americano. A inovação fez carreira rápida, reconhecida como fator de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sua atuação como tribunal constitucional². A Lei, em seu art. 7º, § 2º³, delineou dois requisitos a serem utilizados como critérios de admissibilidade pelo relator: a) a relevância da matéria; e b) a representatividade do postulante. Ambos se encontram presentes no caso aqui examinado⁴.

3 A *relevância da matéria*, tanto para a sociedade em geral como para os interesses tutelados pela entidade requerente, afigura-se manifesta. O pedido formulado na ação interfere de maneira drás-

¹ A peça que segue foi elaborada com a consultoria técnica de Mayana Zatz, Diretora do Centro de Estudos do Genoma Humano e Professora Titular de Genética Humana e Médica do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo. O trabalho contou, igualmente, com o apoio e a colaboração de José Carlos Dias, advogado criminal, ex-ministro da Justiça, secretário de Estado de Justiça de São Paulo e presidente da Comissão de Justiça e Paz de São Paulo.

² V. *Inf. STF*, n. 215, ADInMC 2.130-SC, rel. min. Celso de Mello; *Inf. STF*, n. 384, ADIn 3.311-DF, rel. min. Joaquim Barbosa.

³ Lei n. 9.868/99, art. 7º, § 2º: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

⁴ Sobre o ponto, v. STF, *DJU*, 23 jun. 2005, ADIn 3.355/RJ, rel. min. Joaquim Barbosa.

tica com as pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias, sob o fundamento de sua incompatibilidade com a ordem constitucional. Tais pesquisas, no entanto, oferecem uma perspectiva real de futuro tratamento para doenças graves, que desafiam a medicina e afetam a saúde e a vida de milhões de pessoas. A requerente considera de inexcusável interesse público o reconhecimento da validade da lei que regulamenta tais procedimentos.

4 A *representatividade* do Movitae também pode ser seguramente constatada. Trata-se de organização não-governamental, sem fins lucrativos, com atuação nacional, fundada em janeiro de 2003 por iniciativa conjunta do Grupo de Pais e Pacientes de Doenças Neuromusculares, do Centro de Estudos do Genoma Humano da Universidade de São Paulo (USP) e dos técnicos da CTNBio (Comissão Técnica Nacional de Biossegurança). A Movitae tem como missão institucional, precisamente, favorecer a comunicação entre a comunidade científica, a sociedade e o governo no debate sobre o uso de células-tronco em pesquisas. Também se inclui no seu objeto acompanhar e participar da criação e implementação das leis que disponham sobre a melhoria da qualidade de vida de pessoas portadoras de doenças genéticas ou adquiridas. Não parece haver dúvida razoável acerca de sua *representatividade* para manifestar-se sobre o tema a ser discutido na presente ação⁵.

5 Diante de tais elementos, requer a Movitae que Vossa Excelência se digne de admitir sua manifestação no presente processo, na qualidade de *amicus curiae*, inclusive para fins de sustentação oral, na linha dos precedentes dessa Corte.

⁵ Entidades análogas têm sido regularmente admitidas em ADIns e outros processos objetivos, como se observa, por exemplo, nas seguintes decisões: “[...] A Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de *amicus curiae* (§ 2º do artigo 6º da Lei n. 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2º do artigo 7º da Lei n. 9.868/99, admitindo o ingresso da petionária, na qualidade de *amicus curiae* [...]” (DJU, 8 ago. 2005, ADPF 73/DF, rel. min. Eros Grau); “Admito, na condição de *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Ibap (fls. 386/394), eis que se acham atendidas, na espécie, as condições fixadas no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99. [...]” (DJU, 6 ago. 2005, ADIn 3.056/RN, rel. min. Celso de Mello).

Parte I – Hipótese dos autos e histórico da Lei de Biossegurança

I. A hipótese

6 Insurge-se o autor da ação contra a íntegra do art. 5º da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Conhecida como *Lei de Biossegurança*, esse diploma legal cuida de matérias diversas⁶, sendo que a parte impugnada dispõe, especificamente, sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro*, e que não foram transferidos para o útero materno. Os dispositivos legais impugnados têm a seguinte redação:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

⁶ Esta é a ementa da Lei n. 11.105, de 24.3.2005: “Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança (PNB), revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências”.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

7 A tese central sustentada na ação é a de que “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”. Fundado em tal premissa, o autor da ação alega que os dispositivos legais impugnados violariam dois preceitos da Constituição da República: o art. 5º, *caput*, que consagra o *direito à vida*; e o art. 1º, III, que enuncia como um dos fundamentos do Estado brasileiro o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Os argumentos desenvolvidos pelo eminente Procurador-Geral da República que firmou a peça inicial podem ser resumidos em uma proposição: o embrião é um ser humano cuja vida e dignidade seriam violadas pela realização das pesquisas que as disposições legais impugnadas autorizam.

8 Antes de prosseguir, cumpre expor, de maneira objetiva, o sistema introduzido pela Lei n. 11.105/2005, em sua unidade e harmonia. A lei permite a realização de pesquisas com células extraídas de embriões, mas exige que:

- a) os embriões tenham sido resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* (art. 5º, *caput*);
- b) os embriões sejam inviáveis (art. 5º, I) ou que não tenham sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados há mais de três anos (art. 5º, II);
- c) os genitores dêem seu consentimento (art. 5º, § 1º);
- d) a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição (art. 5º, § 2º).

9 Além disso, a Lei n. 11.105/2005 proíbe:

- a) a comercialização de embriões, células ou tecidos (art. 5º, § 3º, e Lei n. 9.434/97, art. 15)⁷;

⁷ Lei n. 9.434/97: “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação”.

- b) a clonagem humana (art. 6º, IV)⁸;
- c) a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano (art. 6º, III)⁹.

10 O ponto de vista exposto pelo autor da ação é respeitável, como são as múltiplas visões de mundo em uma sociedade pluralista, e deve ser enfrentado com seriedade científica e filosófica. É o que se pretende fazer ao longo das presentes razões, nas quais se percorrerão os argumentos jurídicos e biológicos que infirmam a tese em que se baseia o pedido inicial. Será demonstrado, também, que a disciplina da matéria pela legislação atacada caracteriza-se pela prudência e pela moderação e que, em lugar de violar a vida e a dignidade humana, o tratamento dado ao tema promove esses valores de maneira adequada.

II. Histórico legislativo da lei impugnada

11 A Lei n. 11.105/2005 resultou de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, encaminhado à Câmara dos Deputados como Mensagem n. 579, datada de 3 de outubro de 2003. Embora constassem do texto original e tenham sido objeto de parecer favorável do relator da Comissão Especial, deputado Aldo Rebelo, as pesquisas com células-tronco não figuraram no texto que veio a ser aprovado no Plenário e remetido ao Senado. Na Câmara Alta, toda-

⁸ Lei n. 11.105/2005: “Art. 6º Fica proibido: [...] IV – clonagem humana”. A clonagem humana pode ser reprodutiva ou terapêutica. Na *clonagem reprodutiva*, transfere-se o núcleo de uma célula adulta para um óvulo, do qual se retirou o núcleo. Esta célula começa a se replicar dando origem a um embrião, o qual, implantado em um útero, pode se desenvolver gerando um ser geneticamente idêntico ao doador. Na *clonagem terapêutica*, o processo é o mesmo até a formação do embrião. Quando este se forma, são extraídas células-tronco, que, cultivadas, podem constituir um tecido capaz de ser transplantado para o doador. A grande vantagem dessa técnica é evitar a rejeição, se as células-tronco forem reintroduzidas na mesma pessoa que doou o núcleo da célula adulta. Sobre o tema, v. ZATZ, Mayana. Clonagem humana: contras e prós. *Parcerias Estratégicas*, n. 16, p. 133, 2002.

⁹ Lei n. 11.105/2005: “Art. 6º Fica proibido: [...] III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano”.

via, o texto foi recomposto após amplo e exaustivo debate, havendo tramitado por diversas comissões¹⁰ e tendo sido submetido a inúmeras audiências públicas¹¹.

12 Em 20 de setembro de 2004, foram apresentados os pareceres dos senadores Osmar Dias e Ney Suassuna. Em 6 de outubro de 2004, a matéria foi discutida em Plenário, com a manifestação oral de diversos Senadores¹². O projeto, já agora voltando a prever as pesquisas com células-tronco, foi aprovado por 53 votos a 2. Reenviado à Câmara dos Deputados, foi submetido a nova deliberação e aprovado em 4 de março de 2004. Em 14 de outubro de 2004, o Projeto de Lei foi sancionado pelo Presidente da República (com vetos que não repercutem na matéria aqui discutida), convertendo-se na Lei n. 11.105/2005.

¹⁰ Em 9.6.2004 foi encaminhado à Comissão de Educação do Senado, passando a tramitar em conjunto com o PLS 188/99 e com o PLS 422/99. Na comissão foi anexado ofício do senhor ministro da Ciência e Tecnologia, encaminhando manifestação da CTNBio e demais manifestações sobre o projeto. Em 10.8.2004 foi aprovado parecer, na forma do substitutivo oferecido pelo relator, senador Osmar Dias, que incorpora a emenda de autoria dos senadores Tasso Jereissati e Lúcia Vânia, os quais reinsertem no projeto a possibilidade de pesquisas com células-tronco. Encaminhado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, o projeto foi aprovado em 14.9.2004. São realizadas, então, seções conjuntas da Comissão de Assuntos Econômicos, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e da Comissão de Assuntos Sociais, relatando o projeto o senador Ney Suassuna.

¹¹ Nas diferentes comissões foram ouvidos incontáveis especialistas, no período que vai de dezembro de 2003 até junho de 2004, entre os quais: os doutores Luiz Eduardo Carvalho, Ernesto Paterniani, Francisco Aragão, Robinson Pitelli, David Hathaway, Rubens Onofre Nodari, Luiz Manuel Rebelo Fernandes, João Paulo Ribeiro Capobianco, Leila Macedo Oda, Getúlio Pernambuco, José Silvino da Silva Filho, Aurélio Virgílio Veiga Rios, Jean Marc Von Der Weid, Jorge Almeida Guimarães, Hernan Chaimovich Guralnik, Glaci T. Zancan, Luiz Roberto Baggio, Mayana Zatz, Patrícia Pranke, André Marcelo Suarez, Dráuzio Varela, Marco Antônio Zago, Márcio C. Silva Filho, Aluizio Borém, Elíbio Rech, Francisco J. Lima Aragão, Eduardo Romano, Mariza Marilena Luz Barbosa e Rubens Onofre Nodari.

¹² Aloizio Mercadante, Jonas Pinheiro, José Jorge, Antonio Carlos Valadares, Tasso Jereissati, Lúcia Vânia, Flávio Arns, Marco Maciel, Sérgio Cabral, Osmar Dias, Mozarildo Cavalcanti, Tião Viana, Juvêncio da Fonseca, Heloísa Helena, Sibá Machado, Alvaro Dias, Hélio Costa, João Capiberibe, Pedro Simon, Eduardo Azeredo, Eduardo Suplicy, Leomar Quintanilha, Aelton Freitas e Ney Suassuna.

Parte II – A questão do ponto de vista técnico e doutrinário

I. Fertilização *in vitro*

13 A fertilização *in vitro* é um método de reprodução assistida, destinado em geral a superar a infertilidade conjugal, utilizado com sucesso desde 1978¹³. Ela permite que os espermatozóides fecundem os óvulos em laboratório, fora do corpo da mulher, quando esse processo não possa ser realizado no seu lugar natural, que é a trompa de falópio. A prática médica consolidada é a de se retirarem diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente, evitando-se a necessidade de submeter a mulher a sucessivos procedimentos de estimulação da ovulação e aspiração folicular a cada tentativa de fecundação e desenvolvimento do embrião.

14 Muitos dos embriões obtidos revelam-se inviáveis. Quando, todavia, se realiza com êxito a fase de fecundação e desenvolvimento inicial, o embrião é transferido para o útero, onde deverá continuar seu ciclo de formação até adquirir capacidade de implantação no endométrio, que é a camada interna do útero da mulher (nidação). As possibilidades de êxito na obtenção da gravidez aumentam em função do número de embriões transferidos. No entanto, para limitar os riscos da gravidez múltipla, a recomendação é a de transferência de dois embriões, sendo comum que se chegue a três. Os embriões excedentes são congelados¹⁴.

II. Importância das pesquisas com células-tronco embrionárias

15 As características que singularizam as células-tronco em relação às demais células são (a) a capacidade de se diferenciarem,

¹³ O primeiro “bebê de profeta” do mundo, nascido em 25.7.1978, foi Louise Joy Brown, que concretizou a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro*. V. BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. 2005. p. 248.

¹⁴ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 232 e ss.

i.e., de se converterem em distintos tecidos no organismo e (b) a propriedade de auto-replicação, i.e., a capacidade que têm de produzir cópias idênticas de si mesmas. Todavia, tais características não se manifestam com a mesma intensidade em todas as células-tronco. Estas podem ser classificadas em: (a) *totipotentes*, as quais possuem a capacidade de se diferenciar em qualquer dos 216 tecidos que compõem o corpo humano; (b) *pluripotentes* ou *multipotentes*, que podem se diferenciar em quase todos os tecidos, exceto na placenta e nos anexos embrionários; (c) *oligopotentes*, que são capazes de se diferenciar em poucos tecidos; ou (d) *unipotentes*, que só conseguem se diferenciar em um único tecido.

16 As totipotentes e as pluripotentes somente são encontradas nos embriões (por isso são chamadas de *embrionárias*). Tais células podem ser extraídas até três semanas após a fecundação (aproximadamente 14 dias)¹⁵. É essa capacidade de se diferenciarem em todas as células do organismo humano que faz com que as células-tronco embrionárias se tornem necessárias para a pesquisa médica¹⁶. Como as células-tronco adultas são apenas oligopotentes¹⁷ ou unipotentes¹⁸, o seu potencial para a pesquisa é significativamente menor, embora também sejam dotadas de importância¹⁹.

17 Entre as patologias cuja cura pode resultar das pesquisas com células embrionárias podem ser citadas, por exemplo, as atrofias

¹⁵ Com a fecundação, tem origem um zigoto, formado por uma única célula. Esta se divide em duas, que se dividem em quatro, e assim ocorre sucessivamente até que se forme o feto. As células totipotentes são as que têm lugar nas primeiras fases desse processo contínuo de divisão celular (até o momento em que 16 células se dividem em 32), enquanto as pluripotentes somente surgem na fase de blastocisto (que se inicia quando as 32 células se dividem em 64). No blastocisto, as células internas são pluripotentes, enquanto as externas se destinam a produzir a placenta e as membranas embrionárias.

¹⁶ As outras duas características das células-tronco embrionárias que as tornam especialmente importantes para a pesquisa são a maior facilidade para isolá-las e a maior possibilidade de induzir o processo de diferenciação celular em laboratório. Sobre a importância das pesquisas com células-tronco embrionárias, v. SELL, S. (Ed.). *Stem cells handbook*. New Jersey: Humana Press, 2004.

¹⁷ Esse é o caso, por exemplo, das células do trato intestinal.

¹⁸ Esse é o caso, por exemplo, das células do tecido cerebral adulto e da próstata.

¹⁹ SELL, 2004.

espinhais progressivas, as distrofias musculares, as ataxias, a esclerose lateral amiotrófica, a esclerose múltipla, as neuropatias e as doenças de neurônio motor, a diabetes, o mal de Parkinson, síndromes diversas (como as mucopolisacaridoses ou outros erros inatos do metabolismo etc.). Todas elas constituem doenças graves, que causam grande sofrimento a seus portadores. Tragicamente, essas patologias atingem parte considerável da população mundial. No Brasil, entre 10 a 15 milhões de pessoas têm diabetes²⁰; 3%-5% da população têm doenças genéticas que podem ser congênitas ou ter início na infância ou na idade adulta²¹; surgem entre 8.000 e 10.000 novos casos de lesão medular por ano (paraplegia ou tetraplegia)²².

18 O debate de idéias nessa matéria pode travar-se em diferentes níveis de abstração e complexidade, indo da fé à filosofia metafísica. Mas não pode desconsiderar o sofrimento real e concreto das pessoas portadoras dessas e de outras doenças, que precisam de solidariedade e empenho por parte do Estado, da sociedade e da comunidade científica.

III. Bioética, biodireito e Constituição

19 O Direito e a Ética desenvolveram, nas últimas décadas, uma trajetória de aproximação. Superando a separação ideológica que fora imposta pelo positivismo jurídico, renovou-se a relação entre o sistema de normas e o sistema de valores da sociedade. Essa *virada kantiana*²³ abriu caminho para a filosofia do direito da quadra

²⁰ Fonte: Ministério da Saúde e Associação de Diabetes Juvenil.

²¹ NARDI, N.B. Doenças genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas. In: MIR, L. (Org.). *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004. p. 209-226.

²² Fonte: Organização Mundial de Saúde.

²³ A expressão se deve à influência do pensamento de Kant e às duas formulações do *imperativo categórico*, proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse se transformar em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. V. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: El Ateneo, 1951. V., também, HONDERICH, Ted (Ed.). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford: Oxford Uni-

atual, identificada como *pós-positivismo*²⁴. Direito e Ética enfrentam os desafios dos avanços tecnológicos e das ciências biológicas, que deram ao homem o poder de interferir em processos antes privados da natureza.

20 O *biodireito* é um subsistema jurídico em desenvolvimento acelerado, voltado para estudo e disciplina dos fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, como a reprodução assistida, a clonagem terapêutica e reprodutiva, a mudança de sexo, as pesquisas com células-tronco embrionárias. A Lei n. 11.105/2005 representa um esforço meritório de trazer a justiça, a segurança jurídica e a busca pelo bem-estar social para esse domínio. A *bioética*, por sua vez, tem por objeto a demarcação das possibilidades e limites dos progressos científicos nesses domínios, à luz da filosofia moral, dos valores a serem preservados por cada sociedade e pela humanidade em geral²⁵. Os princípios éticos básicos da pesquisa científica são (I) a autonomia, (II) a beneficência e (III) a justiça²⁶.

versity Press, 1995. p. 589; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e TERRA, Ricardo. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

²⁴ A expressão pós-positivismo abriga um conjunto difuso de idéias que incluem a volta dos valores ao Direito, a formulação de uma teoria da justiça e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls (*A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971); Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977); Robert Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução E. Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993); Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004). V. CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, n. 21, p. 209, 1998: “Denominaré post-positivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

²⁵ Sobre esta temática, v. BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e, dos mesmos autores e também Jussara M.L. de Meirelles, *Novos temas de biodireito e bioética* (Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

²⁶ Na seqüência do Tribunal de Nuremberg foi elaborado o Código de Nuremberg (1947), estabelecendo padrões éticos para a experimentação com seres humanos. Sucedeu-o a Declaração de Helsinki, aprovada pela Assembléia Médica Mundial em 1964, contendo “recomendações para orientar os médicos na investigação biomédica em seres humanos”. E, por fim, foi elaborado o Relatório Belmont, de 1978, redigido por

21 O encontro entre o Direito e a Ética se dá, em primeiro lugar, na Constituição, onde os valores morais se convertem em princípios jurídicos. A partir daí se irradiam pelo sistema normativo, condicionando a interpretação e a aplicação de todo o direito infra-constitucional²⁷. As leis editadas pelo Congresso Nacional, por sua vez, expressam a vontade majoritária da sociedade em relação à disciplina da matéria que contêm. Cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel relevante e delicado de encontrar o ponto de equilíbrio entre (I) a determinação de sentido dos valores inscritos na Constituição e (II) o respeito ao processo político majoritário.

22 Expostos os conceitos técnicos e doutrinários subjacentes à discussão aqui empreendida, passa a requerente à demonstração de suas duas teses: a inexistência de violação do direito à vida e a inexistência de violação ao princípio da dignidade humana.

Parte III – A questão do ponto de vista ético

I. O debate sobre o início da vida

23 Como se pretende demonstrar mais à frente, o art. 5º da Lei n. 11.105/2005 não viola o direito à vida nem a dignidade humana, por diversas razões. É preciso admitir, no entanto, que inexiste consenso científico ou filosófico acerca do momento em que tem início a vida. O reconhecimento de uma linha divisória moralmente significativa entre óvulo fertilizado e pessoa humana é uma das grandes

uma comissão do Congresso norte-americano. Nele foram lançados os princípios da bioética. O princípio da *autonomia* ou do *respeito pelas pessoas* envolve dois requisitos morais distintos: o de reconhecer a livre-determinação de cada pessoa e o de proteger aqueles que possuem autonomia reduzida. O princípio da *beneficência* se expressa em duas regras complementares: a) não causar dano e b) maximizar benefícios. O princípio da *justiça* envolve a questão complexa de se determinar quem deve receber os benefícios da pesquisa e quem deve financiar seus custos. Sobre o tema, inclusive com a versão traduzida para o português do Relatório Belmont, v. DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

²⁷ Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

questões do debate ético contemporâneo. Há inúmeras concepções acerca do tema²⁸.

24 Sem nenhuma pretensão de exaustividade, é possível enunciar algumas posições que têm sido defendidas no plano teórico, segundo as quais a vida humana se inicia: (I) com a fecundação; (II) com a nidação²⁹; (III) quando o feto passa a ter capacidade de existir sem a mãe (entre a 24^a e a 26^a semanas da gestação)³⁰; (IV) quando da *formação do sistema nervoso central (SNC)*³¹. Há até mesmo quem defenda que a vida humana se inicia quando passam a existir *indicadores morais*³². Não há necessidade nem conveniência de se prosseguir na enumeração das diferentes perspectivas debatidas no campo da bioética³³. O ponto que se pretende aqui demonstrar é o da existência do que a filosofia moderna denomina de *desacordo moral razoável*³⁴.

25 Cumpre especular acerca da postura ética ideal em situações como esta. O senso moral de cada um envolve elementos diversos³⁵

²⁸ Para um inventário das diversas propostas, v. SALEM, Tania. As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa. *Mana*, v. 3, n. 1, p. 80, 1997. V. também SINGER, P. *Vida ética*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 186 e ss.

²⁹ Essa posição lança mão do argumento de que só há potencial de vida quando o embrião se fixa no útero materno, já que o embrião não pode se desenvolver fora dele.

³⁰ Desse critério se utilizam a Suprema Corte norte-americana, quando dispõe sobre o aborto, e o Comitê Nacional de Ética Francês, quando distingue entre “pessoa humana potencial” e “pessoa humana *tout court*”.

³¹ O dado fundamental para essa perspectiva é a capacidade neurológica de sentir dor ou prazer.

³² Para os que depositam confiança nessa linha de pensamento, o que distingue a pessoa de todo o restante do mundo natural é a razão, a capacidade de fazer escolhas e a moral.

³³ Aqui é pertinente a advertência de José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 200): “Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada”.

³⁴ O desacordo moral razoável é aquele que tem lugar diante da ausência de consenso entre posições racionalmente defensáveis. Sobre o tema, v. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997; WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999; RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

³⁵ Sobre as condições a serem preenchidas pelo sujeito ético ou moral, v. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1999. p. 337 e ss.

que incluem: a) a consciência de si, a definição dos próprios valores e da própria conduta; e b) a percepção do outro, o respeito pelos valores do próximo e a tolerância com sua conduta. Não se trata de pregar, naturalmente, um relativismo moral, mas de reconhecer a inadequação do dogmatismo onde a vida democrática exige pluralismo e diversidade. Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas.

26 Foi exatamente isso o que fez a Lei n. 11.105/2005 ao exigir, em qualquer caso de pesquisa com células-tronco, o “consentimento dos genitores”³⁶. Após amplo debate, por deliberação majoritária expressiva, o Congresso Nacional assegurou o direito de cada um decidir, de acordo com seus valores pessoais. Como natural, também os médicos e pesquisadores irão decidir de maneira autônoma, de acordo com sua consciência.

II. Outras indagações

27 A Lei de Biossegurança, ao mesmo passo que permitiu as pesquisas com células-tronco embrionárias, vedou de maneira inequívoca linhas de atuação eticamente condenadas pela comunidade científica internacional. De fato, nela se proibiu, expressamente, a *clonagem humana*, punida com pena de reclusão e multa³⁷. Também o risco da prática de *eugenia* é afastado pela interdição e tipificação como crime da engenharia genética em seres humanos³⁸. E, por fim, a lei neutralizou o temor de se criar um mercado de embriões e tecidos humanos – a “industrialização da vida” –, ao proibir e criminalizar a *comercializa-*

³⁶ Rememore-se a letra expressa do § 1º do art. 5º da Lei: “Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores”.

³⁷ Lei n. 11.105/2005, art. 6º: “Fica proibido: [...] IV – clonagem humana [...]”. Art. 26: “Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

³⁸ Lei n. 11.105/2005: “Art. 6º Fica proibido: [...] III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano”. “Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

ção de material biológico³⁹. O risco de transgressão existirá com ou sem regulamentação da matéria, mas a existência de lei tem a virtude de demarcar adequadamente a fronteira entre o lícito e o ilícito.

28 Acrescente-se, em desfecho, que as opções éticas e normativas feitas pela legislação brasileira correspondem àquelas que têm recebido o apoio expressivo da comunidade internacional. Em setembro de 2003, as academias de ciências de 63 países, incluindo a do Brasil, firmaram documento no qual assumem posição contrária à clonagem reprodutiva, mas favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias⁴⁰. O documento é representativo do pen-

³⁹ Lei n. 11.105/2005, art. 5º, § 3º: “É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”. Lei n. 9.434/1997, art. 15: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação”. A comercialização de embriões já era vedada pela Resolução n. 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, que determinava em IV(1): “A doação [de gametas ou de pré-embriões] nunca terá caráter lucrativo ou comercial”.

⁴⁰ As academias de ciências que firmaram o documento são as seguintes: Academia Africana de Ciências, Academia Caribenha de Ciências, Academia de Ciências da América Latina, Academia de Ciências do Terceiro Mundo, Academia de Ciências da Albânia, Academia Nacional de Ciências Exatas, Físicas e Naturais da Argentina, Academia Australiana de Ciências, Academia de Ciências do Bangladesh, Academia Nacional de Ciências da Bielo-Rússia, Academia Nacional de Ciências da Bolívia, Academia Brasileira de Ciências, Academia de Ciências Búlgara, Academia de Ciências de Camarões, Academia Chinesa de Ciências, Academia Sínica, Taiwan, Academia Croata de Artes e Ciências, Academia Cubana de Ciências, Academia de Ciências da República Tcheca, Academia Real de Ciências da Dinamarca, Academia de Ciências da República Dominicana, Academia de Pesquisas Científicas do Egito, Academia Estoniana de Ciências, Delegação das Academias de Ciências e Letras da Finlândia, Academia de Ciências da França, Academia Georgiana de Ciências, Academia de Atenas, Grécia, Academia Húngara de Ciências, Academia Nacional de Ciências da Índia, Academia de Ciências da Indonésia, Academia de Ciências e Humanidades de Israel, Conselho de Ciências do Japão, Real Sociedade Científica da Jordânia, Academia Nacional de Ciências do Quênia, Academia Nacional de Ciências da República do Quirguistão, Academia de Ciências da Letônia, Academia de Ciências da Lituânia, Academia Macedônia de Ciências e Artes, Academia Mexicana de Ciências, Academia de Ciências da Moldávia, Academia de Ciências da Mongólia, Academia do Reino de Marrocos, Academia Real de Artes e Ciências da Holanda, Conselho da Academia da Sociedade Real da Nova Zelândia, Academia Nigeriana de Ciências, Academia Norueguesa de Ciências e Letras, Acade-

samento dominante nos meios acadêmicos e científicos da maior parte do mundo.

Parte IV – A questão do ponto de vista jurídico

I. Inexistência de violação do direito à vida

29 O argumento contrário à utilização de células-tronco em pesquisas e tratamentos médicos é alimentado, no mais das vezes, por um sentimento religioso. Funda-se ele no pressuposto de que a vida teria início com a fecundação, fazendo a equiparação entre embrião e pessoa humana⁴¹. Como conseqüência, sua destruição para a realização de pesquisas e para o tratamento de outras pessoas repre-

mia Paquistanesa de Ciências, Academia de Ciência e Tecnologia da Palestina, Academia Nacional de Ciências do Peru, Academia Nacional de Ciência e Tecnologia das Filipinas, Academia Romena, Academia Russa de Ciências, Academia de Ciências e Técnicas do Senegal, Academia Nacional de Ciências da Cingapura, Academia de Ciências da África do Sul, Academia Nacional de Ciências do Sri Lanka, Academia Real de Ciências da Suécia, Academia de Ciências da República do Tadjiquistão, Academia de Ciência e Tecnologia da Tailândia, Academia Turca de Ciências, Academia Nacional de Ciências de Uganda, Sociedade Real, Reino Unido, Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos, Academia de Ciências Físicas, Matemáticas e Naturais da Venezuela.

⁴¹ Essa é a posição defendida pela *Congregazione per la Dottrina della Fede*. No documento intitulado *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, de 1987, tal posição é afirmada: “Assim, o fruto da geração humana, a partir do primeiro momento de sua existência, isto é, a partir do momento em que o zigoto é formado, exige o respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano em sua totalidade corporal e espiritual. O ser humano deve ser respeitado e tratado como uma pessoa a partir do momento da concepção; e então, a partir do mesmo momento, seus direitos como uma pessoa devem ser reconhecidos, dentre os quais, em primeiro lugar, o direito inviolável de todo ser humano inocente à vida. Esta lembrança doutrinária provê o critério fundamental para a solução de vários problemas levantados pelo desenvolvimento das ciências biomédicas neste campo: como o embrião deve ser tratado como uma pessoa, deve também ser defendido em sua integridade, cuidado e protegido, à máxima extensão possível, da mesma forma que qualquer outro ser humano no que se refere à assistência médica”. Após fixar esse critério geral, a Congregação se pronuncia especificamente acerca da impossibilidade da experimentação com embriões: “No que se refere à experimentação, e pressupondo a distinção geral entre aquela com propósitos que não sejam diretamente terapêuticos e aquela que é claramente terapêutica para o próprio sujeito, no caso em tela deve-se distinguir também entre a experimentação realizada em embriões que ainda estão vivos e a experimentação realizada em embriões mortos. Se eles estão vivos, viáveis

sentaria uma violação da vida. Não se deve, em nenhuma hipótese, desmerecer a crença sincera de qualquer pessoa ou doutrina⁴². Mas no espaço público de um Estado laico, não de prevalecer as razões do Direito e da Ciência.

30 A Constituição da República assegura a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*). O Código Civil de 2002, reproduzindo normas do Código de 1916, assim dispôs:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

31 Portanto, é a partir do nascimento com vida que surge a *pessoa humana*, com aptidão para tornar-se sujeito de direitos e deveres. Nada obstante, a lei resguarda, desde a concepção, os direitos do *nascituro*. Semanticamente, nascituro é o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como *fato certo*⁴³. Os civilistas chamam a atenção, no entanto, para o fato de que esse ser deverá estar em desenvolvimento *no útero da mãe*⁴⁴. Note-se que o novo Código Civil, embora tenha sido promulgado em 2002, resultou de projeto de lei que foi discutido em um período no qual não era possível separar o embrião do corpo da mulher. Essa possibilidade só surgiu quando do advento da técnica da fertilização *in vitro*. Aparentemente, circunstâncias da tramitação legislativa do projeto já não permitiram *reabrir* o texto para tratamento específico do ponto.

ou não, devem ser respeitados como todas as pessoas humanas; a experimentação não diretamente terapêutica é ilícita”.

⁴² QUEIROZ, Eça de. *A correspondência de Fradique Mendes*. 1900 (data da primeira edição), p. 11: “Todo culto sincero, porém, tem uma beleza essencial, independente dos merecimentos do Deus para quem se evola”.

⁴³ *Dicionário Houaiss* (Rio de Janeiro: Objetiva, 2001): “diz-se de ou o ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo”. *Novo dicionário Aurélio* (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986): “o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”.

⁴⁴ Sílvio Rodrigues (*Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 6, p. 36): “Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”. V. também Maria Helena Diniz (*Dicionário jurídico*: São Paulo: Saraiva, 1998. p. 334); De Plácido e Silva (*Vocabulário jurídico*. 25. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 942).

32 Como consequência das premissas assentadas acima, o embrião resultante da fertilização *in vitro*, conservado em laboratório, (a) não é uma pessoa, haja vista não ter *nascido*; (b) não é tampouco um *nascituro*, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. As normas e categorias tradicionais do direito civil não se aplicam à fecundação extracorporal. Vale dizer: até o advento da Lei n. 11.105/2005, não havia qualquer disciplina jurídica específica para esta entidade: embrião produzido em laboratório mediante processo de reprodução assistida⁴⁵. Foi precisamente a lei aqui impugnada que instituiu normas limitadoras das pesquisas genéticas e protetivas do embrião.

33 Em suma: embrião resultante de fertilização *in vitro*, sem haver sido transferido para o útero materno, não é nem pessoa nem nascituro.

34 O argumento que se vem de expor decorre natural e logicamente do Direito vigente no país, pelo menos desde o Código Civil de 1916. E, no plano filosófico, ele só é incompatível com uma única das posições expostas anteriormente a propósito do início da vida: a que crê que ela exista desde o primeiro momento da fecundação. E, no caso presente, com um elemento a mais: o de considerar indiferente que a fecundação tenha sido extracorporal e que o embrião não tenha sido sequer transferido para o útero materno. Com as demais concepções acerca do início da vida, a tese aqui desenvolvida convive em plena harmonia.

35 De fato, os embriões só podem ser congelados (i) no estágio do zigoto unicelular, (ii) clivados (2 a 8 células) ou (iii) em blastocisto

⁴⁵ Heloísa Helena Barboza (Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biociologia e suas implicações ético-jurídicas*, 2005, p. 249 e 257): “Havendo fertilização *in vitro*, distingue-se, nestes termos, o embrião do nascituro, entendendo-se esse último como o ser já em gestação que, ao que se sabe até a presente data, só pode ocorrer no útero da mulher. [...] Por conseguinte, não há atualmente no Direito brasileiro (este texto é anterior à Lei n. 11.105/2005) disciplina legal quanto ao embrião humano, na medida em que, pelas razões expostas, tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002 contêm dispositivos que parecem aplicáveis apenas ao nascituro, ou seja, ao ser concebido e já em gestação no útero de uma mulher”.

(a partir do 5º dia do desenvolvimento *in vitro*)⁴⁶ e nunca depois do 14º dia⁴⁷. Vale dizer: a extração das células-tronco ocorre (I) antes do início da formação do sistema nervoso, quando o embrião é apenas um conjunto de células não diferenciadas; (II) antes da *nidação*, i.e., da fixação do embrião no útero; (III) antes de qualquer viabilidade de vida extra-uterina e, até mesmo, antes que se possa considerá-lo um ser individualizado⁴⁸.

36 A equiparação do embrião a um ser humano, em sua totalidade corporal e espiritual, não é compatível com o direito brasileiro que já se encontrava em vigor antes mesmo da Lei de Biossegurança. A Lei de Transplante de Órgãos, por exemplo, somente autoriza o procedimento respectivo após o diagnóstico de morte encefálica, momento a partir do qual cessa a atividade nervosa⁴⁹. Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso pára de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando

⁴⁶ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. 2005. p. 241.

⁴⁷ A partir daí as células, antes multipotentes, começam a se diferenciar e a se converter em oligopotentes, dando causa à formação da placa neural e de outros tecidos.

⁴⁸ A embriologia tem, por vezes, caracterizado esse estágio de desenvolvimento com a expressão “pré-embrião”. Cuida-se de termo cunhado em meados dos anos 1980 para designar o período que compreende as etapas estabelecidas entre a fecundação e os 14 (quatorze) primeiros dias de gestação. O que leva a que não se use a palavra “embrião”? Enumeram-se quatro razões para isso: (I) durante esse período, o ser não é capaz de sentir prazer ou dor, devido ao fato de não se ter formado, ainda, o sistema nervoso central; (II) é altíssimo o número de insucessos no desenvolvimento embrionário, normalmente pela dificuldade de fixação no útero; (III) até os 14 (quatorze) dias ainda é possível que se dividam as células em dois grupos, formando gêmeos – uma identidade do embrião, portanto, como algo único e singular só poderia ser afirmada depois desse período; (IV) a implantação do embrião no útero somente se completa por volta do 13º dia de gestação, quando, então, passa a possuir o potencial de se tornar uma pessoa. V. SALEM, Tania. *As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa*. *Mana*, v. 3, n. 1, p. 81-3, 1997.

⁴⁹ Lei n. 9.434/97, art. 3º: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14^o dia após a fecundação, com a formação da chamada placa neural”⁵⁰. Essa foi, também, a posição adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão⁵¹.

II. Inexistência de violação à dignidade da pessoa humana

37 Não sendo o embrião uma pessoa, não há que se falar, a rigor, em *dignidade humana* (CF, art. 1^o, III). Não se deve desprezar, todavia, o fato de se tratar de um ser humano em potencial. E muito embora possa permanecer indefinidamente como uma mera potencialidade, não deve ser instrumentalizado⁵². O tratamento dado à

⁵⁰ MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V. N. *Embriologia clínica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994. p. 357: “O sistema nervoso desenvolve-se a partir de uma área espessada [...] do ectoderma embrionário, denominada placa neural, que aparece na terceira semana”. No mesmo sentido, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, “um pré-embrião em estágio de oito células sem desenvolvimento da placa neural não pode ser considerado um ser humano. É uma expectativa potencial de vida. Assim como são expectativas de vida os gametas masculinos e femininos, isoladamente” (CFM, Processo Consulta n. 1698/96, rel. cons. Antônio Henrique Pedrosa Neto, aprovado na Sessão Plenária do dia 11 set. 1996).

⁵¹ V. *BverGE 39:1*, 1995: “Vida, no sentido de existência em desenvolvimento de um indivíduo humano, começa, de acordo com reconhecidas descobertas biológico-fisiológicas, no décimo-quarto dia depois da concepção (implantação, individualização). O processo de desenvolvimento que então tem início é contínuo, não se manifestando uma clara definição, nem se permitindo qualquer delimitação precisa entre as várias fases de desenvolvimento da vida humana” (in: KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham, NC: Duke University Press, 1997. p. 337).

⁵² BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, 2005, p. 266 e 268: “Por outro lado, se é certo que o concebido não é ‘coisa’, atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou personalidade seria uma demasia, visto que poderá permanecer indefinidamente como uma potencialidade. [...] No momento, parece que o mais razoável, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma ‘tutela particular’, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado”. No mesmo sentido, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, v. 707, n. 11, p. 21, 2002: “[D]o embrião pré-implantatório, resultante de processos de fecundação assistida, ou até mesmo de clonagem, constituído artificialmente e que ainda está fora do ventre materno, por não estar integrado no

matéria pela Lei n. 11.105/2005 supera, sem margem de controvérsia, esta objeção, haja vista que somente permite a utilização de embriões fecundados *in vitro* para fins reprodutivos e que não têm a possibilidade de se tornarem seres humanos, porque inviáveis ou não utilizados no processo de fertilização.

38 De fato, a noção de potencialidade se traduz como a qualidade do que ainda não é, mas que pode vir a ser, dadas determinadas *condições*. Tais condições podem ser *internas* ou *externas*. No caso, as condições internas são as características próprias do embrião, a sua constituição genética; as externas são as relativas à implantação em um útero preparado para recebê-lo⁵³. A lei brasileira garante que apenas os embriões que não exibam esse potencial sejam utilizados em pesquisas. De fato, de acordo com o inciso I do art. 5º, podem ser utilizadas as células oriundas de *embriões inviáveis*, ou seja, de embriões que não poderiam ser implantados no útero por não apresentarem as condições internas necessárias ao seu desenvolvimento posterior.

fluxo vital contínuo da natureza humana, é difícil dizer que se trata de ‘pessoa humana’. É verdade que, por se tratar da vida em geral e especialmente da vida humana potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral. Dentro desses parâmetros, isto é, sob o ângulo da intangibilidade da vida humana, a própria clonagem terapêutica, como admitida pelo Parlamento Europeu e pelo governo inglês, não é condenável do ponto de vista ético e jurídico”.

⁵³ V. DEVOLDER, Katrien. Human embryonic stem cell research: why the discarded-created-distinction cannot be based on the potentiality argument. *Bioethics* 19 (2): 167, 2005, p. 176-177: “O único ponto sobre o qual todos concordam no que se refere ao sentido de ‘potencialidade’ é que algo que é potencial não é real, mas pode se tornar real *sob certas condições*. Essas condições podem depender de fatores *internos* e *externos*. Em relação ao ‘embrião como pessoa em potencial’, os fatores internos são as características do próprio embrião (e.g., sua constituição genética, seu potencial de desenvolvimento). Os fatores externos podem estar tanto na gênese do embrião (e.g., aplicação de SCNT) quanto além (e.g., ser escolhido para implantação no útero, ser um embrião excedente, ser abortado). As condições externas, relativas às intenções das pessoas, podem depender de condições internas (selecionamos um embrião porque ele tem características que o colocam como mais ‘saúdável’ do que um outro), mas não necessariamente o fazem (podem basear-se em outras intenções, e.g., uma mulher que não quer um filho)”.

39 Já de acordo com o inciso II, poderão ainda ser usados embriões *com três anos ou mais de congelamento*. Observe-se que os embriões congelados são aqueles que não foram implantados no útero materno⁵⁴. São embriões que não puderam ser utilizados no tratamento reprodutivo; que foram congelados para garantir que, tendo o tratamento anterior falhado, pudessem vir a ser implantados; e que foram doados para a pesquisa por seus genitores. Não possuem, portanto, as condições externas: são embriões que nunca serão implantados, que não chegarão à nidação e ao desenvolvimento posterior.

40 A Lei de Biossegurança permite, “para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*”. Observe-se que as células-tronco devem ser extraídas de embriões oriundos de tratamento reprodutivo (art. 5º, *caput*, da Lei n. 11.105/2005). A lei brasileira não permite que sejam utilizadas células-tronco extraídas de embriões produzidos exclusivamente para pesquisas⁵⁵.

41 Esse requisito tem uma conseqüência ético-jurídica importante: afastar a objeção antiutilitarista, apoiada no núcleo essencial do princípio da dignidade humana, segundo a qual a utilização de embriões em pesquisas significaria tratá-los como meios para a realização das finalidades de outrem⁵⁶. De fato, somente podem ser utili-

⁵⁴ Relembre-se, como já assinalado, que a técnica de fertilização *in vitro* produz um número de embriões maior do que o que pode ser efetivamente implantado no útero materno. Feita a fecundação, o médico seleciona, então, os embriões que possuem as características necessárias ao posterior desenvolvimento do feto. Os embriões não implantados são então congelados em condições criogênicas para o caso de a tentativa anterior de implantação não prosperar.

⁵⁵ No tocante a esse aspecto, a legislação brasileira segue a tendência internacional. Dos países que permitem pesquisas com células-tronco, o Reino Unido é a exceção que merece nota, por permitir também pesquisas com embriões criados apenas com a finalidade de serem utilizados em pesquisas.

⁵⁶ Trata-se de um conceito de dignidade humana inspirado em uma das formulações do imperativo categórico kantiano, pela qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. Sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, v. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da*

zados em pesquisas os embriões que foram produzidos com o objetivo de serem implantados em um útero materno e de se tornarem, no futuro, seres humanos⁵⁷. Originalmente, a finalidade perseguida era a reprodução. Contudo, como a implantação não ocorreu, não há razões para que suas células não sejam utilizadas para promover a vida e a saúde de pessoas que sofrem de graves patologias⁵⁸.

42 Além disso, de acordo com o § 2º, as “Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa”. Trata-se de dispositivo que garante que as células não sejam utilizadas de forma irresponsável ou caprichosa. Ainda que sejam cumpridos todos os requisitos legais acima enumerados, ou seja, ainda que se trate de embrião inviável ou congelado há mais de três anos, e ainda que os genitores tenham proferido a autorização, a

peessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2001); Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002); Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à pessoa humana*, 2002). Sobre a relação do princípio com o debate sobre a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, ver Fuat S. Oduncu (Stem cell research in Germany: Ethics of healing vs. human dignity. *Medicine, Health Care and Philosophy* 6:12, 2003).

⁵⁷ O Conselho Federal de Medicina esclarece, em parecer, como se dá esse processo de reprodução assistida: (a) estimula-se quimicamente a ovulação e, então, colhe-se número indeterminado de óvulos; (b) estes, em contato com espermatozóides, são fertilizados e se desenvolvem *in vitro* até o momento em que possuem 8 (oito) células; (c) nesta etapa, selecionam-se os pré-embriões que serão levados ao útero; os restantes são criopreservados (de acordo com a Resolução CFM n. 1.358/92). A criopreservação, conforme salienta o Conselho, tem o objetivo de permitir, “em caso de insucesso ou desejo de nova gravidez, novas tentativas de transferência sem necessidade de novos procedimentos de indução ovulatória, coleta de óvulos e nova fertilização *in vitro*” (CFM, Processo Consulta n. 1698/96, Rel. Cons. Antônio Henrique Pedrosa Neto, aprovado na Sessão Plenária do dia 11 set. 1996). Fica patente, portanto, a finalidade a que serve a preservação por processo criogênico: a reprodução.

⁵⁸ No entanto, de acordo com o § 1º do citado artigo, para que o embrião possa ser utilizado, é ainda necessário o consentimento dos genitores. Se os genitores, por razões de consciência, consideram que o embrião que produziram não deva fornecer células para a realização de pesquisas, podem não autorizar o seu uso. A Lei lhes garante essa possibilidade, demonstrando respeito e consideração pelo credo religioso ou filosófico por eles professado.

aprovação do comitê de ética da respectiva instituição será exigida, para zelar por uma prática de pesquisa ética e conseqüente⁵⁹.

43 Note-se, por fim, que uma adesão estrita à tese da inconstitucionalidade da pesquisa com células-tronco implicaria também negar a possibilidade da própria fertilização *in vitro*, a não ser que se sustentasse a necessidade de que todos os embriões fecundados fossem implantados, o que não é possível⁶⁰. Contudo, mesmo

⁵⁹ Os comitês de ética em pesquisa (CEPs) estão regulados pela Resolução n. 196/96 do Conselho Nacional de Saúde. De acordo com a Resolução, “Toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um Comitê de Ética em Pesquisa” (art.VII, *caput*), razão pela qual “as instituições nas quais se realizem pesquisas envolvendo seres humanos deverão constituir um ou mais de um Comitê de Ética em Pesquisa [...]” (VII.1). Cada comitê será formado “por colegiado com número não inferior a 7 (sete) membros”, devendo sua constituição “incluir a participação de profissionais da área de saúde, das ciências exatas, sociais e humanas, incluindo, por exemplo, juristas, teólogos, sociólogos, filósofos, bioeticistas e, pelo menos, um membro da sociedade representando os usuários da instituição” (VII.4). A Resolução 196/96 (art.VII.13) estabelece ainda quais são as atribuições do CEP. Sobre a constituição, o funcionamento e as atribuições dos comitês de ética em pesquisa no Brasil, ver Corina Bontempo Duca de Freitas (Os comitês de ética em pesquisa: evolução e regulamentação, *Bioética* 6 (2), 1998), Ellen Hardy, Silvana Ferreira Bento, Maria José Duarte Osis, Eliana Maria Hebling (Comitês de Ética em Pesquisa: adequação à Resolução 196/96. *Rev. Assoc. Med. Bras.* 50 (4), 2004).

⁶⁰ V. BEYLEVELD, Deryck; PATTISON, Shaun D. Embryo research in the UK: is harmonization in the EU needed or possible? In: FRIELE, Minou Bernadette (Ed.). *Embryo experimentation in Europe: bio-medical, legal and philosophical aspects*. 2001, p. 67. Há ainda quem seja contrário à fertilização *in vitro* mesmo se todos os embriões fertilizados fossem implantados. Essa é a posição defendida pela Congregazione per la Dottrina della Fede: “A concepção *in vitro* é resultado de uma ação técnica que preside a fertilização; esta não é de fato atingida nem é positivamente desejada como a expressão e o fruto de um ato específico de união conjugal. Na Fivet [fecundação *in vitro* e transferência do embrião] homóloga, então, mesmo que seja considerada no contexto de relações sexuais existentes de fato, a geração de uma pessoa humana é objetivamente privada de sua adequada perfeição: notadamente aquela de ser o resultado e o fruto de um ato conjugal no qual os esposos podem se tornar ‘colaboradores com Deus em dar vida a uma nova pessoa’. Estas razões permitem-nos compreender por que o ato do amor conjugal é considerado no ensinamento da Igreja como o único lugar digno da procriação humana. Pelas mesmas razões, o assim chamado ‘caso simples’, i.e., um procedimento de Fivet homóloga que é despido de qualquer compromisso com a prática abortiva de destruir embriões e com a masturbação, permanece uma técnica moralmente ilícita porque priva a procriação humana da dignidade que lhe é adequada e natural. Certamente, a fertilização por Fivet homóloga não é marcada por toda aquela negatividade ética encontrada na procriação extraconjugal; a família e

aqueles que são contra a própria fecundação *in vitro* ainda têm boas razões para apoiar a possibilidade das pesquisas com células-tronco dos embriões já produzidos: se os embriões não virão, de qualquer forma, a se tornar seres humanos, não haveria por que deixar de atribuir à sua curta existência um sentido nobre, que é o de promover a vida e a saúde de outras pessoas⁶¹.

III. Notícia sobre o direito comparado

44 As pesquisas com células-tronco são admitidas em grande número de países. Nos *Estados Unidos*, permite-se a produção de novas linhagens – i.e., a replicação em outras células – a partir de uma célula-tronco embrionária. Já a possibilidade de clonagem terapêutica varia entre os Estados⁶². No *Reino Unido*, permite-se a produção de novas linhagens, assim como a clonagem terapêutica. Permite-se,

o casamento continuam a constituir o lugar para o nascimento e a criação das crianças. Contudo, em conformidade com a tradicional doutrina relacionada às benesses do casamento e da dignidade da pessoa, a Igreja permanece oposta do ponto de vista moral à fertilização *in vitro* homóloga. Tal fertilização é, em si mesma, ilícita e contrária à dignidade da procriação e da união conjugal, mesmo quando tudo é feito para evitar a morte do embrião humano. Apesar de a maneira através da qual a concepção humana é conseguida com Fivet não poder ser aprovada, toda criança que vem ao mundo deve, em qualquer caso, ser aceita como um presente vivo da divina Bondade e deve ser criada com amor” (*Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 1987).

⁶¹ Sobre a questão da *vedação do desperdício* [avoidance of waste], v. Katrien Devolder (Human embryonic stem cell research: why the discarded-created-distinction cannot be based on the potentiality argument. *Bioethics* 19 (2): 167, 2005, p. 173), em passagem na qual resume a posição do governo americano relativamente a esse ponto: “Se estes [embriões excedentes congelados] serão destruídos de qualquer forma, não deveriam ser usados para um bem maior, para pesquisas que têm o potencial de salvar e melhorar outras vidas? Muitos argumentam que gerar embriões excedentes é um ‘efeito colateral’ do processo procriativo e que deveríamos permitir que casais os doassem para bons propósitos em vez de jogar fora o seu potencial. Isso não altera a sua disposição final. A idéia subjacente é que, sendo coisas iguais, é melhor fazer algo de bom do que não fazer nada de bom, e que, por conseguinte, deve ser melhor fazer bom uso de algo do que permitir que seja descartado [wasted]”.

⁶² Um detalhe particular do sistema norte-americano é proibir o financiamento das pesquisas com recursos federais. V. CAPRON, Alexandre Morgan. Stem cells: ethics, law and politics. *Biotechnology Law Report*, 5: 678, 2001.

ainda, a própria fecundação *in vitro* com o propósito direto de utilizar os embriões em pesquisas⁶³. Na *União Européia*, permite-se a produção de novas linhagens a partir de embriões remanescentes de FIV, nos países em que a prática for legal⁶⁴.

45 Na *Suécia*, na *China* e em *Israel* permite-se a produção de novas linhagens, assim como a clonagem terapêutica. Em *Cingapura*, permite-se a produção de novas linhagens, assim como a clonagem terapêutica, desde que os embriões sejam destruídos em até 14 dias. Na *Austrália*, permite-se a produção de novas linhagens, sob certas condições, mas a clonagem terapêutica é proibida. Na *Espanha*, permite-se a pesquisa. Contudo, a produção de embriões especificamente com essa finalidade não é permitida⁶⁵. Como se vê, a legislação brasileira se harmoniza com a tendência legislativa internacional, exibindo, inclusive, em relação a ela, um viés mais moderado⁶⁶.

⁶³ Tais possibilidades encontram-se reguladas pelo *Human Fertilization and Embryology Act*, de 1990. Sobre o sistema inglês, ver BEYLEVELD, Deryck; PATTISON, Shaun D. Embryo research in the UK: is harmonization in the EU needed or possible? In: FRIELE, Minou Bernadette (Ed.). *Embryo experimentation in Europe: bio-medical, legal and philosophical aspects*. 2001.

⁶⁴ V. ROMEO-CASABONA, Carlos M. Embryonic stem cell research and therapy: the need for a common european legal framework. *Bioethics*, v. 16, n. 6, 2002; FRIELE, Minou Bernadette (Ed.). *Embryo experimentation in Europe: bio-medical, legal and philosophical aspects*, 2001; WERT, G. de; BERGHMANS, R.L.P.; BOER, G.J.; ANDERSEN, S.; BRAMBATI, B.; CARVALHO, A.S.; DIERICKX, K.; ELLISTON, S.; NUNEZ, P.; OSSWALD, W.; VICARI, M. Ethical guidance on human embryonic and fetal tissue transplantation: a European overview. *Medicine, Health Care and Philosophy*, 5: 79, 2002.

⁶⁵ Embora minoritários, há também países que proíbem as pesquisas. Na *Alemanha*, não se permite a produção de linhagens novas a partir de embriões fecundados naquele país. No entanto, estranhamente, permite-se a importação de embriões com essa finalidade. Em *Portugal*, proíbe-se a pesquisa, salvo quando para beneficiar o embrião.

⁶⁶ Lembre-se que a adesão estrita à tese de que a vida humana ocorre desde a concepção leva à conclusão de aqueles que pesquisam com células-tronco embrionárias são homicidas, e que aqueles Estados em que tais pesquisas são realizadas praticam genocídio. Ninguém no contexto contemporâneo estaria disposto a aceitar esses corolários. V. BEYLEVELD, Deryck; PATTISON, Shaun D. Embryo research in the UK: is harmonization in the EU needed or possible? In: FRIELE, Minou Bernadette (Ed.). *Embryo experimentation in Europe: bio-medical, legal and philosophical aspects*, 2001, p. 69.

Parte IV – A questão do ponto de vista institucional

I. Princípio majoritário, jurisdição constitucional e razão pública

46 A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em *primeiro lugar*, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não podem ser afetados por maiorias políticas ocasionais (ou exigem para isso um procedimento especialmente complexo). Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país⁶⁷, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa.

47 Em *segundo lugar*, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve, nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária⁶⁸.

48 A *jurisdição constitucional* envolve a interpretação e a aplicação da Constituição por juízes e tribunais, tendo como uma de suas principais manifestações o controle de constitucionalidade. No desempenho desse papel relevante e delicado – inclusive por seu caráter *contra-*

⁶⁷ V. CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *RT-CDCCP*, 15: 7, 1996.

⁶⁸ No sentido do texto, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

*majoritário*⁶⁹ –, o tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Federal, pode declarar a invalidade e paralisar a eficácia de atos normativos que atentem contra a Constituição. Sua missão é a de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais. No entanto, em nome da legitimidade democrática, tal atuação não pode desbordar para o exercício de preferências políticas, devendo conter-se nos limites da realização dos princípios constitucionais.

49 A suprema corte atua como intérprete da *razão pública*, impondo o respeito aos consensos mínimos consubstanciados na Constituição, mas respeitando a deliberação política majoritária legítima⁷⁰. Pois bem: no caso específico, a manifestação do Congresso Nacional foi inequívoca, mediante votação expressiva na Câmara dos Deputados (85% dos parlamentares presentes votaram favoravelmente) e no Senado Federal (53 votos favoráveis contra 2)⁷¹. O debate na sociedade e nos meios de comunicação tem sido amplo e significativo⁷².

⁶⁹ A expressão, cunhada por Alexander Bickel (*The least dangerous branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16), designa a circunstância de os órgãos do Judiciário, cujos agentes não são eleitos, poderem invalidar atos do Legislativo, cujos agentes são eleitos pelo povo e representam a vontade majoritária.

⁷⁰ O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inciso IV, da Constituição. Sobre essa temática, v. especialmente a obra de John Rawls, notadamente: *Uma teoria da justiça* (1971), *Liberalismo político* (1993) e *O direito dos povos* (1999). Na literatura nacional, v. Cláudio Pereira de Souza Neto (*Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006) e Nythamar de Oliveira (*Rawls*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003).

⁷¹ Registre-se aqui a pertinência do parâmetro proposto por Peter Häberle (*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997), segundo o qual quanto mais efetiva for a participação na aprovação da lei, menos intenso deve ser o controle de constitucionalidade.

⁷² Dentre os inúmeros artigos e reportagens publicados sobre o tema na imprensa nacional de grande circulação, podem ser mencionados, por exemplo, os seguintes: “Embrião clonado

50 A conclusão que se extrai de todos esses elementos afigura-se simples. A questão em discussão, sobretudo se levada para o plano do momento de início da vida, envolve um profundo *desacordo moral* na sociedade. Logo, não se está diante de matéria que possa figurar na categoria dos *consensos mínimos*. Nesse ambiente, o Congresso Nacional, expressando a vontade política majoritária da sociedade, regulou o tema, de uma maneira que respeita o pluralismo político, isto é, a autonomia de cada um. De fato, ao exigir o prévio consentimento dos genitores para a realização de pesquisas com células-tronco, a lei assegurou o direito de cada um agir de acordo com sua ética pessoal.

não é organismo”, diz cientista autorizado a clonar embriões humanos na Grã-Bretanha (*O Estado de S. Paulo*, 14 fev. 2005); ONU negocia para tentar alternativa a tratado sobre clonagem (*Reuters*, 14 fev. 2005); O medo do retrocesso (*Época*, 21 fev. 2005); Projetos polêmicos serão levados para Severino (*O Globo*, 27 fev. 2005); A vida humana segundo a razão (*O Estado de S. Paulo*, 2 mar. 2005); Severino garante isenção na votação da Biossegurança (*Jornal da Câmara*, 2 mar. 2005); Uma batalha da luz (*Vêja*, 2 mar. 2005); Câmara aprova pesquisa de células-tronco (*Agora SP*, 3 mar. 2005); Câmara aprova pesquisa de células-tronco de embriões (*Diário de S. Paulo*, 3 mar. 2005); Câmara libera transgênicos e pesquisa com célula-tronco (*Zero Hora*, 3 mar. 2005); Conseguiremos recuperar o tempo perdido? (*Folha de S. Paulo*, 3 mar. 2005); Câmara aprova Lei de Biossegurança (*Valor Econômico*, 3 mar. 2005); Deputados liberam uso de células-tronco (*Jornal do Brasil*, 3 mar. 2005); Frutos daqui a 5 anos (*Correio Braziliense*, 4 mar. 2005); Resultados de células-tronco vão demorar (*O Estado de S. Paulo*, 4 mar. 2005); Na fila da esperança, *Correio Braziliense* (6 mar. 2005); O triunfo da razão (*Época*, 7 mar. 2005); Verdade sobre células-tronco embrionárias (*Folha de S. Paulo*, 8 mar. 2005); Ciência, graças a Deus (*Vêja*, 9 mar. 2005); Esperança redobrada (*Correio Braziliense*, 10 mar. 2005); A revolução a espera de uma política (*Valor Econômico*, 11 mar. 2005); Mais Darwin, menos Santo Tomás (*O Estado de S. Paulo*, 3 abr. 2005); Ministérios liberam R\$11 milhões para células-tronco (*O Estado de S. Paulo*, 20 abr. 2005); Cientistas criam óvulos a partir de células-tronco (*O Estado de S. Paulo*, 5 maio 2005); Célula-tronco adulta age como embrionária (*O Estado de S. Paulo*, 8 maio 2005); USP recebe células-tronco de embriões humanos (*O Estado de S. Paulo*, 22 jun. 2005); As células-tronco e as patentes no Brasil (*Valor Econômico*, 27 jun. 2005); Quem tem medo das células-tronco? (*Folha de S. Paulo*, 27 jun. 2005); O caminho das células-tronco (*Folha de S. Paulo*, 9 jul. 2005); Britânicos criam células-tronco nervosas (*Zero Hora*, 17 ago. 2005); Cientistas criam células-tronco do sistema nervoso (*O Globo*, 17 ago. 2005); CNBB cobra veto a leis que atentem contra a vida (*O Estado de S. Paulo*, 17 ago. 2005); Igreja pressiona Lula e Congresso (*Correio Braziliense*, 17 ago. 2005); Nova descoberta na saúde (*Jornal Nacional*, 22 ago. 2005); Cientistas criam célula pulmonar em laboratório (*Folha de S. Paulo*, 24 ago. 2005); Feto só atinge dor no 7º mês de gestação (*Folha de S. Paulo*, 24 ago. 2005); Chave da cura (*Discovery Magazine*, abr. 2005); Células-tronco embrionárias: aprovação de projeto traz esperança de reabilitação (*Revista Plenário*, jun./jul. 2005); Raupp quer Lei de Biossegurança aprovada na Câmara (*Revista Plenário*, jun./jul. 2005).

51 Por todas as razões expostas, não se justifica nem se legitima a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, que deverá julgar o pedido improcedente, declarando a constitucionalidade da lei impugnada.

Conclusão – Constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005

A. A pesquisa com células-tronco embrionárias representa uma perspectiva de tratamento eficaz para inúmeras doenças que causam sofrimento e morte de milhões de pessoas. A legislação impugnada trata da matéria com moderação e prudência, somente permitindo a utilização de embriões remanescentes dos procedimentos de fertilização *in vitro*.

B. As células-tronco embrionárias somente podem ser extraídas até o 14º dia após a fertilização, antes do início da formação do sistema nervoso central ou da existência de qualquer atividade cerebral. De acordo com a maior parte das concepções existentes, ainda não existe vida humana nesse momento. A Lei n. 11.105/2005, ademais, veda expressamente a clonagem humana, a engenharia genética e a comercialização de embriões.

C. Não há violação do direito à vida, tampouco da dignidade humana, porque embrião não se equipara a pessoa e, antes de ser transferido para o útero materno, não é sequer nascituro. A Lei n. 11.105/2005 protege, todavia, a dignidade do embrião, impedindo sua instrumentalização, ao determinar que só possam ser utilizados em pesquisas embriões inviáveis ou não utilizados no procedimento de fertilização.

D. A questão acerca das pesquisas com células-tronco tem sido debatida em todo o mundo, ensejando visões contrapostas. No Brasil, o Poder Legislativo, por votação expressiva, tomou posição na matéria, produzindo disciplina que se harmoniza com o tratamento dado na maior parte dos países ocidentais. O tema não se situa no espectro dos consensos mínimos protegidos pela

Constituição, devendo prevalecer a deliberação realizada no âmbito do processo político majoritário.

Pelas razões desenvolvidas, pede e espera o Movitae que o Supremo Tribunal Federal julgue improcedente o pedido formulado.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 30 setembro de 2005.

Luís Roberto Barroso

Adv. insc. 37.769 – OAB/RJ

Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

Da limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública: uma abordagem crítica à luz do moderno direito processual coletivo e do Projeto de Lei n. 5.100/2005¹

Luciano Coelho Ávila*

Nestes últimos tempos, importantes correntes da doutrina esforçaram-se para alargar o âmbito de extensão da coisa julgada e, em alguns casos, até por quebrar o clássico princípio, invalidando praticamente os seus efeitos. Não estaria errado quem visse, nessas correntes, um reflexo, provavelmente inconsciente, da tendência socializadora e anti-individualista do direito, que vem abrindo caminho em toda parte (Enrico Tullio Liebman, escrevendo nos anos quarenta²).

Sumário: Notas introdutórias. 1 Coisa julgada no regime de composição dos litígios individuais (CPC): *res inter alios acta*. 2 O surgimento dos conflitos sociais de massa (ou macrosociais) e do microsistema integrado de tutela jurisdicional coletiva no Brasil. 3 Direito processual coletivo: um novo ramo do direito processual civil? 4 Coisa julgada no regime de composição dos litígios metaindividuais: sistema de eficácia *erga omnes in utilibus* e *secundum eventum litis*. 4.1 Da alteração legislativa do art. 16 da LACP pela Medida Provisória n. 1.570/1997, posteriormente convertida na Lei n. 9.494/1997:

* Luciano Coelho Ávila é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios/MPU. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina.

¹ O presente artigo científico constitui uma adaptação do trabalho de conclusão do curso de especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

² LIEBMAN, 1981, p. XIII.

a investida governamental para limitar o espectro de incidência da coisa julgada coletiva. 4.2 Da ineficácia da alteração legislativa do art. 16 da LACP – a plena manutenção em vigor do CDC e do microssistema integrado de tutela jurisdicional coletiva. 5 Da superveniência de Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (PL n. 5.100/2005) restabelecendo a plena eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública. 6 Considerações finais.

Notas introdutórias

O presente trabalho científico tem por objeto a apreciação e o enfrentamento, por meio de uma abordagem crítica respaldada no contexto do moderno direito processual coletivo, de tema jurídico ainda não pacificado no âmbito da *communis opinio doctorum*, consolidado nas maléficas conseqüências, do ponto de vista do interesse social, decorrentes da desastrosa inserção, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, da *limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva* em sede de ação civil pública, em virtude da nova redação conferida ao art. 16 da Lei Federal n. 7.347/1985 por intermédio da modificação operada pela Lei Federal n. 9.494/1997.

Dado seu liame umbilical com os mais novos postulados norteadores do direito processual civil brasileiro – aí incluído o direito processual civil *coletivo* – e com o moderno Estado Constitucional de Direito Democrático instalado nesta República Federativa (art. 1º, *caput*, da CR/1988), referido tema concitou-nos a tecer alguns comentários direcionados aos seus aspectos legais e doutrinários, sem prejuízo de eventuais apontamentos jurisprudenciais reputados necessários.

Não obstante a referência ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (LACP), as reflexões extrapolaram os seus limites, conduzindo-nos a diversos recantos dos modernos princípios processuais concernentes ao movimento mundial pela efetividade do processo e da justiça, bem assim às implicações decorrentes da adoção, pelo legislador constituinte originário, do modelo de Estado de Direito Democrático, projetado para as tutelas jurisdicionais coletivas.

É certo que raciocínios como esses são do tipo conducentes, nalguns momentos, a barreiras aparentemente intransponíveis, erguidas por um conservadorismo de todo maléfico aos interesses da população. Entretanto, nem por isso deve o pensador desistir de encontrar o necessário ajuste dos pontos difíceis de serem acomodados no contexto geral da teoria que se desenvolve, mesmo que por meio do pensamento contrário, da boa crítica, favorável ou não. É assim, ao que se sabe, que aparecem os novos elementos do mundo científico, mesmo que mediante pequenos acréscimos ao que já se produziu em determinado campo.

Ficam, pois, as linhas que seguem, a título de desprezioso ensaio no sentido de se oferecer alguma contribuição a mais, por mínima que seja, almejando traçar os contornos científicos de um direito processual civil coletivo moderno e eficazmente *protetivo dos interesses macrossociais*, já não tão arraigado aos ditames de um modelo individualista de composição dos conflitos sociais, tal como projetado pelo Código de Processo Civil em vigor, datado de 1973.

1 Coisa julgada no regime de composição dos litígios individuais (CPC): *res inter alios acta*

Haurido nos idos de 1973 na perspectiva de sistematização legal dos mecanismos de resolução dos conflitos humanos interindividuais, o Código de Processo Civil brasileiro em vigor (CPC) reflete com clareza o tempo em que os litígios civis resumiam-se, basicamente, às demandas de tipo Mévio *versus* Tício, numa sociedade de formação historicamente individualista, tradicional, patriarcal e conservadora-elitista, cuja preocupação central, em termos de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito, recaía sobre o “patrimônio”.

Prova dessa constatação é a leitura meramente gramatical de grande parte dos artigos do antigo Código Civil Brasileiro (CCB), bem como de alguns dispositivos do CPC, a exemplo das regras positivadas pelos arts. 6º e 472³ daquele diploma processual, entre

³ Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

outras, a refletirem uma postura legislativa preocupada, exclusivamente, com a pacificação social dos conflitos de matiz individual.

Daí por que já se poder concluir *ab initio*, com Leonardo José Carneiro da Cunha, que

a figura clássica – da qual sempre se revestiu o processo civil – denota uma estrutura procedimental voltada para as lides individuais, de tal sorte que os mecanismos de atuação em juízo são, de regra, destinados ao titular do direito, a quem se confere a legitimidade da postulação judicial⁴.

Diante desse contexto nitidamente individualista foi concebida a estruturação do instituto processual da *coisa julgada*, definida pelo CPC como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”(art. 467 do CPC).

Ao enfocar os fundamentos que legitimam a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença passada em julgado, o eminente processualista Enrico Tullio Liebman, citado por Humberto Theodoro Júnior⁵, leciona que as qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada, revelam a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica.

Como adverte o ilustre processualista mineiro,

tão grande é o apreço da ordem jurídica pela coisa julgada, que sua imutabilidade não é atingível nem sequer pela lei ordinária, garantida que se acha a sua intangibilidade por preceito da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI)⁶.

Ao dispor sobre os *limites subjetivos* do ato judicial decisório passado em julgado (leia-se quais as pessoas que serão afetadas pela

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

⁴ CUNHA, 2001, p. 68.

⁵ THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 529.

⁶ THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 530.

eficácia da imutabilidade do provimento jurisdicional definitivo), previu nosso legislador ordinário infraconstitucional que a sentença, em geral, somente produz coisa julgada às partes entre as quais é dada (*inter partes*), não beneficiando nem prejudicando terceiros (art. 472 do CPC) – *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare* (a coisa julgada entre as partes não prejudica terceiros).

Assim, somente admitiu o CPC a extensão da eficácia da coisa julgada a terceiros em causas pertinentes ao estado de pessoa, quando houver a citação válida de todos os litisconsortes necessários interessados, como se deduz da leitura da segunda parte do disposto no art. 472 daquele mesmo estatuto processual.

Mencionados limites subjetivos, nos moldes ora delineados, aplicam-se, como é curial, apenas às lides de natureza individual, uma vez que, no que concerne aos processos envolvendo pretensões de natureza coletiva, a regra deve ser exatamente em sentido contrário, vale dizer, a coisa julgada deve beneficiar todos os titulares de direitos ou interesses (ainda que alheios à relação processual formalizada), quando houver acolhimento do pedido inicial. Tem-se, por conseguinte, a consagração do princípio de que, havendo atendimento do pleito coletivo deduzido na inicial de uma ação civil pública, v.g., há extensão dos efeitos da coisa julgada para beneficiar quem participou do processo e quem não o integrou⁷.

É o que se pretenderá demonstrar na seqüência.

2 O surgimento dos conflitos sociais de massa (ou macrossociais) e do microsistema integrado de tutela jurisdicional coletiva no Brasil

Com o fim do período de ditadura militar e o surgimento de uma democracia no Brasil, sob os influxos de uma nova atmosfera econômica e cultural, fizeram-se sentir os primeiros efeitos da conflituosidade de massa, gerando a necessidade de edição de uma legislação processual eficazmente protetiva de bens jurídicos outrora

⁷ CUNHA, 2001, p. 76.

relegados a segundo plano, tais como o meio ambiente, os consumidores, o patrimônio público, histórico, turístico e paisagístico etc.

Com efeito, como asseverado por Leonardo José Carneiro da Cunha,

a atividade econômica moderna, corolário do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, conduziu à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, no mais das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento⁸.

Assim, com a eclosão da conflituosidade social, que decorreu especialmente das novas exigências da sociedade massificada, tornou-se premente a regulação e a proteção dos interesses transindividuais (difusos e coletivos)⁹. O Estado Social de Direito, que já tinha vasto campo de atuação social, teve que se preocupar com outros direitos sociais fundamentais, como os relacionados com o meio ambiente, o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, bem como com outras questões complexas, relacionadas com a ordem econômica, em decorrência da mundialização da economia.

Na verdade, o Estado Social de Direito não surgiu de uma verdadeira transformação ou de um verdadeiro rompimento com o Estado Liberal de Direito. Foi ele uma forma de Estado em que se implantou uma política de proteção de alguns direitos sociais, mas sem adaptar o seu sistema jurídico para a tutela dos interesses

⁸ CUNHA, 2001, p. 69.

⁹ Escreve Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 17): “O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. *Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti e Trocker* anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: *indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo*” (grifos nossos).

primaciais da sociedade, especialmente no que tange aos direitos e interesses transindividuais¹⁰.

Não podendo ignorar a evolução dos costumes e da realidade social, dinâmica por sua própria natureza, os estudiosos do direito processual brasileiro deram início a uma série de discussões e transformações estruturais daquele segmento do direito público ao longo dos últimos anos, visando à sua conformação/adequação aos *conflitos macrosociais* instaurados na ordem contemporânea, para os quais as soluções apresentadas pelo modelo tradicional de composição dos litígios (CPC) – de índole francamente individualista – afigurava-se manifestamente insatisfatório.

Almejando o efetivo resguardo desses direitos e interesses cujos titulares são indeterminados, as legislações de diversos países, de igual modo, criaram ações de perfil coletivo, com diversos propósitos louváveis, assim sintetizados por Roberto Carlos Batista:

- 1) facilitar o acesso à justiça;
- 2) viabilizar uma participação democrática de todas as classes sociais;
- 3) desafogar o Poder Judiciário da miríade de pretensões contendo a mesma causa de pedir e o mesmo objeto;
- 4) uniformizar as decisões, imprimindo maior credibilidade à função jurisdicional do Estado, pois a decisão única e com efeitos subjetivos *erga omnes* ou *ultra partes* espanca possíveis contradições entre demandas atomizadas, propostas perante diferentes magistrados;
- 5) equilibrar a contenda judicial, conferindo legitimidade a corpos intermediários que dispõem de mais condições para promover a defesa dos interesses metaindividuais, frente a réus melhor aparelhados para litigar, como grandes empresas e a Administração Pública;
- 6) diminuir os custos da prestação jurisdicional e do processamento da pretensão;
- 7) maior rapidez e eficácia dos julgamentos¹¹.

No Brasil, os reflexos desse movimento mundial pela efetividade de um *processo civil coletivo* fizeram-se sentir, inicialmente, em

¹⁰ Como adverte Gregório Assagra de Almeida, “[...] Não é verdadeiramente um novo Estado, mas um ‘remendo de Estado’. Isso pode ser observado no Brasil, onde a grande maioria da legislação codificada é ainda voltada para a proteção dos interesses individuais, v.g., o Código Civil e o Código de Processo Civil [...]” (ALMEIDA, 2003, p. 53).

¹¹ BATISTA, 2005, p. 178-179.

termos legislativos, com o advento da Lei Federal n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), diploma de notável e reconhecido avanço para o tempo de sua concepção.

Na seqüência, com o advento da Carta Republicana de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/1990), ao lado do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/1990), estava definitivamente instaurada uma nova era do direito processual civil brasileiro, cujas expectativas começavam a se voltar para a sistematização de um modelo de processo coletivo direcionado à pacificação social dos litígios metaindividuais.

Aliás, não foi por outro motivo que a doutrina especializada convencionou denominar a relação de interação entre os dispositivos da LACP (art. 21) e do CDC (art. 90) como verdadeiro “*microsistema integrado de tutela jurisdicional coletiva*”, cujo objetivo primacial foi o de dar partida ao processo de regulamentação jurídica dos conflitos de interesses coletivos, na busca de uma tutela jurisdicional adequada.

Percebe-se, sem muito esforço, que mencionadas inovações legislativas apresentaram-se como conseqüência lógica e natural da evolução cultural de uma sociedade recém-democratizada, que passava a assimilar a noção de participação popular em todas as esferas de governo. Não só por isso, no entanto, mas também porque

o desenvolvimento da ciência processual terminou por demonstrar que o sistema do Código, marcadamente individualista, deixava descobertos ou insuficientemente protegidos interesses que se caracterizavam por não se vincularem a ninguém em especial, mas a atingir grupo de pessoas indeterminadas, cuja composição plástica variava rapidamente de momento a momento¹².

3 Direito processual coletivo: um novo ramo do direito processual civil?

Atentos a referidas transformações sociais, e como fruto da evolução científica do direito processual, alguns autores passaram a

¹² LIMA, 1997, p. 65.

sustentar, inclusive, a existência de um *direito processual coletivo* como novo ramo do direito processual civil brasileiro, a exemplo do ilustre promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Gregório Assagra de Almeida, para quem

O que se verifica é que hoje já se tornou quase pacífico, na doutrina de vanguarda nacional e estrangeira, que é impossível tutelar os direitos coletivos por intermédio das regras do direito processual civil clássico, as quais foram concebidas por uma filosofia liberal-individualista arraigada, ainda, no século XIX.

[...] Como se vê, somente o estudo separado do *direito processual coletivo* como ramo próprio do direito processual poderá abrir caminhos para a verdadeira tutela dos direitos ou interesses coletivos. Caso contrário, a ingerência de normas estranhas à sua finalidade e a falta de sistematização desse importante campo do direito impedirão a devida proteção, pelo Estado-Jurisdição, dos direitos fundamentais da sociedade e dificultarão a efetivação do Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º da Constituição Federal e, por via de consequência, a diminuição dos grandes problemas sociais. Somente uma nova postura interpretativa com uma teoria geral própria para o direito processual coletivo poderá fazer com que o direito processual cumpra a sua verdadeira função social como instrumento de realização de justiça e de transformação positiva da realidade social.

E mais: de nada adianta a criação de instrumentos poderosos, como as ações coletivas e a própria coisa julgada coletiva, se o instrumento formal existente de viabilização de uma e de outra não é capaz de dar efetividade a esses novos institutos, seja pela falta de princípios ou de regras interpretativas específicas, seja pela inexistência de estudos que desenvolvam a concepção de tutela jurisdicional coletiva por intermédio de método e objeto próprios¹³.

No mesmo sentido, pondera Nelson Nery Junior:

[...] os institutos ortodoxos do processo civil não podem se aplicar aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pe-

¹³ ALMEIDA, 2003, p. 17-29.

los princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX. Pensar-se, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo não pode ter esse mesmo enfoque quando se fala de direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável¹⁴.

Referidas constatações não permaneceram imunes de observações pelo jurista Adroaldo Furtado Fabrício, consoante o qual os mais importantes e desafiadores problemas do jurista, atualmente, decorrem do fenômeno da *massificação*. Sustenta esse autor que populações inteiras, que estavam às margens do comércio jurídico, começam a participar com interesse dos assuntos coletivos. E assim conclui o emérito jurista, citado por Gregório Assagra de Almeida:

Enquanto isso, os grandes lineamentos do Direito Processual Civil, seus institutos basilares e seus conceitos fundamentais permanecem estáticos, como que indiferentes a essa profunda transformação da realidade social. Aqui e ali, tímidas adaptações procuram compatibilizar esquemas obsoletos com as novas necessidades, mas sem impedir a aproximação inexorável do colapso que só uma revolução igualmente profunda pode obstar. Quando o agigantamento do usuário faz romper o tecido e rebentar as costuras, já não é o caso para remendos ou ajustes: a roupa toda tem de ser substituída¹⁵.

Como se extrai da leitura atenta das lições até aqui referidas, encontra-se consolidado forte movimento doutrinário liderado por vozes autorizadas do direito processual civil brasileiro, no sentido de que as ações civis envolvendo pretensões de natureza coletiva *devem submeter-se a regras, métodos e princípios próprios*, todos com natureza e dignidade constitucionais. A bem da verdade, o propugnado direito processual coletivo não constituiria um novo ramo do direito, mas um novo ramo do direito processual, com natureza de *direito processual constitucional-social*¹⁶.

¹⁴ NERY JUNIOR, 2002, p. 121.

¹⁵ ALMEIDA, 2003, p. 29-30.

¹⁶ ALMEIDA, 2003, p. 19. Para este autor: “Natureza *também social*, porque o *direito processual coletivo* é instrumento de mobilização e *transformação da realidade social*. Deve ser concebido como instrumento de realização de paz social. Cappelletti e Garth afirmam: “[...]”

Aliás, conforme advertência de Willis Santiago Guerra Filho, os interesses coletivos em geral, mesmo tendo abrigo em normas com dignidade constitucional, não vêm recebendo o devido tratamento pelas normas regulamentadoras de direitos, mas nem por isso seria admitida a sua violação. Incumbirá ao Poder Judiciário a realização dos direitos fundamentais chamados de *terceira geração* (direitos de *solidariedade*), ou precisamente *direitos sociais, econômicos e culturais*, que estariam relacionados, v.g., com o meio ambiente e com outros bens jurídicos da comunidade¹⁷.

Feitos esses apontamentos de ordem preliminar, convém assinalar, para logo, que, no âmbito das tutelas jurisdicionais coletivas, os institutos processuais estruturais da *ação*, da *jurisdição*, do *processo*, da *defesa* e da *coisa julgada*, assumem características e contornos específicos, que servem para distinguir o direito processual coletivo do *direito processual civil* de índole clássica.

Para o propósito do presente trabalho, assume destacada relevância a questão atinente à *coisa julgada coletiva*, notadamente quanto aos seus limites subjetivos em sede de ação civil pública, como se passará a demonstrar na seqüência.

4 Coisa julgada no regime de composição dos litígios metaindividuais: sistema de eficácia erga omnes in utilibus e secundum eventum litis

Em sua redação originária – inspirada na Lei da Ação Popular (art. 18 da Lei n. 4.717/1965)¹⁸ – preceituava o art. 16 da Lei Federal n. 7.347/1985 (LACP):

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social [...] [*Acesso à justiça*, p. 12]”.

¹⁷ GUERRA FILHO, 2000, p. 94-5.

¹⁸ Confira-se a redação da Lei da Ação Popular: Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *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.

Como se observa da leitura do dispositivo legal em comento, a eficácia da coisa julgada em matéria de ação civil pública não ficava circunscrita às partes formais do processo, abrangendo todas as pessoas lesadas (*erga omnes*) que se encontrassem na mesma situação fático-jurídica objeto da pretensão coletiva deduzida em juízo, independentemente do Estado ou região em que residissem, desde que concretamente afetadas pelo dano cuja ação civil pública almejava reparar – os denominados danos *regionais* ou *nacionais*.

No magistério do ilustre processualista Hugo Nigro Mazzilli,

Se os limites subjetivos da coisa julgada no processo coletivo abrangessem classicamente apenas as partes do processo onde foi proferida, então qualquer co-legitimado poderia propor novamente a mesma ação, discutindo os mesmos fatos e fazendo o mesmo pedido [...] Se a coisa julgada no processo coletivo não ultrapassasse as barreiras formadas pelas próprias partes formais do processo de conhecimento, de que adiantaria formar-se um título executivo que não iria sequer beneficiar os lesados individuais, que não foram parte no processo¹⁹?

Dessa forma, a Lei da Ação Civil Pública estabeleceu um novo mecanismo para a coisa julgada coletiva, de acordo com o resultado final do processo (ou seja, *secundum eventum litis*), assim sintetizado por Mazzilli²⁰:

a) Em caso de procedência, haverá coisa julgada. Assim, o comando contido na sentença será imutável *erga omnes*, ou seja, contra todos. Isso significa que nem as próprias partes da ação civil pública originária (co-legitimado ativo *versus* causador do dano) nem quaisquer outros co-legitimados ativos, nem quaisquer outras

por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

¹⁹ MAZZILLI, 2004, p. 475.

²⁰ MAZZILLI, 2004, p. 475-476.

pessoas, tenham ou não tomado parte efetiva no processo de conhecimento, ninguém, enfim, poderá discutir em juízo, novamente, a mesma questão.

b) Em caso de improcedência por qualquer motivo que não a falta de provas, também haverá coisa julgada. Assim como na hipótese da letra anterior, o *decisum* será imutável *erga omnes*.

c) Em caso, porém, de improcedência por falta de provas, não haverá coisa julgada; outra ação poderá ser proposta, com base em nova prova. Essa nova ação, fundada em nova prova, poderá ser ajuizada pelo mesmo autor que tinha proposto a ação de conhecimento anterior, ou por qualquer outro co-legitimado²¹.

Essa novel sistemática introduzida para as ações civis públicas e coletivas, no que concerne aos limites subjetivos da coisa julgada, representava justamente o que hoje se espera da função jurisdicional, sob a ótica da *instrumentalidade-efetividade*. A resposta judiciária, no limite do possível, mostrava-se *plena* e *exauriente*, resolvendo a um só tempo o *processo* e a *lide coletivos*; e, de outro lado, promovia a *maior coincidência possível* entre o direito material (lesado ou ameaçado) e a reparação/prevenção resultante do cumprimento do julgado.

Aliás, como bem enfatizado por Rodolfo de Camargo Mancuso,

Isso é particularmente verdadeiro no campo da ação civil pública, tendente a uma sentença de cunho *cominatório* (art. 11 da Lei 7.347/85), assim adequado à *efetiva* tutela de valores como meio ambiente, consumidor ou patrimônio público. Diz Pedro da Silva Dinamarco: “Essa sistemática está em plena sintonia com a preocupação do processualista moderno em busca do aprimoramento do sistema processual e a efetividade do processo, tendo na máxima chiovendiana um verdadeiro *slogan*: Na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”²².

²¹ Art. 18 da Lei n. 4.717/1965; art. 16 da Lei n. 7.347/1985; art. 4º da Lei n. 7.853/1989; e art. 103 da Lei n. 8.078/1990.

²² MANCUSO, 2004, p. 394.

Recorde-se que, dentre os principais objetivos das ações de perfil coletivo, citados alhures, estavam os de: 1) facilitar o acesso à justiça; 2) viabilizar uma participação democrática de todas as classes sociais; 3) desafogar o Poder Judiciário da miríade de pretensões contendo a mesma causa de pedir e o mesmo objeto; 4) uniformizar as decisões, imprimindo maior credibilidade à função jurisdicional do Estado, pois a decisão única e com efeitos subjetivos *erga omnes* ou *ultra partes* espanca possíveis contradições entre demandas atomizadas, propostas perante diferentes magistrados; 5) equilibrar a contenda judicial, conferindo legitimidade a corpos intermediários que dispõem de mais condições para promover a defesa dos interesses metaindividuais, frente a réus melhor aparelhados para litigar, como grandes empresas e a Administração Pública; 6) diminuir os custos da prestação jurisdicional e do processamento da pretensão; e 7) maior rapidez e eficácia dos julgamentos, entre outros.

Ainda, para a viabilização de referidos propósitos no plano da concretude, o novel mecanismo da coisa julgada coletiva implementado pelos diplomas legais mencionados (Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor etc.) – mediante a extensão *erga omnes* de seus efeitos e o aproveitamento ou transposição *in utilibus* do julgado coletivo às pretensões individuais de idêntico objeto – apresentava-se, inelutavelmente, como seu principal alicerce.

4.1 Da alteração legislativa do art. 16 da LACP pela Medida Provisória n. 1.570/1997, posteriormente convertida na Lei n. 9.494/1997: a investida governamental para limitar o espectro de incidência da coisa julgada coletiva

Lamentavelmente, no entanto, a redação originária do art. 16 da LACP sofreu inadvertida alteração introduzida pelo art. 2º da Lei n. 9.494/1997, que teve por escopo nítido o de restringir o espectro de incidência territorial da sentença coletiva passada em julgado apenas *aos limites territoriais* da competência do órgão jurisdicional prolator do *decisum*.

Veja-se, a propósito, o teor da nova redação conferida ao dispositivo em comento, *verbis*:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator*, 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 [grifos nossos].

Preliminarmente, contudo, é de se constatar que mencionada alteração legislativa fez tábula rasa do *devido processo legislativo* preconizado pelo Texto Constitucional em vigor, uma vez que regulada a matéria em pauta, naquela ocasião, por intermédio de medida provisória flagrantemente desprovida dos requisitos da *relevância* e *urgência* (art. 62 da CR/1988).

A propósito, bem sustentou Mazzilli que a Lei Federal n. 9.494/1997

não foi originária do Congresso Nacional nem decorreu de regular projeto de lei do Poder Executivo. Ao contrário, a norma proveio da conversão em lei da Med. Prov. n. 1.570/97, que alterou um sistema que já vigia desde 1985 (LACP, art. 16) ou ao menos desde 1990 (CDC, art. 103), e, portanto, desatendia claramente o pressuposto constitucional da urgência, em matéria que deveria ser afeta ao processo legislativo ordinário e não à excepcionalidade da medida provisória (CR, art. 62, na sua redação anterior à EC n. 32/01)²³.

A par desse flagrante vício de inconstitucionalidade formal decorrente da indevida regulação da matéria por medida provisória que não observou o requisito da urgência constitucional, a doutrina especializada apontou um sem-número de incongruências e ilegalidades na alteração legislativa em apreço, insurgindo-se com toda a veemência contra a modificação operada no art. 16 da LACP.

Com efeito, na pertinente observação de Roberto Carlos Batista,

²³ MAZZILLI, 2004, p. 476.

A malfadada Lei em comento rompe com toda a filosofia das ações coletivas. [...] O contexto da sociedade de massa, pós-moderna, passou a fragilizar sobremaneira os indivíduos e a exigir, do aparato jurídico, mecanismos de proteção de direitos tradicionais e, acima de tudo, de direitos emergentes da conflituosidade, pois, como frisam Starling e Oliveira (2001, p. 25): “O risco da eclosão de distúrbios e a possibilidade de se quebrar o já frágil e ténue equilíbrio social é crescente e preocupante”.

[...] A coisa julgada é talvez o ponto mais importante para garantir esses objetivos listados, como consagra a doutrina: “Tratándose de los denominados nuevos derechos e intereses (ambiente, consumidores, publicidad correcta, etc.) donde se pueden visualizar intereses o derechos difusos, se llega a decir por algunos que la extensión *ultra partes* o los efectos *erga omnes* del pronunciamiento jurisdiccional constituye una imprescindible garantía de efectividad de la tutela, por corresponder la posición jurídica objeto de la tutela a una situación de relevância general y, por tanto, no circunscrita a la relación procesal instaurada *inter partes*” (SALAMANCA, 2003, p. 297)²⁴.

E assim arremata com aguda perspicácia o autor:

A inovação do legislador se dirigiu exatamente no sentido inverso, ou melhor, na contramão de todas essas preocupações que justificam a razão de ser das ações coletivas. Ao tentar reduzir a eficácia subjetiva do julgado ao espaço territorial da competência do juízo prolator da sentença coletiva, o legislador nega todos aqueles propósitos e exige a propositura de ações civis públicas, quantas forem as competências territoriais em uma dada região ou em todo o país, conforme o dano seja regional ou nacional. Assim agindo, suscita uma pleora de processos, arrisca a concorrência de decisões antagônicas, com desgaste do Poder Judiciário; aumenta os custos operacionais para os órgãos públicos e para os litigantes; cria situações inusitadas, por desconsiderar a natureza do bem jurídico protegido, muita das vezes indivisível²⁵.

²⁴ BATISTA, 2005, p. 178-179.

²⁵ Em voto proferido em ACP proposta originariamente no TST, o ministro João Oreste Dalazen, verificando o propósito da alteração legislativa ora vislumbrada, colocou com maestria: “Busca, a meu juízo, pulverizar ou fragmentar ou neutralizar a tutela judicial dos direitos difusos e coletivos mediante ACP, esvaziando politicamente a relevância

Nessa mesma trilha, após enumerar os inconsistentes argumentos da corrente minoritária – que sustenta a legalidade da alteração legislativa promovida no art. 16 da LACP –, Rodolfo de Camargo Mancuso, num verdadeiro apanhado geral dos fundamentos expendidos pela corrente majoritária, assinala com maestria:

“Todavia, parece que a maioria dos doutrinadores vem se postando contrariamente à inovação trazida ao art. 16 da Lei 7.347/85 pela Lei 9.494/97, cuja etiologia vem assim explicada por João Batista de Almeida: “Objetivou-se, desse modo, fazer com que a sentença, na ação civil pública, tivesse seus efeitos limitados à área territorial da competência do juiz que a prolatou, com isso afastando a possibilidade de decisões e sentenças com abrangência regional e, principalmente, nacional. Ou, por outra, o governo usou o seu poder de império para alterar a legislação da maneira como lhe convinha, desnaturando a principal marca da ação coletiva – a coisa julgada –, tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva de cidadãos, contribuintes, funcionários públicos etc.”²⁶.

Com efeito, indaga José Marcelo Menezes Vigliar: “Se o interesse é essencialmente indivisível e o da modalidade difuso, como limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território? Ainda: quando o dano for de proporção tal (como por exemplo o chamado *dano regional*, ou seja, aquele que atinge mais de uma comarca ou até mais de

do instituto”. Mais adiante, esboça a incompatibilidade da norma com os contornos teleológicos da ACP ao dizer: “Convenhamos: semelhante fragmentação da ação civil pública importaria atentar contra a natureza coletiva do bem tutelado e somente concorreria para que sobreviessem múltiplos e conflitantes provimentos jurisdicionais, gerando mais desprestígio e descrédito ao Poder Judiciário. A bem de ver, a inovação do art. 16 da LAP encerra em si uma contradição lógica: reafirma a idéia de coisa julgada ‘erga omnes’ derivante da ACP, mas paradoxalmente, ao mesmo tempo, limita-a a alguns homens [...]. Vale dizer: a um tempo declara que a coisa julgada atinge toda a comunidade titular do direito material lesado, em todo o território nacional; de outro lado, também declara que abrange estritamente as pessoas lesadas no âmbito da competência territorial do órgão prolator, o que, por óbvio, não são todos [...]. Em virtude dessa antinomia, há que se perquirir o sentido que se deve atribuir à novel redação do art. 16 da Lei n. 7.347/85, à luz de uma exegese lógica e sistemática, mormente guiada pelo escopo de não extrair da norma inteligência que não faça sentido, ou que conduza a resultado absurdo” (TST, ACP n. 92.867/93.1, rel. min. João Oreste Dalazen, j. por maioria de votos em 14.11.2002, *DJ* de 22 nov. 2002).

²⁶ ALMEIDA, 2001, p. 167.

um Estado-Membro) que vá além dos limites de uma determinada comarca (foro, já que é a isso que a medida deve estar se referindo), como se aplicaria o preceito?”²⁷.

A seu turno, Francisco Antonio de Oliveira viu naquela alteração legislativa “um retrocesso inominável, uma vez que se pretende dar à ação civil pública o mesmo tratamento que é dado à defesa dos direitos individuais. É evidente que os interesses transindividuais não poderão ter seus efeitos circunscritos à base territorial, sob pena de neutralizar os efeitos da ação civil pública, visto que, v.g., num derramamento de petróleo em Santos, com o espraiamento dos danos por todo o litoral, a ação deveria ser proposta em cada comarca, o que é um absurdo, com a possibilidade de sentenças diversas sobre o mesmo tema”²⁸.

Também Nery & Nery deploram, em termos incisivos, o equívoco em que incidiu o legislador, observando que “o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por um juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! [...] Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito”²⁹.

[...] Tudo assim confluí para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de juiz *competente*, deva ter eficácia até onde se irradie o interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes. Assim se dá, por conta do caráter *unitário* desse tipo de interesse, a exigir *uniformidade* do pronunciamento judicial.

Por exemplo, se o pedido numa ação civil pública em curso perante juiz competente (Lei 7.347/85, art. 2º, c/c CDC, art. 93) é de que se interdite a fabricação de medicamento tido como nocivo à saúde humana, a resposta judiciária (inclusive como liminar) não pode, a nosso ver, sofrer condicionamento geográfico, seja porque não caberia falar numa “saúde paulista”, distinta de uma “saúde gaúcha”, seja porque, de outro modo, se teria que admitir a virtualidade de *outra* ação co-

²⁷ VIGLIAR, 1999, p. 112-113.

²⁸ OLIVEIRA, 1997, p. 895.

²⁹ NERY JUNIOR; NERY, 2003, nota 12 ao art. 16 da Lei n. 7.347/1985.

letiva concomitante, em outra sede, ao risco da prolação de julgados porventura contraditórios, gerando caos e perplexidade.

[...] No presente estágio evolutivo da jurisdição *coletiva* em nosso país, impende compreender que o comando judicial daí derivado precisa atuar de modo uniforme e unitário por toda a extensão e compreensão do interesse metaindividual objetivado na ação, porque de outro modo esse regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais, assim atomizando e desfigurando o conflito coletivo³⁰.

Dificuldade inexistente em se aquilatar, nesse contexto, que a desastrosa alteração legislativa promovida no art. 16 da LACP, motivada por indevida ingerência governamental em seara nitidamente atribuída ao Poder Legislativo, acarretou, inequivocamente, lamentável interrupção do processo de evolução científica do direito processual civil brasileiro, no que diz respeito aos extraordinários benefícios, dos pontos de vista jurídico, político, econômico e social, que adviriam das sentenças coletivas revestidas de plena eficácia *erga omnes*, sem limitações territoriais ilógicas e assistemáticas.

Como cediço, um dos fatores que atualmente mais contribuem para a morosidade da prestação da tutela jurisdicional perante os tribunais de 2ª e 3ª instâncias diz com a proliferação de demandas individuais com objetos absolutamente idênticos, no mais das vezes vinculados a danos ou pretensões sem condicionamento geográfico (danos de projeção regional ou até mesmo nacional), que veiculam interesses essencialmente indivisíveis, como aqueles citados nos exemplos supratranscritos.

Ora, a limitação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva introduzida por intermédio da Lei Federal n. 9.494/1997, que conferiu nova redação ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, a par de contribuir para o aumento significativo e desnecessário do número de demandas individuais em tudo idênticas perante os tribunais brasileiros, findou por desconsiderar uma das principais virtudes do

³⁰ MANCUSO, 2004, p. 398-405.

direito processual coletivo, consolidada na *possibilidade de resolução uniforme e integrada de situações jurígenas massificadas e indivisíveis*, de projeção regional e até nacional.

Como se isso não bastasse, a alteração legislativa em apreço fez eclodir ambiente de absoluta instabilidade e insegurança jurídica, com a possibilidade (já concretizada em várias oportunidades noticiadas pela mídia) de tomada de decisões díspares sobre o mesmo tema submetido ao crivo jurisdicional, com inevitável desgaste da imagem do Poder Judiciário.

Não é só: ao impor, ainda que indiretamente, a necessidade de propositura de demandas individuais com idêntico fundamento em detrimento da solução coletivizada (mediante pronunciamento judicial único) dos conflitos de massa, a Lei Federal n. 9.494/1997 – em plena era na qual se propugna, num fenômeno mundial pela *efetividade e universalidade* da jurisdição, a facilitação do *acesso à ordem jurídica justa* (sobretudo à população mais carente)³¹ –, paradoxalmente e na contramão da história do direito processual, acaba por subordinar o acesso ao Poder Judiciário à abastança, conferindo odioso privilégio às classes sociais mais favorecidas economicamente.

Dito em outras palavras, ao imprimirem restrições ao espectro de incidência territorial dos julgados coletivos, Governo Federal e Poder Legislativo, deliberadamente, preferiram ignorar a *própria essência* das ações coletivas, esvaziando-lhes o conteúdo e o alcance, naquilo que poderiam produzir de mais relevante para os interesses da sociedade: a coisa julgada *erga omnes*.

Referidos provimentos jurisdicionais, desde que regularmente revestidos de eficácia regional ou nacional, conforme o caso, seguramente auxiliariam no processo de aprimoramento do respeito dos poderes públicos constituídos pelos direitos assegurados à população em geral e, de outro lado, se prestariam, eficazmente, ao cumprimento de um dos modernos escopos da jurisdição, consubstanciado

³¹ Confira-se, a propósito, os ensinamentos de Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco (1998, p. 33-35).

na *educação e conscientização dos cidadãos* para a busca de resguardo judicial por seus direitos fundamentais e constitucionais violados (escopo social da jurisdição)³², por meio dos entes legitimados para a propositura das ações civis públicas, mais bem aparelhados em termos estruturais, com fantástica economia de tempo e gastos, viabilizando-se o *acesso à justiça*, mediante ajuizamento de ação única, de classes sociais menos abastadas e desafogando o Judiciário do sem-número de pretensões deduzidas contendo a mesma causa de pedir e o mesmo objeto, sem prejuízo da uniformização das decisões, imprimindo maior credibilidade à função jurisdicional do Estado.

Não obstante, e infelizmente, referidos benefícios extraordinários oriundos das ações coletivas não tiveram o condão de sensibilizar os Poderes Executivo e Legislativo Federais, o que denota certa imaturidade e desconhecimento da moderna ciência do direito processual por parte de quem mais deveria estar preparado para apreciá-la e discuti-la com a seriedade exigida pelo interesse público que lhe é subjacente.

4.2 Da ineficácia da alteração legislativa do art. 16 da LACP – a plena manutenção em vigor do CDC e do microsistema integrado de tutela jurisdicional coletiva

Prova maior do completo desconhecimento e ignorância governamentais acerca da sistematização científica do direito processual coletivo e de seu microsistema integrado, formado pela conjugação do CDC e da LACP, foi a omissão da Medida Provisória n. 1.570/1997 e, conseqüentemente, da Lei de conversão n. 9.494/1997, no que toca à revogação das normas de remissão à complementaridade entre a Lei n. 7.347/1985 e o CDC, expressas por este último diploma legal.

³² Conforme sustenta Cândido Rangel Dinamarco, “na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios” (2005, p. 197).

Com efeito, não tendo havido revogação das normas do CDC que tratam da coisa julgada coletiva, aplicáveis em sede de ação civil pública por força do disposto nos termos do art. 21 da LACP, c/c art. 90 do CDC, a modificação legislativa introduzida no art. 16 da LACP revelou-se ineficaz, tendo em vista a subsistência das normas do CDC, notadamente seu art. 93.

Daí por que, na visão da melhor doutrina, a inovação legislativa do art. 16 da LACP apresentou-se totalmente inócua e despendianda, haja vista que não teve o condão de alcançar o sistema do Código de Defesa do Consumidor, limitando-se a alterar a Lei da Ação Civil Pública. Tudo porque, como já dito, o sistema da LACP e do CDC é unificado, um verdadeiro microsistema integrado de tutela jurisdicional coletiva por meio do qual ambos os diplomas legais se interagem e se completam, ensejando um todo harmônico (LACP, art. 21, e CDC, art. 90).

Considerando que o sistema do CDC sobre coisa julgada é muito mais completo do que o estabelecido pela LACP, o primeiro não foi alterado pela Lei n. 9.494/1997, além de alcançar inteiramente toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, passando a reger a coisa julgada em todos os processos coletivos, não só aqueles atinentes à defesa do consumidor, como, de maneira integrada, aqueles atinentes à defesa de quaisquer outros interesses transindividuais (LACP, art. 21, e CDC, art. 90)³³.

No ponto, assinala Nery Jr.³⁴: “Esse art. 16 também não tem eficácia porque não alterou um outro artigo que igualmente se refere à eficácia subjetiva da coisa julgada: o art. 103 do Código do Consumidor”. De igual raciocínio se utiliza André de Carvalho Ramos³⁵, ao se referir ao art. 93 do Código do Consumidor:

[...] quando o art. 93 do CDC estipulou tal divisão de competência pela amplitude do dano, é certo que não quis limitar o efeito do *deci-*

³³ MAZZILLI, 2004, p. 477.

³⁴ NERY JUNIOR, 2002, p. 170.

³⁵ RAMOS, 1998.

sum à esfera territorial do Juiz [...] Assim, a Lei n. 9.494/97 teria que modificar também o art. 93 do CDC, o que não fez. Novamente, fica a Lei n. 9.494/97 inócua.

Donde se concluir, com Rodolfo de Camargo Mancuso³⁶, que a aplicação conjunta desses textos (CDC e LACP) torna possível demonstrar que, no ambiente processual coletivo, a compreensão e a extensão da coisa julgada não podem ser delimitadas em função de *território*, que é critério determinativo de *competência*, justamente por isso empregado em *outro dispositivo*: o art. 2º da Lei n. 7.347/1985.

Verifica-se, do exposto, a absoluta ineficácia jurídica da tentativa de restrição governamental ao alcance territorial da coisa julgada *erga omnes*, uma vez que não revogado o Código de Defesa do Consumidor nos capítulos atinentes à coisa julgada coletiva e de interação com a Lei da Ação Civil Pública (arts. 90, 93 e 103 do CDC, c/c art. 21 da LACP).

5 Da superveniência de Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (PL n. 5.100/2005) restabelecendo a plena eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública

Após quase uma década de discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da malfadada alteração legislativa do art. 16 da LACP, em prejuízo da evolução científica do direito processual brasileiro³⁷, ressurgue em boa hora, perante a Câmara dos Deputados, a discussão acerca da necessidade do restabelecimento da plena eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva.

³⁶ MANCUSO, 2004, p. 405.

³⁷ Com a edição da Medida Provisória n. 1.570/1997, o Poder Executivo logrou atingir suas metas: as de engessar o Poder Judiciário e livrar-se, por longos anos – ao sabor das inconstâncias legislativas e da já previsível eternização das discussões doutrinárias sobre o tema –, dos efeitos das decisões judiciais coletivas, que lhe trariam maiores encargos financeiros.

Com efeito, por intermédio do Projeto de Lei n. 5.100/1995, de autoria do deputado Maurício Rands (PT/PE), atualmente sujeito à apreciação conclusiva pelas comissões daquela Casa Legislativa, a coisa julgada em sede de ações civis públicas volta a se revestir de autêntica eficácia *erga omnes*, podendo projetar seus efeitos para além dos meros limites territoriais da competência do órgão prolator do *decisum*.

Dentre as justificativas para a apresentação do projeto, o relator, deputado Maurício Rands, alerta para que

O art. 5º deste projeto busca, portanto, se convertido em lei, restaurar a redação original do art. 16 da Lei n. 7.347, de 1985, e, desse modo, restaurar o pleno efeito *erga omnes* das sentenças civis públicas.

[...] Comentando esses “ataques” a ação civil pública por parte do Poder Executivo, ao tempo em que era exercido pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, disse Ada Pellegrini Grinover³⁸:

“Única nota dissonante, nesse cenário, é a atitude do governo, que tem utilizado Medidas Provisórias para inverter a situação, com investidas contra a Ação Civil Pública, tentando diminuir sua eficácia, limitar o acesso à justiça, frustrar o momento associativo, reduzir o papel do Poder Judiciário”.

É chegada a hora de o Congresso Nacional reagir e restaurar todo o potencial das ações civis públicas, o que muito contribuirá para desafogar os órgãos do Poder Judiciário, na medida em que em um único processo poderão ser resolvidas milhares de demandas.

Percebe-se, sem muito esforço, que o próprio Poder Legislativo Federal está prestes a se retratar de um erro histórico: o de haver chancelado uma medida autoritária e inescrupulosa emanada do Poder Executivo, ao proceder à conversão em lei da hostilizada Medida Provisória n. 1.570/1997. Pior seria, inequivocamente, a perpetuação de um retrocesso inominável.

Assim, para que se espanquem todas as vacilações que hoje gravitam no universo doutrinário e jurisprudencial acerca do tema em discussão, surge em boa hora o Projeto de Lei n. 5.100/2005, cuja

³⁸ GRINOVER, 1999, p. 36.

aprovação definitiva perante as Casas Legislativas aguarda em clima de festa a comunidade jurídica.

6 Considerações finais

Espera-se, dessa forma, que a experiência acumulada ao longo dos últimos 10 anos (em sacrifício dos cidadãos de bem, notadamente os desprovidos de necessária educação para a defesa de seus direitos perante o Poder Judiciário), após a edição da malfadada Medida Provisória n. 1.570/1997, com a assustadora proliferação de demandas idênticas perante os tribunais brasileiros, o ambiente de absoluta instabilidade jurídica com a tomada de decisões judiciais díspares sobre o mesmo tema em todo o território nacional, gerando descrédito na imagem do Poder Judiciário, e outros inúmeros fatores negativos que decorreram da limitação territorial dos efeitos da coisa julgada coletiva, tenha servido como espinhosa lição aos nossos legisladores, trazendo-lhes novos ares de inspiração voltados à aprovação do Projeto de Lei n. 5.100/2005.

Em assim sendo, retomar-se-á o processo de evolução científica do direito processual civil brasileiro, que deverá estar mais atento ao fenômeno mundial da massificação dos conflitos, sob pena de irresponsável e temerária ignorância das transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, nas quais o *individualismo* típico de uma *sociedade elitista, conservadora e patrimonialista* do início do século passado foi fortemente abalado por um outro fenômeno mundial, o da *sociedade da existência humana*, cuja manifestação no campo do direito apresentou-se fecunda e intensa (função social do direito), concorrendo para o surgimento dos litígios metaindividuais (ou *macrossociais*) de interesses.

Somente assim, segundo cremos, estará o Brasil em condições mínimas de dar início – movido por um Poder Judiciário forte e atuante, realmente comprometido e preocupado com a pacificação social dos *grandes litígios coletivos* instaurados na contemporaneidade³⁹ (em áreas como a tutela do meio ambiente, dos consumidores, dos

³⁹ Como verdadeiro órgão/ agente de *transformação positiva da realidade social*.

idosos, das crianças e adolescentes, do patrimônio público, da moralidade administrativa etc.) – ao processo constitucional de concretização de alguns de seus princípios e objetivos fundamentais, consolidados na construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, da CR/1988), comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (preâmbulo constitucional).

A tutela adequada dos direitos e interesses transindividuais vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva não pode, em hipótese alguma, ficar à margem da exclusiva vontade (ou má vontade) política, sendo de fundamental relevância a contribuição do Poder Judiciário brasileiro (a ser dada por meio do pronto restabelecimento e aplicação da eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva em sede de ação civil pública, sem limitações territoriais indevidas) para os destinos de um Estado que se pretende de Direito Democrático (art. 1º, *caput*, da CR/1988), pelo que deve ser ele mais *fraterno* e *socialmente justo*.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sítio oficial da Câmara dos Deputados na Internet. Disponível em: <www.camara.gov.br>.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Coisa julgada e execução no processo coletivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 784, p. 68-82, fev. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo*, v. 24, n. 96, p. 28-36, out./dez. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas de Ada P. Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Da ação civil pública: instrumento de cidadania. *Revista LTr*, v. 61, n. 7, jul. 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILARÉ, Édis et al. *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria A. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. A abrangência nacional da decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/97. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 755, n. 87, p. 114-120, set. 1998.

SOUZA, Motauro Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. *Ação civil pública: o direito e o processo na interpretação dos Tribunais Superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1999.

Moralidade pública nas relações de trabalho: a responsabilidade do agente público perante o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho¹

Marcelo José Ferlin D'Ambroso*

Sumário: 1 Introdução. 2 Moralidade pública nas relações de trabalho. 3 Cautelas na apreciação de acordos dos entes da administração pública em ações trabalhistas. 4 Penetração no mérito do ato administrativo e meios ministeriais e judiciais de controle. 5 Intervenção ministerial e judicial na administração pública. 6 Imposição definitiva do concurso público na admissão para o serviço público. 7 Condenação do agente público nas ações trabalhistas. 8 Ação de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho. 9 Ações penais decorrentes da violação da moralidade pública nas relações de trabalho. 10 Conclusões.

1 Introdução

A responsabilidade do administrador público nos aspectos de improbidade administrativa, criminal e sob a ótica dos princípios da administração pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência administrativas, confrontada com o papel do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do

* Marcelo José Ferlin D'Ambroso é Procurador do Trabalho em exercício na Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região/SC, doutorando em *Derecho y Ciencias Sociales* pela *Universidad del Museo Social Argentino* e professor de Direito Administrativo do Curso de Preparação à Magistratura do Trabalho da Amatra12/Univali.

¹ Exposição apresentada no Painel *Moralidade Pública nas Relações do Trabalho*, no II Encontro de Juízes do Trabalho e Procuradores do Trabalho da 12ª Região, em 21.10.2005, na cidade de Florianópolis/Santa Catarina.

Trabalho, especialmente após a reestruturação judiciária pós-Emenda n. 45/2004, é a tônica da abordagem deste estudo.

Três premissas básicas são necessárias para o desenvolvimento do tema.

Com efeito, a *primeira premissa* é que o Ministério Público e o Poder Judiciário não são meros espectadores das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo e, em homenagem à harmonia que deve reger a tripartição de Poderes, podem e devem atuar quando detectarem violação da ordem jurídica, do regime democrático de direito e do interesse público.

Adentrando o terceiro milênio de progresso social da humanidade, não se pode mais, sob o pálio do frágil argumento de “ingrência indevida” nas atividades do administrador público, abstrair-se dos problemas que inúmeras condutas administrativas trazem para a sociedade, seja pela falta de critério na eleição de políticas públicas, seja pela omissão e pelas ilegalidades, abusos de poder cometidos na gestão de agentes políticos.

É impossível sustentar que, sob o manto da independência de Poderes, possam o administrador e o legislador abusar da coisa pública e desviar-se dos parâmetros constitucionais legais de sua atuação sem que haja a correção dessas condutas, inclusive de maneira preventiva, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Há, pois, um relevante *atuar* do Ministério Público na seara da administração pública que não pode ser descurado, pois, como instituição voltada à defesa do interesse público e por encarnar o papel protagonista de paladino da sociedade, tem o dever de velar, *em primeiro lugar*, para que o próprio ente político estatal cumpra as leis que impõe ao povo.

A *segunda premissa* é que, se o administrador goza, para a realização de algumas atividades, de discricionariedade, não se pode olvidar que o balizamento desta nos critérios de conveniência e oportunidade também pode ser objeto de discussão pela sociedade por meio de seu órgão defensor, o Ministério Público, ou pelo órgão que distribui Justiça, o Poder Judiciário, mediante o devido processo legal,

como decorrência mais que natural em um regime verdadeiramente democrático de direito.

Identicamente não mais se pode admitir que o critério discricionário possa encobrir toda sorte de falcatruas e irregularidades a que estiver disposto o mau administrador a perpetrar.

E a *terceira premissa* nos remete ao primeiro artigo da Constituição, lembrando que todo o Poder emana do povo, em nome de quem é exercido. *Ipsa facto*, as funções do Judiciário e do Ministério Público não podem desgarrar da finalidade pública existente em seus misteres, ou, por outras palavras, a finalidade comum da missão pública do *Parquet* e da Justiça do Trabalho impõe aos seus Membros atuação relevante na correção de ilegalidades da administração.

2 Moralidade pública nas relações de trabalho

Sustenta a professora Maria do Carmo Leão que

A moralidade dentro da administração pública complementa a legalidade. Ela permite a distinção entre o que é honesto e o que é desonesto. Todos os atos do bom administrador visam ao interesse público; logo, o comportamento impessoal não atende aos interesses pessoais ou de terceiros. As medidas casuísticas são evitadas. Uma vez atendidos os interesses da coletividade, todos serão beneficiados eqüitativamente, cumprindo os velhos preceitos de Ulpiano: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* – que carregam, em si, conteúdo moral e jurídico.

Na Administração, os atos carecem de divulgação, para que o povo em geral e alguns interessados diretos, conhecedores desses atos, possam exercer o controle através das garantias constitucionais que lhes são concedidas. Da mesma maneira que o administrador de uma empresa privada há que prestar contas aos seus sócios, assim também o administrador público há que prestar contas ao povo².

² LEÃO, 1999.

E, nas relações de trabalho, a moralidade pública se faz sentir particularmente pelos princípios da legalidade e moralidade, diretamente imbricados na eficiência da prestação do serviço público.

Talvez não se tenha atentado para o fato de que a mão-de-obra é o *principal instrumento de consecução do serviço público*: assim, se viciada a arregimentação de pessoal pela contratação sem concurso, mediante concurso viciado ou por interposta pessoa; se implementadas políticas de favorecimento de apadrinhados no quadro de servidores do órgão; se viciado pela incúria o sistema de controle de jornada, qualificação e reciclagem de servidores, e.g., o resultado é catastrófico para a população, com a perda de qualidade e eficiência e total comprometimento do serviço público, o que põe em descrédito os Poderes constituídos e incita à desobediência civil e ao caos social generalizado, estimulando ainda mais o círculo vicioso da corrupção na administração pública brasileira. Isso não é demagogia, mas a real consequência de atos irresponsáveis de administradores ímprobos e inconseqüentes e que refletem diretamente na personalidade e imagem pública do Estado, ente criado pelo povo e para o povo e que deve sempre traduzir seus atos nessa qualidade.

Portanto, para evitar esses deletérios efeitos da conduta ilícita dos agentes públicos nas relações de trabalho, pontua-se a atuação do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho buscando a moralidade pública nas relações de trabalho sob sêxtuplo aspecto:

- cautelas na apreciação de acordos dos entes da administração pública nas ações trabalhistas;
- penetração no mérito do ato administrativo mesmo discricionário;
- intervenção para corrigir ilegalidade, ineficiência, ou suprir omissão do agente público de quaisquer dos níveis e esferas da administração;
- imposição definitiva do concurso público na admissão de pessoas para o serviço público;
- condenação solidária do agente público nas ações trabalhistas;

- ajuizamento de ação de improbidade administrativa e ações penais decorrentes da inobservância da moralidade pública nas relações de trabalho na própria Justiça do Trabalho para punir os infratores.

3 Cautelas na apreciação de acordos dos entes da administração pública em ações trabalhistas

Por outro lado, para os administradores que desejam beneficiar os apadrinhados, abre-se tal possibilidade nos acordos promovidos em ações trabalhistas, tendentes a dilapidar o erário, seja na fase de conhecimento (em especial nos processos em que há nulidade da contratação), seja na fase de execução (e nesta, mesmo que os créditos estejam regularmente constituídos).

Como cautelas devidas ao resguardo do interesse público, impõe-se a observância, nos processos de conhecimento, que as verbas pactuadas pela administração e *ex adverso* não estejam a causar enriquecimento ilícito do favorecido, ou mesmo verificando-se a possibilidade de o autor estar mancomunado com o agente público.

Nas execuções trabalhistas, deve-se ter o cuidado de evitar que os acordos acarretem favoritismos, em detrimento da coletividade de credores trabalhistas, com violação ao princípio da impessoalidade – a administração interessada em saldar o débito do ente público deve estabelecer critério objetivo para a composição com os credores. É salutar a disciplina do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, ao tratar dos crimes de responsabilidade dos prefeitos, estabelecendo como delito a conduta de “antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário”.

De outra parte, o respeito aos princípios da moralidade e impessoalidade na promoção de acordos perante a Justiça do Trabalho é medida necessária para evitar o enriquecimento ilícito do agente e apadrinhados, bem assim a má utilização do Poder Judiciário.

4 Penetração no mérito do ato administrativo e meios ministeriais e judiciais de controle

Ao longo da história, o véu do exame judicial de legalidade extrínseca do ato administrativo permitiu inúmeras violações ao preceito de moralidade pública, fazendo-se sentir presentes essas agressões ao ordenamento jurídico pátrio, de modo particular, nas relações de trabalho, por meio das freqüentes nomeações de pessoas para cargos ditos “em comissão”, em número e funções que contrastam com a razoabilidade, e falsas “contratações emergenciais”, ambas em simulação de aparente legalidade do art. 37, V e IX, da Constituição da República.

Afora a norma constitucional, por trás desse tipo de contratação irregular existe, no mais das vezes, uma lei federal, estadual ou municipal que dá “lastro” às admissões pelos agentes públicos (normalmente quem as promove perante o Legislativo), que nelas escudam a suposta “legalidade” de seus atos. No entanto, tal escusa não pode servir para isentar a responsabilidade que decorre da arregimentação ilícita de pessoas para o serviço público, com franca violação dos preceitos do *caput* do art. 37, devendo nesses casos ser reconhecida a inconstitucionalidade *incidenter tantum* da legislação embasadora, por violação ao art. 37, *caput* e inciso II, da CF, deixando-se de aplicá-la no caso concreto. Tal agir ministerial e judiciário permite não só a anulação das contratações como a punição dos responsáveis, pressupondo como regramento de moralidade pública o dever primário do agente de analisar a constitucionalidade e legalidade de sua conduta ante os princípios que regem a administração pública, e não só pelo atendimento de requisitos de forma do ato, tudo sob pena de os órgãos de controle fazerem-no em seu lugar, e com as consequências próprias (Lei n. 8.429/1992).

Pois bem. Atualmente, não só os atos vinculados estão sujeitos ao controle jurisdicional, mas também os discricionários: se é certo que o ato discricionário sujeita-se aos critérios do administrador de conveniência e oportunidade, não menos certo é que esses critérios

devem estar sempre balizados no interesse público, em face do princípio da supremacia do interesse público³.

A ponderação, o exame, pois, do atendimento do interesse público no ato discricionário abre espaço para a penetração do Ministério Público e do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo, até por aplicação dos princípios administrativos da proporcionalidade e razoabilidade. O balanceamento da conveniência e oportunidade com a adequação ao interesse público no caso concreto e a razoabilidade na edição do ato em dado local e determinado momento histórico é uma análise a que inegavelmente sujeitam-se todos os atos da administração pública, para que não se sonegue da sociedade nenhuma expectativa de controle de legalidade, seja ele feito pelas Cortes de Contas, seja pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, como consequência do estado democrático de direito e do princípio tripartite de Poderes.

Outra forma de penetração do mérito administrativo ocorre pela aplicação da teoria do desvio de poder, ao analisar-se a conduta do agente público sob o prisma finalístico do ato editado, do fim concretamente perseguido com a competência que lhe é atribuída abstratamente.

Nesse diapasão, a teoria dos motivos determinantes⁴ embasa a análise da motivação dada pelo agente público na edição de seus atos em cotejo com a situação concreta efetivamente verificada. Assim,

³ Valendo lembrar sempre a dicção do art. 8º da CLT ao prescrever que “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, *mas sempre de maneira que nenhuma interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público*” (destacou-se).

⁴ JC 58/72: “[...] Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, (1982, p. 149-152), assim se manifesta:

‘No direito público, o que há de menos relevante é a vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não estiverem alicerçados no direito e na lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. É a legalidade a pedra de toque de todo o ato administrativo’ (fls. 149).

v.g., se um servidor é despedido por ajuste à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), verificando-se que, em seguida, inúmeros outros foram contratados em seu lugar, impõe-se a nulidade do ato demissional.

Não menos importantes, os princípios da moralidade, eficiência e razoabilidade passam a cumprir um papel peculiar ao permitir que os órgãos de controle (Cortes de Contas, Ministério Público e

A lição de modernos publicistas, a começar por Bielsa, é de que: 'Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos pressupostos) e de direito (motivos determinantes da lei)'. E, rematando, o mesmo jurista afirma: 'No direito administrativo a motivação – como dissemos – deverá constituir norma, não só por razões de boa administração, como porque toda autoridade ou poder em um sistema de governo representativo deve explicar legalmente, ou juridicamente, suas decisões'.

Entre nós, Bilac Pinto, invocando Jêse, expõe que 'o princípio da motivação dos atos administrativos constitui moderna tendência do direito administrativo dos países democráticos'.

A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo bem como o dispositivo legal em que se funda.

'A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e sujeitam-se ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido' (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 9. ed. Atualizada, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1982, pág. 151).

'Por aí se conclui que, nos atos vinculados, a motivação é obrigatória, nos discricionários, é facultativa; mas, se for feita, atua como elemento vinculante da administração aos motivos declarados, como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado' (fls. 152).

[...]

Diante de tais fatos, a sentença é de ser mantida.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Erwin Rubi Peressoni Teixeira.

Florianópolis, 17 de novembro de 1987.

May Filho, Presidente com voto; *Wilson Guarany*, Relator. *Everton Jorge da Luz*, Procurador de Justiça".

Poder Judiciário) examinem o ato administrativo em cotejo com esses primados, em busca da qualidade do serviço público.

Por sua vez, os atos normativos também não escapam da análise ministerial e judiciária: especialmente nos municípios, onde a atividade legislativa das Câmaras de Vereadores costuma desgarrar dos preceitos constitucionais e legais nacionais, bem como os atos de cunho normativo editados pelos Prefeitos, pode o Ministério Público tomar ajustamento de conduta das autoridades para a revogação das leis e atos ou suscitar, nos processos judiciais, o incidente de inconstitucionalidade, independentemente de outras medidas que entenda adotar (ajuizamento de ação cautelar, ação civil pública, mandado de segurança etc.).

Os meios ministeriais e judiciais de controle se exercem especialmente por meio dos instrumentos de atuação do Ministério Público da União previstos no capítulo II da Lei Complementar n. 75/1993, destacando-se:

- ✦ mandado de segurança: abriu-se essa possibilidade perante o Juízo de 1º grau após a EC n. 45/2004, que permitiu o processamento da medida nas Varas do Trabalho (art. 114, IV, da CF)⁵;
- ✦ mandado de injunção: medida já incluída na seara da competência da Justiça do Trabalho pelo específico art. 83, X, da Lompu sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos sociais e liberdades constitucionais trabalhistas e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos;
- ✦ *habeas corpus*: teve seu espectro de atuação na seara trabalhista significativamente ampliado, com a hipótese de apreciação na 1ª Instância pelo inciso IV do art. 114 da CF;
- ✦ *habeas data*;

⁵ Sendo certo que a inovação da EC n. 45/2004 permitirá o alargamento da competência da Justiça do Trabalho para discutir não só a obrigatoriedade de realização de concurso público, como também critérios e condições do certame.

- ação civil pública;
- ação civil de improbidade administrativa;
- ação direta de inconstitucionalidade e o respectivo pedido de medida cautelar;
- ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal;
- representação para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal;
- ação penal pública (destacando-se, nessa exposição, os crimes cometidos pelos agentes públicos e decorrentes das relações de trabalho);
- ação visando ao cancelamento de naturalização, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
- ações cabíveis para a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, incluídos os relativos às terras por elas tradicionalmente habitadas;
- ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos;
- outras ações necessárias ao exercício das funções institucionais do Ministério Público, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:
 - a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas;
 - b) à ordem econômica e financeira;
 - c) à ordem social;
 - d) ao patrimônio cultural brasileiro;
 - e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação;
 - f) à probidade administrativa;
 - g) ao meio ambiente;

• ações cabíveis para:

- a) perda ou suspensão de direitos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal;
- b) declaração de nulidade de atos ou contratos geradores do endividamento externo da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, ou com repercussão direta ou indireta em suas finanças;
- c) dissolução compulsória de associações, inclusive de partidos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal;
- d) cancelamento de concessão ou de permissão, nos casos previstos na Constituição Federal;
- e) declaração de nulidade de cláusula contratual que contrarie direito do consumidor;

• representação:

- a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins;
- b) ao Congresso Nacional, visando ao exercício das competências deste ou de qualquer de suas Casas ou comissões;
- c) ao Tribunal de Contas da União, visando ao exercício das competências deste;
- d) ao órgão judicial competente, visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível;

• promoção da responsabilidade:

- a) da autoridade competente, pelo não-exercício das incumbências, constitucional e legalmente impostas ao Poder

Público da União, em defesa do meio ambiente, de sua preservação e de sua recuperação;

- b) de pessoas físicas ou jurídicas, em razão da prática de atividade lesiva ao meio ambiente, objetivando a aplicação de sanções penais e a reparação dos danos causados etc.

Notadamente, os inquéritos civis públicos e procedimentos correlatos do Ministério Público constituem rica fonte para o controle ministerial dos atos da administração pública, permitindo não só a tomada de ajustamento de conduta do agente para adequação aos preceitos constitucionais legais, como também o seu desdobramento nas mais diversas ações judiciais e extrajudiciais, acima expostas, com destaque à ação de improbidade administrativa, que será adiante tratada.

E as recomendações previstas no inciso XX do art. 6º da Lompu permitem a *atuação preventiva do MP*, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, com fixação de prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

Como se percebe, praticamente a integralidade dos instrumentos de atuação previstos na Lompu pode ser exercitada na Justiça do Trabalho visando à moralidade pública nas relações de trabalho, principalmente após o alargamento da competência especializada promovido pela EC n. 45/2004, o que incita membros do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho a reverem velhos conceitos, doutrinas e posicionamentos, repensando as instituições e seu agir, de acordo com uma política judiciária que permita o mais amplo controle e resguardo da moralidade pública nas relações de trabalho.

No compasso do supra-explanado, é possível vislumbrar algumas searas de atuação do Ministério Público e do Judiciário trabalhistas:

- sabe-se que a contratação de professores índios para as respectivas comunidades tem, comumente, desrespeitado o critério objetivo constitucional, expresso no inciso II do art. 37, pelo simples argumento de inexistência de indígenas qualificados;

ora, aqui se abre uma possibilidade para que o Judiciário, em especial a Justiça do Trabalho, determine ao Estado a promoção de cursos, quiçá de faculdades, para formação de professores indígenas;

- o incorreto e insuficiente gerenciamento de recursos humanos que comprometa a prestação do serviço público com claros prejuízos à população pode ser objeto de discussão em ação civil pública na Justiça do Trabalho;
- a organização e composição do plano de cargos e salários de servidor que comporte a criação de cargos sem as qualificações profissionais necessárias, com disparates de remuneração ou com distorções capazes de burlar o art. 37, II, da CF, também pode ser objeto de discussão em ação na Justiça do Trabalho.

5 Intervenção ministerial e judicial na administração pública

Estabelecidas as premissas vistas na introdução deste ensaio e a possibilidade de penetração no mérito do ato administrativo, e também discricionário, a possibilidade de intervenção ministerial e judicial na administração pública é hipótese que não se pode perder de vista ante disparates cometidos pelos agentes que causem prejuízos à sociedade.

Não raro, o membro do Ministério Público e o Juízo deparam-se com situações que demonstram completo descaso do agente público no trato com a coisa pública e no gerenciamento da prestação do serviço público. Nas áreas de saúde e educação, por exemplo, naturalmente mais sensíveis, é bastante perceptível esse tipo de ocorrência.

Destarte, para esses casos de pública e notória má gestão, deve-se consagrar o uso do instituto processual da *administração judicial* nos entes e órgãos da administração pública, nas situações em que a incúria administrativa esteja a acarretar sérios gravames à população, medida esta que se amolda perfeitamente a uma ação civil pública.

Alguns pressupostos e cautelas, entretanto, devem ser observados:

- ☛ a medida deve buscar o saneamento do serviço público, com cautelas acessórias de afastamento de agentes públicos, bloqueio dos recursos públicos e imposição da ordem no serviço público deficiente, com completa criação de condições para que o administrador judicial possa bem se desincumbir de sua missão;
- ☛ a administração judicial deverá ser temporária até que a administração pública tenha condições de retomar, devidamente, a gerência do serviço público;
- ☛ a adoção de audiências públicas, como permissivo de participação democrática da sociedade no processo e com intuito de conferir maior legitimidade à medida, desnuda as incúrias administrativas aos olhos da população e vincula as medidas e deliberações adotadas para futuras gestões.

As possibilidades de implementação desse tipo de medida podem ser visualizadas nos seguintes casos, exemplificativamente:

- ☛ reiterada negativa de cumprimento de comando judicial;
- ☛ providências administrativas inadiáveis;
- ☛ mora contumaz do administrador na adoção de providências para a regular prestação do serviço público;
- ☛ lacunas por omissão do administrador e/ou legislador;
- ☛ providências administrativas de caráter urgente e relevante que, se deixadas ao sabor do administrador que demonstra incapacidade de gestão, possam causar danos à comunidade.

Por todo o exposto, conclui-se, por exemplo, que, em sede de ação civil pública, é possível buscar um provimento liminar capaz de suprir lacuna deixada pela omissão do administrador que esteja a afetar a população – e citem-se aqui, como áreas prioritárias, a saúde e a educação –, como também, na reiterada negativa do Executivo em face de comando judicial, que venha a ser realizada, pela própria Justiça, providência administrativa de caráter urgente e relevante. Exemplifica-se com algumas situações práticas vivenciadas em cautelares e ações civis públicas já ajuizadas:

- ❖ na primeira, que visava compelir o Estado à realização de concurso público e nomear o restante dos aprovados do concurso anterior, porquanto constatadas contratações ditas “emergenciais” em detrimento de certame público em vigor, e tendo em vista a reiterada e injustificada negativa de nomeação de aprovados, a Justiça do Trabalho, por provocação do MPT, no curso de ação civil pública, nomeou os candidatos e os colocou em imediato exercício em unidades hospitalares com falta de pessoal;
- ❖ em outra situação limite, existente a ordem judicial do concurso público, e ante a morosidade do Estado na realização do certame, muito embora a necessidade premente de pessoal, e evidenciada a inércia do administrador em prover, em caráter urgente, vagas de médicos e profissionais de saúde no serviço público, o que estava a ceifar vidas nos hospitais públicos estaduais, a própria Justiça do Trabalho, provocada pelo *Parquet*, realizou, com sucesso, nos autos, teste seletivo simplificado para contratação de médicos;
- ❖ em situação mais que limite, catastrófica, gerada pela contínua incúria administrativa nos hospitais públicos estaduais, levou-se o MPT a ajuizar, perante a Justiça do Trabalho, ação civil pública com pedido de liminar para a nomeação de administradores judiciais nos nosocômios, o que restou deferido pelo Juízo, em face da contundente prova carreada com a inicial e do resultado de inspeção judicial que sensibilizou o Judiciário para a impossibilidade de trabalho dos servidores em condições dignas, devido ao nocivo meio ambiente em que expostos e pela absoluta falta de instrumentos, aparatos, EPI's e EPC's capazes de possibilitar o exercício regular da medicina e enfermagem, o que estava a acarretar prejuízos irreparáveis à população, também ceifando vidas.

Na verdade, o mundo dos fatos é mais rico do que se pode imaginar, e o importante é considerar sempre que, onde houver lesão ao interesse público, lá estará a atuação do Ministério Público em busca da defesa da sociedade e do interesse público, agir este que deverá se

dar de forma completa, ou seja, até a efetiva solução do problema, por todos os meios que a Constituição e as leis pátrias põem à disposição do Órgão Ministerial, segundo sua criatividade e sem restrições que importem em atuação limitada, incompleta ou estanque.

Impõe-se, portanto, a busca efetiva de Justiça, devendo ser utilizado o processo judicial como um meio para a sua consecução e não como um fim em si mesmo, evitando-se a adoção de entendimentos que possam transmutá-lo em um mecanismo cheio de entraves burocráticos que acabe por incapacitar, tal qual a burocracia da administração pública, o agir do Ministério Público e do Judiciário, deixando a população a descoberto.

6 Imposição definitiva do concurso público na admissão para o serviço público

A matéria é recorrente neste estudo.

A experiência revela que a macroatuação do Ministério Público do Trabalho nos Termos de Ajustamento de Conduta promovidos nos mais diversos entes da administração pública direta e indireta, visando ao cumprimento do comando constitucional do concurso público, embora efetivamente moralizadora, não tem sido suficiente para coibir a reiterada repetição da violação ao art. 37.

Da mesma forma, a solução estabelecida na Súmula 363 do TST⁶ para os contratos de trabalho irregulares não esgota o tema e abre espaço para a impunidade, na medida em que o agente público contratante recebe o bônus pelo ilícito, traduzido na grande maioria dos casos pelo voto, e sabe que pode descumprir a seu bel-prazer a legislação trabalhista quanto ao contratado, que o máximo que acontecerá é a condenação do ente público (e não sua) nas verbas relativas a salário/hora e FGTS.

⁶ “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

As nefastas conseqüências para a sociedade do ingresso ilegal de servidores no serviço público são conhecidas:

- ❖ ferimento do princípio da igualdade no acesso ao cargo/emprego/função pública;
- ❖ ineficiência administrativa;
- ❖ falta de cobertura previdenciária e ferimento de direitos sociais dos contratados;
- ❖ frustração da expectativa da massa que almeja trabalhar no serviço público;
- ❖ desqualificação profissional do servidor;
- ❖ descrédito da população na administração pública;
- ❖ múltipla lesão aos princípios vetores da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência administrativas;
- ❖ apadrinhamento e criação de “currais eleitorais” altamente nefastos à efetiva democracia.

O assunto em análise é merecedor, portanto, de destacada atenção, para que seja possível consagrar, de uma vez por todas, a regra do concurso público em todos os níveis e esferas da administração pública, a fim de ceifar o círculo vicioso estabelecido no sistema: política eleitoreira *versus* vagas no serviço público.

E a melhor solução para esse problema é consagrar o uso da ação civil de improbidade na Justiça do Trabalho para responsabilização do mau administrador que contrata irregularmente, bem assim a promoção de ação penal, quando cabível, também na Justiça do Trabalho, por força da EC n. 45/2004.

Outra hipótese que poderá desestimular esse nefasto comportamento do agente público é a sua responsabilização na própria ação trabalhista, recebendo a condenação solidária com o ente da administração pública, ou, na pior das hipóteses, com esta tendo declarado o seu direito de regresso em face do mau administrador.

7 Condenação do agente público nas ações trabalhistas

Recentemente passamos a sustentar, em pareceres de ações trabalhistas com admissão sem concurso público, a responsabilidade solidária do administrador que promoveu a contratação irregular com o ente público.

A tese lastreia-se no entendimento da formação de um litisconsórcio necessário, na forma do art. 47 do CPC (de aplicação subsidiária, a teor do art. 769 da CLT), entre o mau administrador que contrata irregularmente e o ente público.

Ora, não se pode mais admitir descaso com a norma do art. 37, II, da Constituição, e o agente público que, *sponte sua*, resolve violar o primado, arca com as conseqüências de seu ato, cuja gravidade vai bem além de uma simples culpa a ser ressarcida à administração mediante ação de regresso, mas que antes se caracteriza como um dolo extremamente lesivo ao erário, ao contratado e à sociedade. A intenção danosa do agente justifica a sua inclusão no pólo passivo de eventual ação por direitos inadimplidos do contratado (dupla lesão) no grau de litisconsorte passivo necessário. Recusando-se o autor a promover a citação do agente (o que demonstrará co-participação na admissão irregular), a situação resolve-se pela extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do parágrafo único do art. 47 do CPC.

Se, de outra parte, em contestação, o ente público promove a denúncia à lide do mau administrador, este integrará igualmente o pólo passivo, de modo que ficará suprida a omissão do autor na inicial. Há de se preferir, no entanto, a primeira hipótese, por mais adequada à análise de boa ou má-fé do contratado, que poderia gerar, por exemplo, a responsabilidade exclusiva do agente público, sem contar que uma condenação solidária importaria na imediata responsabilidade deste na execução.

Em todos os processos em que sustentado este entendimento, o Juízo acolheu a promoção ministerial, ocorrendo, não obstante, os seguintes desdobramentos:

- em um deles, o autor não quis emendar a inicial para incluir o agente público e o ente da administração pública promoveu a denúncia à lide: nesse caso, a sentença deverá reconhecer, nos termos do art. 76 do CPC, o direito de regresso do ente público em face do administrador, o que poderá ser executado nos próprios autos;
- nos demais, o autor promoveu a emenda da inicial incluindo o agente público no pólo passivo: neste caso, a sentença deverá reconhecer a responsabilidade solidária ou exclusiva do agente público.

Em quaisquer das duas hipóteses, no entanto, a situação de injustiça imposta ao cidadão que, de boa-fé, aceitou prestar serviços para a administração pública sem se dar conta da ilegalidade cometida resolve-se, pois a condenação poderá ir além da Súmula 363 do TST e abranger todas as verbas normais consectárias, tratando o pacto como contrato de trabalho putativo, sem que haja prejuízo ao erário, resguardado na condenação solidária do agente público ou no reconhecido direito de regresso da administração a ser executado nos próprios autos.

Não resta dúvida que a consolidação desse tipo de entendimento, em curto prazo, poderá reduzir sensivelmente as contratações irregulares.

8 Ação de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho

No particular, sustentam-se dois pontos de vista primordiais:

- a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para promoção da responsabilidade do mau administrador público perante qualquer instância administrativa ou judicial, pelos meios legais cabíveis, podendo não só propor ações de improbidade como as ações penais pertinentes, quando for o caso;
- a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de improbidade administrativa decorrentes da relação de

trabalho, especialmente nos casos de contratação irregular de servidores (art. 114, I e IX, da Constituição, c/c arts. 9º a 11 da Lei n. 8.429/92, e arts. 83, I, 6º, XIV, f, e XVII, a, da Lompu).

No tocante à *legitimidade do Ministério Público do Trabalho*, há que se ter em conta, por primeiro, o disposto já no art. 2º da Lompu:

Art. 2º Incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Ora, se é incumbência genérica do Ministério Público garantir o respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal, não resta a menor dúvida de que, no âmbito de suas atribuições, cabe ao *Parquet* Trabalhista adotar todas as medidas necessárias para a implementação de tal mister.

O art. 5º declara como funções institucionais do Ministério Público da União, entre outras:

- a defesa da ordem jurídica, considerando a independência e a harmonia dos Poderes da União; a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União;
- zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos às finanças públicas;
- a defesa dos seguintes bens e interesses: o patrimônio nacional; o patrimônio público e social;
- zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação; aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

A Lei Orgânica frisa várias vezes a atuação do Ministério Público em defesa dos princípios que regem a administração pública em normas comuns a todos os ramos do MPU.

Mais especificamente, o art. 84 dispõe que incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I (Da Definição, dos Princípios e das Funções Institucionais), II (Dos Instrumentos de Atuação), III (Do Controle Externo da Atividade Policial) e IV (Da Defesa dos Direitos Constitucionais) do Título I (Das Disposições Gerais).

Dessa forma, cristalinamente detém o Ministério Público especializado os mesmos ônus, deveres, funções e instrumentos de atuação dos demais ramos do MPU, devendo, pois, mediante a criatividade de seus Membros, buscar os meios necessários para a promoção de responsabilidade do mau administrador quando, no exercício de seu mister constitucional legal, detectar burla aos princípios expressos no art. 37 da Constituição. Destarte, pode-se valer de ação civil pública, ação de improbidade, denúncia-crime, mandado de segurança etc., tudo nos termos dos arts. 6º a 16 da Lompu.

Pois bem. Como corolário lógico dessa vasta gama de atribuições constitucionais legais do Ministério Público do Trabalho, resta, sem maiores comentários, concluir pela *competência da Justiça do Trabalho para as ações de responsabilização do administrador público*, notadamente as de improbidade administrativa, pela conjugação dos seguintes dispositivos: art. 114 da Constituição (“compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”), c/c os seguintes artigos da Lompu: art. 83, I (“compete ao Ministério Público do Trabalho promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal junto aos órgãos da Justiça do Trabalho”); art. 84, *caput*, e art. 6º, XIV, *f* (“compete ao Ministério Público da União promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e

individuais indisponíveis, especialmente quanto à probidade administrativa”), e XVII, *a* (“compete ao Ministério Público da União propor as ações cabíveis para perda ou suspensão de direitos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal e para declaração de nulidade de atos ou contratos geradores do endividamento externo da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, ou com repercussão direta ou indireta em suas finanças”).

Como bem anotou o Juiz do Trabalho Dr. Jônatas dos Santos Andrade, autor da primeira sentença condenatória por improbidade administrativa da Justiça do Trabalho⁷:

A condenação por frustração da licitude de concurso público é inegavelmente matéria da competência desta Justiça do Trabalho, pelo caráter ontológico trabalhista da norma. A ausência de competência material só se dará quando a discussão se der sobre os demais tipos de atos de improbidade administrativa, despedidos de qualquer alusão à contratação de trabalhadores, matéria essa sempre de competência do Judiciário Trabalhista em face de sua inerente continência nos termos e limites de uma contratação de trabalho subordinado.

De qualquer sorte, frise-se que o novel art. 114 da Constituição da República, com a dicção dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, espanca as dúvidas remanescentes, ao atribuir à Justiça do Trabalho, de forma ampla, a competência para processar e julgar as controvérsias oriundas e decorrentes das relações de trabalho.

Tecidas essas considerações preliminares, cabe pontuar tópicos da Lei de Improbidade Administrativa e sua incidência nas relações de trabalho.

Primeiramente, a Lei n. 8.429/1992 elenca três tipos de atos de improbidade administrativa sujeitos às penalidades próprias do art. 12:

• art. 9º: *atos que importam em enriquecimento ilícito* – implicam as penas de

⁷ Autos do Processo n. 00333.2001.001.14.00-0, da 1ª Vara do Trabalho de Porto Velho/RO.

- a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
 - b) ressarcimento integral do dano, quando houver;
 - c) perda da função pública;
 - d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos;
 - e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;
 - f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;
- ✚ art. 10: *atos que produzem prejuízo ao erário* – implicam as penas de
- a) ressarcimento integral do dano, se houver;
 - b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância;
 - c) perda da função pública;
 - d) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos;
 - e) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano;
 - f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;
- ✚ art. 11: *atos que atentam contra os princípios da administração pública* – implicam as penas de
- a) ressarcimento integral do dano;
 - b) perda da função pública;
 - c) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos;
 - d) pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente;

- e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

As penas são cumulativas ou não, dependendo das circunstâncias fáticas e da culpabilidade do agente (art. 12, parágrafo único – “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”).

A multa e os bens perdidos reverterem em favor da pessoa jurídica lesada (art. 18).

A prescrição regula-se pelo art. 23, em regra, de cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ou dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Réus na ação de improbidade são os agentes públicos e aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzem ou concorrem para a prática do ato de improbidade. Nesse conceito equiparado estariam inclusas as pessoas jurídicas? Sustentamos que sim, haja vista a criação de pessoas jurídicas exclusivamente para promover atos de improbidade (e, particularmente, na área trabalhista pululam as falsas cooperativas, de criação fomentada pelo próprio administrador, para burla do concurso público e dos direitos sociais dos “cooperados”), sendo que, embora nem todas as penas possam lhes ser concretamente aplicáveis (como a suspensão de direitos políticos, v.g.), as demais o são e é importante que esses entes desvirtuados também sejam responsabilizados, até para evitar novos comportamentos ilícitos junto à administração pública ou o absurdo de ainda receberem, no futuro, qualquer subvenção, fomento ou benefício do Estado.

Algumas anotações processuais (Lei n. 8.429/1992):

- para apuração do acréscimo patrimonial do acusado, é necessária a quebra do sigilo bancário, o que pode ser feito em

caráter liminar, na forma do art. 16, § 2º, inclusive com seqüestro e indisponibilidade de bens (art. 7º);

- o art. 20, parágrafo único, autoriza o afastamento liminar do agente público como medida necessária à garantia da instrução processual;
- o enriquecimento ilícito é provado na conformidade do art. 9º, VII, ou seja, pela aquisição de bens em desacordo com a evolução patrimonial ou de renda (presunção *iuris tantum*);
- nos termos do art. 21, a aplicação das penalidades independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público ou da aprovação ou rejeição de contas do agente;
- a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só ocorre após o trânsito em julgado (art. 20);
- ainda que firmado o TAC, não fica prejudicada a ação de improbidade, pois ele, no geral, resguarda as situações futuras, corrigindo as irregularidades existentes, sem resolver as questões passadas e as responsabilidades pelos ilícitos;
- o art. 17 veda a possibilidade de transação, acordo ou conciliação.

Casuística na Justiça do Trabalho: a esse respeito, sem aprofundar a discussão do tema, a primeira hipótese que surge para a ação de improbidade no Judiciário Trabalhista reside na contratação irregular de pessoas sem concurso público. De imediato é possível antever o enquadramento dessa conduta no *caput* e nos incisos I e V do art. 11 da Lei n. 8.429/1992: violação dos princípios, praticar ato visando fim proibido em lei, e frustração de licitude de concurso público, sem descartar a hipótese de violação cumulativa dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade, que normalmente ocorre, seja com o enriquecimento ilícito do administrador, seja de terceiros. Em verdade, por ora, afigura-se como a maior incidência dos casos de improbidade, em diversos desdobramentos, como na simulação de processo seletivo simplificado por autoridades estaduais, intermediação irregular de cooperativa na arregimentação de pessoas para prestação de serviços a município, falsas contratações temporárias etc.

A primeira sentença de condenação por improbidade administrativa foi prolatada em 2004, sendo que paulatinamente o MPT começa a fazer uso desse importante instrumento de atuação em termos nacionais, para imposição da moralidade pública nas relações de trabalho, registrando-se ações ajuizadas em Rondônia, Amazonas, Pará, São Paulo e Santa Catarina, de modo que é muito cedo para se definir quais as hipóteses de cabimento/enquadramento de ato de improbidade na Justiça do Trabalho.

9 Ações penais decorrentes da violação da moralidade pública nas relações de trabalho

A promoção da ação penal pública é imanente ao Ministério Público, inexistindo regra excepcionaladora dessa atribuição ao MPT, portanto pacífica a legitimidade do *Parquet* especializado.

Quanto à Justiça do Trabalho, em breves linhas, considerando o que já sustentamos no artigo “O Ministério Público do Trabalho frente à ampliação de competência da Justiça do Trabalho: uma visão crítico-constructiva”⁸, é suficiente dizer que, em recente decisão do STF (28.6.2005), no julgamento do HC n. 85.096, o ministro relator Sepúlveda Pertence deixou assentado que: “sendo o *habeas corpus* de natureza penal, a competência para o seu julgamento será sempre de juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário em execução de sentença”. Esse entendimento espanca de vez a interpretação restritiva de alguns ao inciso IV do novo art. 114, no sentido de que a competência ali prevista para o *habeas corpus* se referiria apenas aos casos de depositário infiel na Justiça do Trabalho.

Como a EC n. 45/2004 inseriu, no inciso IV do art. 114, a competência para processar e julgar *habeas corpus* no âmbito da Justiça do Trabalho, resta concluir pela competência criminal, que, por ser residual, não necessita vir explícita.

⁸ D’AMBROSIO, 2005, p. 811-817.

Corroborando esse entendimento, decisão da Vara Federal Criminal de Blumenau/SC reconheceu a competência criminal da Justiça do Trabalho com fundamento no art. 114, III, da CF, para as questões sindicais, *in verbis*:

Processo n. 2004.72.05.004394-8

Vistos, etc.

Trata-se de notícia-crime onde o Ministério Público Federal requereu a remessa dos presentes autos à Justiça do Trabalho, entendendo ser esse o juízo competente para processar e julgar as irregularidades, em tese, na fundação do Sindicato dos Empregados do C.V.G.A.T.V. de Brusque.

Como aduziu o *Parquet* Federal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 8º, inciso I, garantiu a liberdade para a formação de associações sindicais, sendo vedada a intervenção estatal em sua organização, *litteram*:

“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; [...]”.

Entretanto, o inciso II deste dispositivo legal veda a criação de mais de uma organização sindical representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, conforme teria ocorrido, em tese, no caso dos autos.

Todavia, tal irregularidade apontada pelo *Parquet* Federal não se constituiu crime cujo processamento caiba à Justiça Federal, mas sim à Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, III, da CF/88 (inciso incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004).

Assim, acolho as razões do Ministério Público Federal, e determino a remessa dos autos à Justiça do Trabalho de Brusque/SC, competente para processar e julgar o feito.

Intimem-se.

Blumenau (SC), 1º de fevereiro de 2005.

Rafael Selau Carmona

Juiz Federal Substituto.

E existem já os seguintes precedentes na Justiça do Trabalho:

- ✱ TC's n. 001-A-2005/SR/DPF/Itajaí, 001-B-2005/SR/DPF/SC e 0016/2005-SR/DPF/SC, lavrados pela Polícia Federal e encaminhados, respectivamente, às Varas do Trabalho de Indaial, Joaçaba e Curitiba, todos com transação penal proposta pelo MPT, aceita pelos indiciados e homologada pelo Juízo trabalhista.
- ✱ Denúncia-Crime n. 06578-2005-026-12-00-0, em processamento na 3ª Vara do Trabalho de Florianópolis, com *sursis* processual concedido aos denunciados.

Espancadas as dúvidas existentes quanto à legitimidade do MPT e da competência da Justiça do Trabalho, no particular, passa-se a elencar algumas *formas de responsabilização criminal do administrador público por violação à moralidade pública nas relações de trabalho*:

- ✱ quanto aos prefeitos, por infração ao disposto no art. 1º, XII e XIII, do Decreto-Lei n. 201/1967, que capitula como crime de responsabilidade “*antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário*” e “*nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei*”, gerando pena de detenção de três meses a três anos, e, ainda, sujeitando o acusado à prisão preventiva e afastamento do cargo, na forma do art. 2º do mesmo Diploma Legal. A condenação acarreta ainda a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, sem prejuízo da reparação civil pelo dano causado ao patrimônio público ou particular;
- ✱ em relação a outros agentes públicos, eventual tipificação de crimes contra a administração pública, notadamente pela conjugação dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), em especial os arts. 21 a 23.

Saliente-se que o Decreto-Lei n. 201/1967 prevê outra forma de responsabilização dos prefeitos e vereadores, capitulando como infração político-administrativa, sujeita ao julgamento da Câmara com cassação do mandato, pelos primeiros (art. 4º, VII), “*praticar, con-*

tra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática”, e pelos segundos (art. 7º, I), “utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa”.

10 Conclusões

- ✦ O Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho têm relevante papel na defesa da moralidade administrativa, cabendo sua atuação sempre que nos desdobramentos trabalhistas se detectar violação aos princípios que regem a administração pública, ilegalidades, omissão ou ineficiência do administrador.
- ✦ Cabe ainda ao *Parquet* Trabalhista zelar para que o princípio da eficiência administrativa seja observado pelo agente público, provendo a população de um serviço público digno e eficiente e velando para que os servidores públicos estejam aptos e capacitados para a realização de suas tarefas, a começar pelo ingresso no serviço público por meio de concurso hígido e, depois, atendendo às qualificações exigidas para o desempenho de suas funções e dotados dos meios materiais para tanto, ou seja, de condições de trabalho.
- ✦ Quanto mais ineficiente for o administrador, maior será o espaço de atuação do Ministério Público e, por conseguinte, do Poder Judiciário, seja na correção de irregularidades/ilegalidades na administração pública, seja suprimindo omissão ou ineficiência do administrador, e sem que isso represente ofensa ao princípio tripartite dos Poderes, mas pelo contrário, um poder-dever de agir na busca da harmonia entre executivo, legislativo e judiciário, e pela realização da atividade administrativa estatal pelo povo e para o povo.
- ✦ O balizamento de atos administrativos em critérios de conveniência e oportunidade não obsta a discussão de mérito pela sociedade mediante seu órgão defensor, o Ministério Público, ou pelo órgão que distribui Justiça, o Poder Judiciário, por meio do devido processo legal, como decorrência mais que natural em um regime verdadeiramente democrático de direito.

- ☛ Deve-se consagrar o instituto da administração judicial para saneamento do serviço público em situações em que a incúria administrativa acarretar grave dano à população.
- ☛ O agente público deve ser responsabilizado solidária ou exclusivamente em ação trabalhista ajuizada em face de ente da administração, promovida por pessoa contratada sem concurso público.
- ☛ O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade suficiente, na forma da Constituição e da Lompu, para o ajuizamento de ações de improbidade administrativa perante a Justiça do Trabalho, como perante qualquer Justiça, e também de denúncias-crime em face de maus administradores, sempre que decorrentes de suas atribuições peculiares na defesa dos interesses sociais e do interesse público.
- ☛ A Justiça do Trabalho, na forma do art. 114, I e IX, da Constituição, combinado com os arts. 83, I; 84, *caput*; e 6º, XIV, *f*, e XVII, *a*, da Lompu, detém competência para processar e julgar ações de improbidade administrativa, quando decorrentes das relações de trabalho, *verbi gratia*, em contratações irregulares de servidores públicos; ainda, com base no art. 114, I, IX e IX, conjugado ao disposto nos arts. 83, I, 84, *caput*, e 6º, V, da Lompu, detém competência também para processar e julgar ações penais decorrentes da violação da moralidade pública nas relações de trabalho.
- ☛ O Ministério Público e o Judiciário, em especial, pelos seus ramos especializados trabalhistas, devem zelar para que haja formação de um corpo de Estado na administração pública, evitando solução de continuidade nas políticas voltadas ao interesse público pela alternância de facções no Poder, resguardando a permanente realização de concurso público para admissão de pessoal, a qualificação/reciclagem de servidores, as condições dignas de trabalho do servidor, a organização e cumprimento de plano de cargos e salários segundo os ditames constitucionais legais, o adequado gerenciamento de

recursos humanos e o meio ambiente de trabalho hígido no serviço público.

- ✱ Finalmente, deve-se buscar a instituição de uma política judiciária que permita o mais amplo controle e resguardo da moralidade pública nas relações de trabalho, com a dinâmica de redimensionamento da atuação do Ministério Público do Trabalho e competência ampliada da Justiça do Trabalho nos moldes configurados na Emenda Constitucional n. 45/2004.

Referências

D'AMBROSIO, Marcelo José Ferlin. O Ministério Público do Trabalho frente à ampliação de competência da Justiça do Trabalho: uma visão crítico-constructiva. *Revista LTr.*, v. 69, n. 7, p. 811-817, jul. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEÃO, Maria do Carmo. A improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 30, abr. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=360>>.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Improbidade administrativa e a atuação do Ministério Público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2732>>.

BERTHIER, João Batista; BEZERRA, Carlos Henrique; MATTOS, Viviani Rodriguez. *Responsabilização do administrador público, na Justiça do Trabalho, pelos valores pagos ao trabalhador admitido irregularmente, ação*

de improbidade administrativa e Ministério Público do Trabalho. Estudo elaborado pela Comissão de Estudos da Conap do MPT.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3124>>.

_____. O ato de improbidade administrativa e a impossibilidade de compromisso de ajustamento em virtude do art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92. Avanço ou retrocesso? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3742>>.

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais

Andrea Beatriz Rodrigues de Barcelos*

Sumário: 1 Introdução. 2 Lesividade do crime de lavagem de capitais. 3 Política governamental para o controle da lavagem de capitais. 4 Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. 4.1 Cadastro nacional de bens. 4.2 Administração de bens e alienação antecipada. 4.3 Ação civil de confisco. 5 Conclusão.

1 Introdução

O crime de lavagem de capitais insere-se em um novo contexto do Direito Penal, que se costuma chamar de macrocriminalidade e que afeta não somente interesses individualmente considerados, como naquele tradicional, mas também e principalmente interesses difusos, de toda a coletividade, com enorme potencial lesivo para a sociedade, além de geralmente tomar contornos internacionais.

Os pressupostos teóricos e as medidas práticas para a repressão penal a tal tipo de criminalidade são, portanto, diversos dos tradicionais. No presente estudo, será tratado um desses novos aspectos, que se refere à recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais.

Historicamente¹, a persecução penal referente à criminalidade tradicional tem como principal objetivo a repressão individual e corporal (imposição de penas afitivas), tendo negligenciado os bens e ativos provenientes de crime e, em consequência, o aspecto da

* Andrea Beatriz Rodrigues de Barcelos é Promotora de Justiça no Estado de Minas Gerais.

¹ Pode-se citar o Estudo da Corregedoria do TRF da 2ª Região, que demonstra a falta de adequado tratamento aos bens em processo criminal. Disponível em: <www.trf2.gov.br/corregedoria>. Acesso em: 19 dez. 2004.

administração e procedimentos relativos a esses bens e valores apreendidos em processo criminal.

Em um lento processo de reversão desse quadro, a legislação criminal vai aos poucos criando mecanismos para adaptar-se à necessidade de repressão à macrocriminalidade. A Lei n. 9.613/1998, apesar de ainda pouco aplicada de maneira adequada e efetiva, representa, no enfoque dado aos bens e ativos provenientes de crimes, um marco no desenvolvimento dessa nova sistemática no processo penal, no sentido de valorizar a prevenção e repressão ao crime por seu viés econômico, retirando-se seu lucro, mostrando que “o crime não compensa”.

O objetivo do presente estudo é analisar determinadas propostas de melhoria da eficácia da recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais, buscando uma sistematização dessa matéria, com o desenvolvimento de alguns conceitos e classificação de atividades relacionadas ao tema.

2 Lesividade do crime de lavagem de capitais

Primeiramente, deve-se demonstrar a divergência existente a respeito do objeto jurídico protegido pela lei antilavagem, bem como o *modus operandi* do referido crime, para que possa ser definida adequadamente sua natureza e os melhores meios para controlá-lo, além de analisadas com maior profundidade as inovações e os institutos criados pela Lei n. 9.613/1998.

A doutrina nacional e a internacional divergem quanto à definição do objeto jurídico do crime de lavagem de capitais, pois trata-se de crime complexo, que gera lesões a diversos interesses, individuais e coletivos, e a mais de um valor.

O presente estudo filia-se à corrente doutrinária, majoritária no Brasil², que entende ser o objeto jurídico da lei antilavagem a ordem econômico-financeira.

² Marco Antônio de Barros, Willian Terra de Oliveira, André Luiz Callegari e César Antônio da Silva.

André Luís Callegari faz uma análise acurada e lúcida da questão:

Porém, de maneira predominante, ainda que seja evidente a pluriofensividade dessas condutas, a norma está dirigida à defesa dos interesses globais ou metaindividuais relativos a uma ordem socioeconômica normal. Além de afetar as relações interpessoais e o patrimônio individual, a delinquência organizada e os processos de lavagem de dinheiro possuem objetivos e finalidades especiais, distintos da criminalidade tradicional, desenvolvendo em grande escala e com espírito empresarial uma série de macroatuações, algumas de caráter supranacional, que terminam por influenciar de maneira importante o próprio sistema econômico³.

Como bem expressa Willian Terra de Oliveira:

Portanto, diante desse quadro é que se costuma afirmar que a conduta de lavagem de dinheiro atinge interesses metapessoais ou transindividuais, e por esse motivo *o bem juridicamente protegido* não poderia ser outro senão a própria *ordem socioeconômica*. O sistema econômico é na verdade o substrato e a quintessência global de interesses individuais, mas trata-se de um bem jurídico independente e autônomo, porém de característica coletiva⁴.

Com efeito, de modo intrincado, a lavagem de capitais afeta tanto a ordem econômica como a financeira, o que se pode perceber mais claramente ao se decompor o delito em três fases: a *ocultação*, na qual o dinheiro “sujo”, geralmente em alto volume de pequenas notas, deve ser transformado em quantias melhor manejáveis e menos visíveis; a *cobertura*, tendo como objetivo distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem; e a *integração*, na qual se converte o dinheiro “sujo” em capital lícito⁵.

³ CALLEGARI, 2003, p. 90-91.

⁴ OLIVEIRA; CERVINI; GOMES, 1998, p. 323.

⁵ “A primeira delas é a fase de ‘ocultação’, em que o dinheiro obtido diretamente com a atividade criminoso passa por sua primeira transformação, visando conseguir uma menor visibilidade. A criminalidade organizada, principalmente o mercado da droga, produz grandes quantidades de dinheiro em espécie, um alto volume de pequenas notas, além de objetos de valor. Assim, o criminoso necessita transformar esse conjunto de capitais em correspondentes quantias mais manejáveis e menos visíveis. Para tanto, o agente costuma

A lesão à ordem econômica verifica-se principalmente na fase de integração, quando os ativos ilícitos deverão tomar a aparência de licitude, sendo investidos no mercado formal, comprando ações de empresas, adquirindo propriedades e bens, concedendo empréstimos etc. As empresas financiadas por capital ilícito têm custos muito menores, já que esse tipo de capital não paga imposto e não está sujeito aos custos da economia formal.

A consequência desse tipo de financiamento é o abuso do poder econômico, por meio da dominação de mercados e concorrência desleal por parte das empresas financiadas pelo capital ilícito, desvirtuando o princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, IV e § 4º, da Constituição Federal). Isso ocorre porque as empresas que utilizam o “dinheiro sujo” têm lastro suficiente até mesmo para formar monopólios em determinados setores. Na lição de Callegari:

Os custos dos recursos obtidos pelas organizações criminosas são notavelmente inferiores àqueles obtidos licitamente. As empresas legais têm de recorrer às taxas de mercado para financiar suas atividades, o que significa que na concorrência com as empresas ilegais há uma perda substancial de mercados, permitindo que sejam excluídos ou incorporados por essas de forma monopolística⁶.

Há que se ressaltar, por fim, as consequências negativas da lavagem de capitais na ordem financeira.

utilizar o sistema financeiro, os bancos, os corretores de bolsas, o mercado de jóias e obras de arte, as casas de câmbio, enfim, emprega ‘intermediários’ que servirão para ‘trocar’ os valores ilicitamente conseguidos. Com a posse do dinheiro já manipulado, tem início a segunda fase: a ‘cobertura’ ou ‘fase de controle’. O objetivo principal do agente é distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem, apagando os vestígios de sua obtenção. Durante todo o tempo o dinheiro é controlado, e para tanto entra em cena uma complexa rede de operações econômico-financeiras, numa cascata de negócios jurídicos envolvendo pessoas e instituições. São comuns múltiplas transferências de dinheiro, compensações financeiras, manipulação das bolsas, remessas aos paraísos fiscais, superfaturação das exportações etc. Finalmente, o dinheiro deve retornar ao normal circuito econômico: é a chamada ‘fase da integração’. Nesse momento o agente converte o dinheiro ‘sujo’ em capital lícito, adquirindo propriedades e bens, pagando dívidas, constituindo empresas e estabelecimentos lícitos, financiando atividades de terceiros, concedendo empréstimos, além de inverter parte do capital na prática de novos delitos” (OLIVEIRA; CERVINI; GOMES, 1998, p. 320-321).

⁶ CALLEGARI, 2004, p. 141.

Normalmente, o agente criminoso utiliza o sistema financeiro, oficial (instituições financeiras) ou paralelo (“doleiros”, sistema de compensação⁷), para inserir o alto volume de ativos, por meio de sucessivas e aparentemente desconexas operações, geralmente entre sistemas de diversos países, passando quase sempre por aqueles conhecidos como paraísos fiscais, dispersando os ativos, com a finalidade de distanciá-los de sua origem ilícita.

Esses ativos ilícitos contaminam as instituições financeiras, afetando a liquidez e a confiança das entidades de crédito⁸ e formando uma quantidade enorme de capital especulativo⁹, que gera instabilidade financeira e possibilidade de crises agudas, com sua “fuga” em massa dos países, principalmente aqueles em desenvolvimento, dependentes dessa espécie de capital, deixando para trás um rastro de destruição¹⁰.

3 Política governamental para o controle da lavagem de capitais

A política governamental, após a tipificação da lavagem de capitais, sofreu modificações, no sentido de se tornar mais adequada à repressão desse crime.

⁷ Os doleiros mantêm o mercado negro de dólares. O sistema de compensação, também conhecido como *hawala*, fundamenta-se na compensação de recursos, em uma espécie de sistema de créditos e débitos, entre os doleiros de diversos países, evitando que haja uma movimentação muito alta de valores. “Com esse mecanismo altamente sofisticado, os ‘doleiros’ brasileiros mantêm um sistema financeiro paralelo, em que há uma troca permanente de moeda [...]. A prática se sustenta na premissa de que sempre haverá alguém interessado em trazer recursos para o Brasil ou enviá-los para o exterior de forma clandestina para burlar o controle das autoridades bancárias e fiscais do nosso país” (MONTENEGRO; BELLUCO, 2004, p. 8).

⁸ “Es vasta la evidencia de que el blanqueo de dinero afecta la calidad de la gestión interna de las instituciones financieras y los órganos de supervisión, situación que agudiza el problema de falta de solidez financiera” (OLIVEIRA; CERVINI; GOMES, 1998, p. 107).

⁹ “[...] a possibilidade de desestabilização da economia nacional, sobretudo de países do Terceiro Mundo, sequiosos por investimentos externos e destituídos de uma legislação protetora eficiente [...]; f) a crise no sistema financeiro, quando por sua volatilidade esses ativos abandonam inopinadamente o país, na busca de altos lucros ou por um receio de medidas repressivas, desestabilizando o sistema e deixando atrás de si um rastro de quebras, desemprego e perdas de poupanças populares” (TIGRE MAIA, 1999, p. 24).

¹⁰ Basta citar as crises do México, dos Tigres Asiáticos e da Argentina na década de 1990.

Em um primeiro momento, logo após a entrada em vigor da Lei n. 9.613/1998, a atitude governamental enfatizou o controle das atividades financeiras. Nesse sentido, foram criados o Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf), órgão de inteligência do Governo, previsto na Lei n. 9.613/1998, responsável pelo recebimento e triagem das comunicações de operações suspeitas, e posterior remessa dos indícios de crime ao Ministério Público, além do Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros (Decif), ligado ao Banco Central, com autoridade para punir as instituições sob sua supervisão que deixam de cumprir as obrigações previstas na referida lei.

Contudo, essa perspectiva estreita do crime de lavagem de capitais, como se o controle desse pudesse resumir-se a uma melhor regulamentação e fiscalização das operações financeiras, além da estrutura e recursos ínfimos concedidos ao Coaf, acabaram por determinar a pouca serventia do órgão, além de muitas críticas a ele dirigidas, principalmente no sentido de sua ineficácia e alta seletividade¹¹.

A partir do ano de 2003 houve uma mudança deliberada da postura governamental, no sentido de tornar o controle da lavagem de capitais uma prioridade.

Do ponto de vista da estrutura, houve significativas mudanças administrativas e judiciais. No Poder Executivo, a principal novidade foi a criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (DRCI), dentro da estrutura do Ministério da Justiça, que materializa tal prioridade.

O DRCI é o órgão responsável pela articulação dos instrumentos de controle do crime de lavagem de dinheiro, concentrando-se em dois pontos cruciais: a cooperação internacional, funcionando como autoridade central para a assistência judiciária direta, bem como a recuperação de ativos ilícitos, tendo “como principais funções analisar

¹¹ Atualmente o Coaf tem desempenhado papel mais efetivo, além de ter recebido melhor aparelhamento, restando, contudo, ainda, diversas críticas.

cenários, identificar ameaças, definir políticas eficazes e eficientes, bem como desenvolver cultura de combate à lavagem de dinheiro”¹².

Além das mudanças estruturais, aprofundaram-se, em nível governamental, os estudos sobre o tema. O Conselho da Justiça Federal realizou uma ampla pesquisa de opinião entre os juizes federais, procuradores da República e delegados da Polícia Federal, que resultou na publicação “Uma análise crítica da Lei dos Crimes de *Lavagem de Dinheiro*”¹³, apontando os problemas que estariam atravancando a persecução criminal com relação ao crimes de lavagem de capitais. Foi criada, então, uma comissão de estudos sobre o referido crime, “[...] destinada a oferecer soluções concretas para dar efetividade palpável ao cumprimento da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998”¹⁴.

A pesquisa do Conselho da Justiça Federal demonstrou o percentual insignificante dos crimes de lavagem de capitais que chegam a ser investigados e menor ainda dos que chegam a ser denunciados em processo criminal¹⁵, tendo sido o estudo conseqüente um passo inicial e necessário para detectar as falhas e apontar soluções, o que parece ter sido, como acreditamos, o embrião da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (Encla) e outros importantes seminários sobre o tema.

A Encla surgiu, no final de 2003, de uma reunião de praticamente todos os órgãos envolvidos com o controle da lavagem de capitais¹⁶, na

¹² “Essas funções têm como objetivo a recuperação de ativos enviados ao exterior de forma ilícita e de produtos de atividades criminosas, tais como as oriundas do tráfico de entorpecentes, do tráfico ilícito de armas, da corrupção e do desvio de verbas públicas. Além disso, o DRICI é responsável pelos acordos internacionais de cooperação jurídica internacional, tanto em matéria penal quanto em matéria civil, figurando como autoridade central no intercâmbio de informações e de pedidos judiciais por parte do Brasil” (disponível em: < www.mj.gov.br/drci >. Acesso em: 12 jun. 2005).

¹³ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2002.

¹⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL 2003, p. 3.

¹⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2002.

¹⁶ Agência Brasileira de Inteligência, Advocacia-Geral da União, Banco Central do Brasil, Casa Civil da Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Conselho da Justiça Federal, Departamento de Polícia Federal, Departamento de Polícia Rodoviária Federal, Departamento de

qual foram formados grupos de estudos que permitiram o melhor relacionamento entre os órgãos, além do estabelecimento de metas, com prazos de cumprimento e responsáveis determinados, para melhoria da política governamental de controle da lavagem de capitais.

Na primeira edição da Encla, foram estabelecidos cinco objetivos e trinta e duas metas neles inseridas. Estes demonstram que, além daquelas soluções apontadas no relatório da Comissão de Estudos sobre Crime de “Lavagem” de Dinheiro, fundadas principalmente na melhoria da cooperação interna entre órgãos e dos sistemas de informações, há um ponto crucial para o controle do crime de lavagem de capitais, qual seja, a recuperação dos ativos ilícitos¹⁷.

Pode-se dizer que houve um avanço gradual para se chegar a atingir efetivamente o principal objetivo, segundo nosso entendimento, da repressão penal à lavagem de capitais, ou seja, a recuperação de ativos¹⁸.

Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Instituto Nacional de Seguridade Social, Ministério Público Federal, Ministério da Justiça, Ministério da Previdência Social, Ministério das Relações Exteriores, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Secretaria de Direito Econômico, Secretaria de Previdência Complementar, Secretaria Nacional Antidrogas, Secretaria Nacional de Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, Secretaria da Receita Federal, Tribunal de Contas da União. Convidados especiais: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Ministério Público do Estado de São Paulo, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

¹⁷ “Meta 18: Apresentar estudo para dar maior eficiência sobre a administração de bens bloqueados, alienados e confiscados. Meta 19: Elaborar estudo sobre quantidade, valor e destino de ativos apreendidos por órgãos públicos e apresentar projeto para otimização do sistema de recuperação de ativos e de sua capacidade de autofinanciamento” (ENCLA 2004. *Estratégia nacional de combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <www.mj.gov.br/drci>. Acesso em: 12 jun. 2005).

¹⁸ No ano de 2004 foram realizados dois ciclos de palestras para tratar sobre o tema, o Encontro Internacional de Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos, de 1^a a 3 de setembro de 2004, uma parceria do Governo Federal com o Banco do Brasil e com o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, e o Encontro Nacional sobre o Combate e a Prevenção à Lavagem de Dinheiro – Cooperação Jurídica Internacional –, em 25 e 26 de outubro de 2004, organizado pelo Conselho da Justiça Federal. Em ambos os Encontros ficou claro que controlar o crime de lavagem de capitais, por meio da recuperação de ativos ilícitos, é um dos meios mais eficientes para o controle das organizações criminosas, além do que é necessário criar uma “cultura” (mentalidade) e meios adequados para que se alcance a efetividade na recuperação de ativos ilícitos.

Em dezembro de 2004 foi realizado novo encontro dos órgãos e autoridades ligados ao controle da “lavagem” de dinheiro, nos mesmos moldes do anterior, para a criação da Encla 2005. Nesta, foram estabelecidas metas, divididas em cinco grupos, entre eles um referente à organização do sistema de recuperação e utilização de ativos. Dessa vez, com maior especificidade e sistematicidade, a recuperação de ativos aparece como tema, ao qual estão relacionadas diversas metas, demonstrando a evolução daquela proposta de rearticulação da política governamental para conferir maior efetividade ao controle da lavagem de capitais.

Após essas considerações sobre a rearticulação da estrutura e da política governamental para o controle da lavagem de capitais e a definição de seu objeto jurídico, pode-se analisar mais detidamente os estudos e as propostas para a criação e desenvolvimento de um sistema de recuperação de ativos ilícitos no Brasil.

4 Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais

O crime de lavagem de capitais não é controlável apenas mediante repressão individual, com pena privativa de liberdade, necessária mas insuficiente, uma vez que os agentes de uma empresa criminosa geralmente podem ser substituídos¹⁹. A repressão econômica, por meio de sanções com efeitos patrimoniais, é mais eficaz, no sentido de enfraquecer o poder financeiro dessas organizações criminosas, impedindo seu autofinanciamento e desestruturando-a efetivamente, pois:

Afastar o chefe de uma organização criminosa não a destrói, pois outro, seu lugar-tenente, certamente o substituirá e passará a dirigi-la. Entretanto, se a atingirmos em sua parte mais sensível, a financeira, poderemos

¹⁹ “Resulta por demás claro que si además del castigo de los delincuentes, los Estados logran privar a las grandes organizaciones de sus ganancias, hacer vano su esfuerzo, inútil su riesgo y nulo su beneficio, el negocio del tráfico ilícito de estupefacientes, perderá todo sentido y se estará en mejor situación para erradicar sus actividades. Por esa razón el ‘Programa de Acción de Ixtapa’ recomienda ‘dotar a las autoridades de los medios necesarios para identificar, rastrear, aprehender, decomisar y confiscar activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas’” (OLIVEIRA; CERVINI; GOMES, 1998, p. 178).

enfraquecê-la substancialmente ou até mesmo destruí-la. Para atacar o poder financeiro da criminalidade organizada é imprescindível uma eficaz e enérgica colaboração nacional e internacional na identificação de fundos patrimoniais ilegais, no confisco desses bens e na adequação das legislações dos países soberanos sobre essa criminalidade, partindo dos princípios estabelecidos e aprovados nas convenções internacionais²⁰.

Com efeito, toda a lesividade do crime de lavagem de capitais deriva do poder financeiro que produz, do incalculável lucro que gera, possibilitando a existência de capital suficiente para corromper parcela do Poder Público, mantendo-o fiel e submisso, para gerar concorrência desleal, monopólios e desvios na política macroeconômica e para submeter países inteiros à força do capital especulativo. Trata-se, portanto, de dinheiro, capital, bens, ativos, de poder financeiro, em suma.

À toda evidência, o controle dessa espécie de crime depende, em grande parte, da recuperação desses bens e ativos, retirando o poder financeiro dos “lavadores”.

A recuperação de ativos pode ser sucintamente definida como um conjunto das atividades estatais destinadas à retomada, por parte do Estado, de todos os bens, direitos e valores provenientes do crime de lavagem de capitais, por meio do confisco (perdimento em favor do Estado brasileiro) ou da repatriação (quando se localizam em outros países), podendo ser alcançada, portanto, internamente ou por meio da cooperação internacional.

À primeira vista, parece ser uma fase posterior à persecução penal, efetivando-se apenas após a sentença penal condenatória. Contudo, compreende atos diversos, desde a investigação²¹, passando por medi-

²⁰ SCARTEZZINI, 2004, p. 15.

²¹ Deve haver, com efeito, paralelamente à investigação dos crimes antecedentes para a configuração da lavagem de capitais, uma investigação exclusivamente relativa aos bens, uma espécie de “persecução aos bens” do acusado, para que se possa descobrir sua origem, a existência de todos os bens em nome do acusado e também de possíveis pessoas interpostas (“laranjas”), cujos nomes são utilizados para ocultar bens do acusado, além da busca de possíveis bens no exterior. Isso facilitaria muito a resolução de futuros problemas relativos à recuperação, como veremos.

das assecuratórias, como o seqüestro e a apreensão, pelo tratamento dos bens durante o processo, por meio da administração judicial ou da alienação antecipada, até se alcançar o confisco definitivo.

Reafirmando o enfoque da política governamental sobre o tema, a Encla para 2005 traz um grupo de metas específico sobre recuperação de ativos. Internamente, as metas referem-se à reunião e promoção de bancos de dados, para melhoria da transmissão e compartilhamento de informações (criação de cadastro nacional de bens apreendidos); e mudanças legislativas (acabar com rol de crimes antecedentes; criar ação civil de confisco; dinamizar procedimentos de medidas assecuratórias e alienação antecipada para preservação do valor de bens; destinar valores aos estados e DF, cuja perda tenha sido decretada no âmbito da Justiça Estadual; disciplinar a administração e destinação dos bens apreendidos no curso e após trânsito em julgado).

Analisaremos algumas dessas metas, divididas em quatro institutos relativos à recuperação de ativos.

4.1 Cadastro nacional de bens

Atualmente, há no Brasil uma situação caótica quanto à recuperação de ativos, bastando um dado para demonstrar tal desorganização e ineficácia: não se sabe exatamente a quantidade de ativos recuperados desde 1998²². Daí a necessidade de se sistematizarem as atividades relacionadas à recuperação de ativos.

Nesse sentido, foi estabelecida meta na Encla 2005, relativa à criação de um cadastro nacional dos bens objetos de medidas assecuratórias em processos criminais²³, batizada de Sistema Brasileiro de Recuperação de Ativos, e-Sisbra. Esse sistema deverá permitir o cadastramento dos bens apreendidos, bem como a possibilidade de

²² MADRUGA FILHO, 2004.

²³ “Desenvolver sistema de cadastramento e alienação de bens, direitos e valores apreendidos, seqüestrados e arrestados em procedimentos criminais e processos judiciais, disponibilizando-os às instituições integrantes do GGI-LD” (disponível em: <www.mj.gov.br/drci>. Acesso em: 12 jun. 2005).

leilão judicial, até mesmo eletrônico, ou a utilização dos bens por parte dos órgãos de repressão ao crime, agilizando e melhor gerenciando tais bens.

Com efeito, em nosso país não houve, até muito recentemente, qualquer preocupação com o gerenciamento de bens provenientes de crime, que, quando cautelarmente apreendidos ou seqüestrados, ficam anos parados se deteriorando e perdendo o valor com o decorrer do tempo, ou são utilizados de forma irregular e pouco transparente pelo Poder Público.

A proposta para mudar tal quadro, portanto, é a de

criação de cadastro de bens apreendidos em procedimentos criminais, bem como a regulamentação do depósito e guarda destes bens [...] evitando o perecimento e o uso indevido, bem como permitindo maior celeridade na alienação dos bens, revertendo os valores obtidos para o combate à criminalidade e ressarcimento dos cofres públicos²⁴.

Isso depende da unificação dos sistemas de dados, atualmente dispersos, aos quais os órgãos de investigação raramente têm acesso facilitado. A necessidade de tal harmonia e ampliação de troca das informações é uma questão que está na ordem do dia, que esbarra, contudo, em deficiências tecnológicas, falta de vontade política e na própria inexistência de cadastros ou dados. Deve ser ressaltada a urgência de unificação não apenas dos bancos de dados federais, mas destes também com os estaduais, uma vez que a repressão à lavagem de capitais não se restringe à esfera federal, sendo de crucial importância a atuação nos estados federados.

4.2 Administração de bens e alienação antecipada

As medidas assecuratórias de seqüestro, apreensão e bloqueio de bens durante o processo criminal geram a necessidade de um tratamento adequado desses bens para que não se deteriorem, percam valor ou rendimentos.

²⁴ Disponível em: <www.trf2.gov.br/corregedoria>. Acesso em: 19 dez. 2004.

Esta não é uma questão completamente nova em nosso ordenamento, até porque essas espécies de medidas assecuratórias existem no processo penal – apesar de ganharem um enfoque diferenciado na legislação antilavagem, que lida com operações sofisticadas e velozes, com bens ou conjuntos de bens complexos.

O sistema de gerenciamento de bens cautelarmente retirados do poder de gestão do acusado, em processo penal, envolve, além do cadastro, dois principais procedimentos: a administração dos bens e valores, enquanto estão sob a gestão do Poder Judiciário, ou a alienação para preservação do valor do bem (antecipada), quando se trate de bens facilmente deterioráveis ou de difícil e dispendiosa gestão.

Esse último procedimento judicial, incidente ao feito principal, tem o objetivo de alienar ativos apreendidos, passíveis de perdimento ou expropriação definitivos, antes do trânsito em julgado da sentença penal, para evitar a perda de seu valor econômico pelo decurso do tempo. Não está previsto na lei antilavagem, mas está no art. 46²⁵ da

²⁵ Art. 46. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º *omissis*

§ 2º *omissis*

§ 3º *omissis*

§ 4º O Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Secretaria Nacional Antidrogas – Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade policial, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas operações de prevenção e repressão ao tráfico e uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos nos §§ 1º e 4º, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para

Lei n. 10.409/2002 – que dispõe sobre questões relativas ao tráfico de drogas e afins –, permitindo a iniciativa do Ministério Público para requerer, em petição autônoma, o leilão em caráter cautelar de bens apreendidos no processo criminal, autuado em apartado. Desse modo, se poderia utilizar o procedimento analogicamente ou, ainda, criar regulamento específico para a lavagem de capitais.

A possibilidade de utilização do procedimento de alienação antecipada é também garantida pelo poder geral de cautela na esfera criminal. Em analogia ao Código de Processo Civil, devem-se obedecer os pressupostos do art. 798 desse diploma, quais sejam, receio de lesão grave ou de difícil reparação do direito da outra parte. Nesse ponto, pode-se sustentar a possibilidade de alienação cautelar em outro caso que não o do risco de deterioração do bem pelo decurso do tempo, mas também com fundamento no risco de que o acusado venha a dissipar seus bens, frustrando o eventual futuro confisco – risco de lesão grave ou de difícil reparação ao direito da outra “parte”, que seria o Estado, em persecução criminal.

A administração judicial²⁶, ao contrário da alienação antecipada, é anunciada pela lei antilavagem (Lei n. 9.613/1998, arts. 5º e 6º) que, contudo, não disciplina detalhadamente o procedimento.

A lei antilavagem traz a possibilidade de administração dos bens apreendidos ou seqüestrados como novidade para o processo penal, pois o procedimento vai além da figura do depositário que se conhece no Código de Processo Penal. Enquanto este último possui dever de guarda dos bens e atitude meramente passiva, o

a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, intimará a União, o Ministério Público, a Secretaria Nacional Antidrogas – Senad e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9º Realizado o leilão, e depositada em conta judicial a quantia apurada, a União será intimada a oferecer, na forma prevista em regulamento, caução equivalente àquele montante e os valores depositados nos termos do § 2º, em certificados de emissão do Tesouro Nacional, com características a serem definidas em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

²⁶ Prevista também na *Convenção da ONU contra a corrupção*, art. 31.

administrador deve agir, ou seja, praticar gestão efetiva, para manter o funcionamento e rendimento dos complexos bens²⁷ existentes nos processos referentes a crimes de lavagem de capitais.

A administração judicial não retira a propriedade do acusado, mas tão-somente a gestão dos bens, que é transferida a um órgão auxiliar do juízo, o administrador judicial, no sentido de maximizar os frutos e rendimentos decorrentes do bem, atendendo não somente o interesse particular do acusado, se ele eventualmente for, ao final do processo, considerado inocente, mas principalmente o interesse público e estatal de manter o valor e os rendimentos do bem.

É de interesse público que haja uma boa administração, pois a “quebra” de uma empresa ou o abandono de uma propriedade rural com plantação de culturas ou criação de gado teria um efeito perverso para a economia, para toda a cadeia de produção, para os trabalhadores e até mesmo para o Fisco, que teria sérios problemas de arrecadação com relação a essas atividades paralisadas.

Faz-se, portanto, necessária a figura de um administrador, conforme estabelecido na lei antilavagem que, contudo, não especificou suas atribuições, o que pode ser feito por analogia (de acordo com art. 3º do Código de Processo Penal) com o administrador do processo de insolvência civil ou de falência, por exemplo. Desse modo, o administrador seria um órgão auxiliar do juiz, que serviria para manter os negócios, bem como gerir todo o patrimônio determinado pelo juízo criminal e, se necessário, contratar ajudantes, sempre com a autorização do juiz.

O administrador deve ser pessoa idônea e, mais importante, deve ser profissional do ramo de negócios a ser administrado, ou seja, deve haver uma profissionalização da gestão dos bens e ativos. Sua atividade será fiscalizada todo o tempo pelo Ministério Público e deverá requisitar ao juízo quando deva decidir questões que ultrapassem a ordinária administração.

²⁷ Quando se tratar de atividades produtivas, como, por exemplo, empresas, indústrias ou propriedades rurais.

As questões que surgem, portanto, são as mais variadas, como, por exemplo, a seguinte, suscitada em um caso concreto²⁸. Refere-se à possibilidade de utilização dos bens apreendidos ou seqüestrados pelo Poder Público após determinação de confisco, porém antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Primeiramente, impõe-se a distinção entre bens que normalmente produzem rendimentos e frutos e aqueles destinados ao mero uso. Os primeiros, como empresas, propriedades rurais produtivas e imóveis alugados, estarão sujeitos à administração até o trânsito em julgado da sentença condenatória, mantendo sua função social. Contudo, os bens que não estão produzindo rendimentos, como um imóvel não alugado, ou que normalmente são destinados somente ao uso, como um veículo ou aeronave, podem e devem ser utilizados pelo Poder Público. Esses bens, que não estão sujeitos à administração em sentido estrito (gerenciamento de atividades), se fossem apenas depositados, certamente se deteriorariam por simples falta de uso. Seria inaceitável o mero depósito do bem, aguardando-se a sua deterioração, o que não corresponde a nenhum interesse, sequer ao do acusado, além de afetar a função social da propriedade.

Há muitos outros questionamentos, tendo em vista que a administração judicial de uma massa de bens apreendidos judicialmente é uma situação extremamente complexa²⁹ que envolve vários e diversos interesses. No caso de uma empresa, por exemplo, pode haver outros sócios não acusados pelo crime de lavagem de capitais, uma série de contratos com diversos credores ou devedores, empregados, impostos a serem pagos etc., o que demonstra ser uma situação tão complexa quanto a de um processo de falência, por exemplo. Envolve direito de empresa (necessidade de dissolução ou extinção de empresas, distribuição de lucros, função social etc.), de família (se

²⁸ Caso “Arcanjo”, levado ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ver MS n. 2004.01.00.033651-0.

²⁹ No caso “Arcanjo” foram seqüestrados e apreendidos mais de dois mil imóveis, alugados, em construção e até mesmo um *shopping center*, além de numerário e bens móveis, como jóias e títulos de crédito, veículos, aeronave, propriedades rurais, hotéis no Brasil e no exterior.

há direito do cônjuge à fração ideal de metade de todos os bens), do trabalho (reclamações trabalhistas, demissões ou contratações etc.) e outros. Daí a necessidade de ser processado perante o juízo cível, como adiante se defenderá.

Todas essas são questões novas que estão surgindo em processos criminais referentes ao crime de lavagem de capitais, as quais necessitam de cuidadosa análise teórica para fornecer balizas aos aplicadores do direito. Pode-se afirmar que nunca houve a possibilidade de administrar bens com tamanha amplitude, decorrentes de apreensão em processo penal. A lei, que não trata de especificidades do procedimento de administração, deixa uma extensa margem de criação para o intérprete, ou seja, para a análise doutrinária e, principalmente, para a criação jurisprudencial.

Há que se ressaltar, por outro lado, que tanto a administração judicial de bens como a alienação antecipada são procedimentos que possuem natureza civil³⁰, apesar de estarem ligados ao processo penal. Consideramos que há uma restrição do juízo penal para tratar dessas questões, ou seja, há uma falta de aptidão do processo penal para lidar com questões complexas, de natureza civil, tanto que o próprio Código de Processo Penal, ao tratar do pedido de restituição de coisa apreendida, remete a análise da questão da propriedade ao juízo cível, quando for de alta indagação (art. 120, § 4º), além de determinar que o depósito e a administração dos bens seqüestrados estão sujeitos ao regime do processo civil (art. 139).

Com isso não se está afirmando que as questões relativas ao gerenciamento de bens deverão ser conhecidas exclusivamente pelo juízo cível. Deverá haver, na verdade, uma cooperação entre juízo cível e criminal. O papel do juízo criminal, nesse aspecto, seria o de decretar as medidas relativas aos bens e zelar para que sua adminis-

³⁰ Os doutrinadores parecem concordar com essa afirmativa, além de o Código de Processo Penal também apontar para esse sentido. Como assinala Barros:

“Note-se que as atribuições executadas pelo administrador são de natureza civil. A gestão administrativa que lhe cabe executar não mantém vinculação de natureza penal, excetuando-se, é claro, o fato de que sua colaboração é de ser prestada ao juízo criminal. Porém, quanto aos atos dessa gestão são de natureza civil” (BARROS, 1998, p. 111-112).

tração seja adequada, enquanto o juízo cível³¹ procederia à administração ou alienação antecipada, resolvendo os incidentes relativos especificamente a tais procedimentos.

Cabe ressaltar que, nesses casos, não serão tomadas decisões que afetarão o processo penal em si, pois não se trata de questões que interessem à decisão da causa, mas de meros procedimentos incidentes para conservação e administração de bens. Além do mais, tais procedimentos poderiam tumultuar o processo penal, causando-lhe transtornos³². Daí a necessidade de uma interação entre o processo penal e o processo civil, o que de forma alguma desvirtua a qualidade daquele, pelo contrário, agiliza-o e torna-o mais efetivo quanto à recuperação de ativos.

Ambos os procedimentos, portanto, poderiam ser efetivados pelo juízo cível, por meio da analogia com o processo civil. Contudo, essa é uma possibilidade teórica que não está prevista na legislação penal, a não ser nos dispositivos anteriormente citados, do Código de Processo Penal (arts. 120, § 4º, e 139).

Barros, apesar de não fazer a mesma sugestão, percebe, com grande perspicácia, a problemática, sinalizando para a interdependência entre os ramos jurídicos, penal e civil:

O conjunto destas disposições procedimentais complementares importa na fusão de sistemas jurídicos do processo penal com outros do processo civil. Cria-se um tipo de administração até então desconhecido na lei processual penal [...]. Verifica-se, portanto, que a simples aplicação subsidiária de normas processuais penais não garante a concretude dos efeitos condenatórios adiante explicitados e torna inviável a recomendação legal que objetiva resguardar os bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados. Para a perfeita adequação do

³¹ Esse juízo cível poderia ser especializado na recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais.

³² “Cabe ponderar, ainda, que o andamento do processo criminal não pode ser tumultuado pela prestação dessas contas. Aliás, esta não configura questão prejudicial de mérito da ação penal. Apenas resume um incidente e, como tal, deve ser apreciado e julgado em apenso aos autos do processo principal, tal qual ocorre no processo civil (art. 919 do CPC)” (BARROS, 2004, p. 255).

dispositivo focado aos interesses da sociedade e do Estado, impõe-se a flexibilização da justiça penal [...]»³³.

A administração judicial e a alienação antecipada de bens são procedimentos essenciais para uma recuperação de ativos mais efetiva e funcional, além de responderem aos interesses do acusado e da coletividade. Não resta dúvida, contudo, quanto à necessidade de maior discussão sobre as questões que suscitam para determinar as possibilidades de sua aplicação prática. A conscientização dos operadores jurídicos quanto à importância e alcance de tais medidas é também tarefa árdua, porém essencial.

4.3 Ação civil de confisco

Uma das metas mais ousadas da Enclá 2005 prevê a criação de uma ação civil de perdimento (ou confisco), que possibilita a formação de um título executivo judicial cível, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com maior celeridade e todas as garantias de um devido processo judicial, pois trata especificamente dos bens, não envolvendo outras questões do processo penal típico ou tradicional que geralmente encobrem os problemas decorrentes dos bens apreendidos.

O problema que surge a partir dessa questão é extremamente delicado na cultura jurídica brasileira e esbarra na tradicional dicotomia do interesse individual *versus* coletivo e, mais ainda, na histórica prevalência do primeiro em nosso país.

O direito de propriedade, contudo, não é absoluto, como de resto os direitos fundamentais em geral, e, portanto, deverá ceder ante o interesse público de se ter o confisco de um bem proveniente de crime, quando com esse confrontado.

Deve-se ter em mente, por conseguinte, o princípio de interpretação constitucional da proporcionalidade, para se impedir o ataque ao núcleo essencial do direito fundamental à propriedade, ao mesmo

³³ BARROS, 2004, p. 109.

tempo em que se enfrenta sua relatividade³⁴, quanto às situações de oposição entre direito privado e interesse público relevante.

É necessário frisar, também, que essa ação civil de confisco não afeta, necessariamente, o princípio constitucional do estado de inocência, uma vez que tal princípio somente é aplicável à pessoa do acusado e não deve ser confundido com a questão da proveniência dos bens para efeito de confisco³⁵. Aderimos, também nesse ponto, ao estudo da Corregedoria do TRF da 2ª Região, segundo o qual:

[...] a presunção de inocência do inciso LVII só é dirigida à culpabilidade em relação à pessoa do condenado e não é extensiva a seus bens, razão pela qual não é necessário aguardar-se o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que o Poder Público confisque e exproprie o patrimônio móvel, imóvel, direitos, ações e/ou qualquer bem de valor econômico vinculados a atividades ilícitas ligadas à criminalidade³⁶.

A Constituição deixa clara a diferença entre o tratamento dado à pessoa do acusado/condenado e aos bens utilizados ou produtos do crime³⁷.

É necessário, portanto, que os operadores do direito se desvinculem dessa idéia errônea de proteção absoluta aos bens questionados em processo criminal.

³⁴ A própria Constituição Federal, que garante o direito de propriedade, em seu art. 5º, XXII, o relativiza, impondo que a propriedade atenderá à sua função social (art. 5º, XXIII), prevendo a possibilidade de desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV), além da desapropriação sanção, referente a imóveis urbanos (art. 182, § 4º, III) e para fins de reforma agrária (art. 184); e, por fim, a desapropriação confisco estabelecida no art. 243, referente a glebas nas quais haja cultivo de plantas psicotrópicas ou qualquer bem apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes.

³⁵ O confisco não é uma pena, no sentido de sanção criminal, mas um efeito civil da condenação penal. Mirabete considera esse confisco especial como efeito extrapenal civil da condenação, afirmando categoricamente não se tratar de pena. Ver MIRABETE, 2004a, v. 1, p. 349.

³⁶ Disponível em: <www.trf2.gov.br/corregedoria>. Acesso em: 19 dez. 2004.

³⁷ O princípio da individualização da pena não é aplicável ao perdimento de bens (confisco) que se transmite aos sucessores do condenado, que respondem até o limite do valor do patrimônio transferido, conforme o art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

Com isso não se quer dizer que o Estado pode agir de maneira arbitrária com relação aos bens de acusados. Afirmamos apenas que essa questão pode ser tratada na esfera cível sem a necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De qualquer forma, esse perdimento civil de bens somente poderá ser efetivado após o devido processo legal, com todas as garantias a ele inerentes.

Atualmente, somente pode ser efetivado após a sentença penal condenatória, por meio da avaliação e leilão dos bens no próprio juízo penal.

A proposta de criação de uma ação civil de confisco possibilitaria uma segunda via, com benefícios e moldes que poderiam ser similares aos da ação civil *ex delicto*, que corre paralelamente à ação penal.

Poderíamos falar em dois principais benefícios práticos de uma ação dessa espécie para a recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais.

Permitir a possibilidade de recuperação de ativos em casos de decisões terminativas ou sentenças absolutórias no processo penal que não fazem coisa julgada para o civil, como para a ação civil *ex delicto*³⁸. Essas situações são de suma importância, tendo em vista que muitas vezes não se pode punir o agente no âmbito do Direito Penal, por determinado motivo que somente possui efeitos na esfera penal, não impedindo a recuperação dos bens e ativos ilícitos no âmbito civil.

Exemplo da aplicabilidade prática da possível ação civil de confisco seria em situações de prescrição durante o processo penal que não afetaria a ação civil. Com efeito, os casos de prescrição e

³⁸ “Não fazem coisa julgada, permitindo-se a propositura da ação civil, as seguintes decisões: o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação (art. 37, I); a decisão que julgar extinta a punibilidade (art. 67, II); a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime (arts. 67, III, e 386, III, do CPP), bem como a sentença absolutória se nesta ficar declarado: a) não haver prova da existência do fato; b) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; c) existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu da pena; e d) não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, incisos II, IV, V e VI, do CPP)” (MIRABETE, 2004b, p. 170).

de sua interrupção para a ação penal e civil são diversos. Além do mais, poder-se-ia alcançar uma sentença civil condenatória antes da sentença no processo penal, geralmente mais lento. Tendo em vista a independência das instâncias, a sentença civil seria plenamente válida e eficaz nesse âmbito, apesar da prescrição penal e consequente extinção da ação penal.

Há, por outro lado, modelos estrangeiros para esse tipo de ação. Nos Estados Unidos³⁹, a idéia é de que o patamar (*standard*) de provas necessário na ação civil de confisco é menor que aquele para uma condenação criminal. Na Inglaterra, a ação é movida contra a pessoa que aparentemente possui os bens, sendo que essa pessoa deverá provar a origem lícita desses bens. É uma ação voltada para a “perseguição” dos bens sobre os quais haja fundada suspeita de serem objeto de lavagem de capitais, motivo pelo qual a pessoa não precisa estar sendo acusada em processo relativo a lavagem de dinheiro.

Contudo, esses países possuem tradições jurídicas diferentes das nossas, por isso deve-se estudar e debater com profundidade o modelo adequado para o sistema jurídico pátrio.

Essa idéia é nova em nosso sistema jurídico e certamente causará muitas resistências, até mesmo devido a nossa tradicional defesa exacerbada da propriedade individual e da falta de “cultura” de perseguição dos bens provenientes de crime⁴⁰. Serão necessários, por-

³⁹ “Um confisco civil é um processo judicial *in rem* contra a propriedade, e não contra o transgressor. O processo é baseado no conceito legal de que ‘a propriedade em si é culpada’ do delito de ter sido usada de forma ilegal. *In rem* refere-se a qualquer processo judicial contra a propriedade somente, isso determinará o domínio sobre a propriedade. O réu em processo judicial *in rem* é a propriedade independente de qualquer processo penal tomado contra o proprietário. Decisões *in rem* afetam ‘todo o mundo’, inclusive requerentes desconhecidos [sic]” (SNIDER apud FERREIRA, 2000, p. 60). Foi com base nesse tipo de ação civil que ocorreu o bem-sucedido confisco e leilão do imóvel – apartamento – em Miami sem que houvesse, portanto, trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime de lavagem de capitais aqui no Brasil.

⁴⁰ Alguns dizem que é mais fácil conseguir um decreto de prisão de um acusado que um bloqueio de bens ou quebra de sigilo bancário, ou outra medida relativa à apreensão e confisco de bens provenientes de crime.

tanto, amplo debate e legislação que regule a matéria, o que é proposto por uma das metas da Encla 2005.

5 Conclusão

Este estudo é fruto de leituras do escasso material existente acerca do tema e, principalmente, de observações de palestras e seminários a ele relacionados.

O que se buscou foi evidenciar a existência de um novo contexto no qual se insere essa nova espécie de criminalidade, que exige meios diversos para seu controle e mentalidade renovada, principalmente por parte dos operadores jurídicos.

Alguns questionam a existência efetiva dessa macrocriminalidade e desse novo processo penal, pois enxergam nele uma ameaça a direitos fundamentais conquistados a duras penas contra os arbítrios do Estado contra o indivíduo.

Trazemos esse novo enfoque, que em outros países já é mais bem trabalhado e discutido, especialmente quanto ao aspecto da “persecução” e confisco de bens provenientes do crime de lavagem de capitais, justamente para incitar um debate maior a respeito do tema. De nada adianta negar o fenômeno, até mesmo por ser uma espécie de “onda” da globalização, que, se não é trabalhado pelos países, lhes é imposto por meio de pressões internacionais. Certamente, a análise crítica dos institutos novos ou renovados, bem como a reflexão teórica sobre as bases dessa criminalidade “mercenária” e transnacional trará melhores resultados para sua repressão.

Esta breve reflexão, portanto, busca incitar o debate das questões relativas à lavagem de capitais e recuperação de ativos, demonstrando algumas de suas possibilidades e dificuldades.

Referências

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BLAT, José Carlos. Entrevista explosiva: levantando o véu do crime organizado. *Revista Caros Amigos*, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.carosamigos.com.br>>. Acesso em: 7 set. 2005.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Lavagem de dinheiro*. Barueri, SP: Manole, 2004.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Relatório da Comissão de Estudos sobre Crime de “Lavagem” de Dinheiro*. Brasília, 2003.

_____. *Uma análise crítica da Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro*. Brasília, 2002.

ENCLA 2004. *Estratégia nacional de combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <www.mj.gov.br/drci>. Acesso em: 12 jun. 2005.

FERREIRA, Jean Marcos. *Confisco e a perda de bens no direito brasileiro*. Campo Grande: [s.n.], 2000.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Administração de bens bloqueados. In: ENCONTRO NACIONAL SOBRE O COMBATE E A PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO, 2004, Brasília. *Notas de palestra*. Brasília: Conselho da Justiça Federal.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004a. v. 1.

_____. *Processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004b.

MONTENEGRO, Eurico Monteiro; BELLUCO, Clênio Guimarães. Caso Banestado e suas ramificações: 7 anos. *Perícia Federal*, Brasília, ano 5, n. 19, p. 6-9, nov./dez. 2004.

OLIVEIRA, Willian Terra de; CERVINI, Raul; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCARTEZZINI, Cid Flaquer. A situação do Brasil quanto à lavagem de dinheiro sujo. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 1-87, jul./dez. 2004.

SILVA, César Antônio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei n. 9.613/98*. Curitiba: Juruá, 1999.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Sítios eletrônicos:

<www.trf2.gov.br/corregedoria>

<www.mj.gov.br/drci>

Breve reseña histórica del derecho penal militar mexicano

Renato de J. Bermúdez Flores*

Sumario: 1 Introducción al tema. 2 Siglo XIX o México Independiente: A – Etapa de 1821 a 1857. B – La reforma. C – Influencia doctrinal: a) Aspecto positivo. b) Aspecto negativo. 3 Siglo XX o México Contemporáneo: A – Primera etapa: a) Restablecimiento de la legislación porfirista. b) La jurisdicción marcial y los delitos federales. B – Segunda etapa. C – La tercera etapa.

1 Introducción al tema

En forma en extremo sintetizada hemos considerado pertinente dar a conocer lo más trascendentes sobre la evolución histórica de nuestro Derecho penal castrense; el cual, como señala el maestro don Francisco Schroeder Cordero, es la porción más conocida del Derecho Militar, pero desde luego, ni la única ni la más importante. Habida cuenta que el Derecho Marcial para su estudio se divide en diferentes ramas, y todas ellas, resultan relevantes¹.

Podemos aseverar que el Derecho militar mexicano se remonta a tiempos anteriores a la conquista hispana, época en donde encontramos abundante información sobre los delitos, delincuentes y penas marciales, básicamente, referidos al pueblo azteca; lo cual nos permite afirmar, que en dicho grupo étnico ya aparece configurado un verdadero Derecho penal militar. Sobre este importante asunto

* El Lic. Renato de J. Bermúdez Flores ha sido Contraalmirante JNLD y es profesor de Historia del Derecho. Es autor de una veintena de trabajos de Derecho militar. De ellos sobresale su *Compendio de Derecho Militar Mexicano* (2. ed. México: Porrúa, 1998, 260 p.).

¹ SCHROEDER CORDERO, 1996. Mismo autor, 1965, p. 152.

el historiador don Francisco Javier Clavijero, nos hace saber que, innumerables conductas dentro de la milicia se consideraban como actos ilícitos y se sancionaban de manera en extremo drástica, tales como la traición al rey, el uso de las insignias o armas reales, el hostigamiento al enemigo sin órdenes superiores, la incitación al pueblo para crearle conflictos al rey, y otros actos similares más; la mayoría de los cuales se sancionaban con la pena de muerte, aun cuando la forma de ejecutarla era diferente para cada caso².

Con posterioridad, tenemos la importante etapa colonial, en donde encontramos diversas leyes y ordenanzas que existieron en dicho y trascendental período de la evolución del país, tales como las poco conocidas, pero muy nombradas Ordenanzas de Hernán Cortés, emitidas en Tlaxcala y Coyoacán, respectivamente; en donde se sancionaba a los soldados que cometían actos en contra de la disciplina, considerándose como tales, la apropiación del botín o los malos tratos a los vencidos. A continuación aparecen las Leyes de Indias, en donde encontramos importantes disposiciones castrenses, tanto para las fuerzas de tierra, como para las actividades marineras. Posteriormente, debe mencionarse la codificación militar hispana que se aplicó en América; y de manera relevante nos referimos a las Ordenanzas militares y navales de 1768 y 1793, respectivamente. Disposiciones legales que contenían entre otros muchos asuntos, la materia penal castrense; y que continuaron vigentes, en nuestro territorio y el de otros países hispano americanos, durante largo tiempo después de obtenida la emancipación política de todos ellos y de lo que hoy es nuestra Patria.

Empero, el análisis respecto de los principales antecedentes históricos sobre la legislación y literatura jurídica militar mexicana, necesariamente, se debe iniciar a partir de la segunda década del siglo XIX, para concluirlo en los tiempos actuales. Así, para el estudio y los comentarios con respecto de los ordenamientos jurídico marciales correspondientes a la época decimonónica, deben tomarse en consideración dos etapas perfectamente diferenciadas: la fase ini-

² CLAVIJERO, 1987, t. 2, p. 219-238.

cial como nueva entidad política, misma a la cual hemos denominado período post Virreinal, y la época de la Reforma.

En cuanto al siglo XX, mismo que acaba de concluir; éste puede ser dividido también en dos grandes etapas: la Revolucionaria, que transcurre desde el inicio de dicho siglo hasta la tercera década del mismo, aproximadamente; y el México contemporáneo o de consolidación de nuestro actual Estado. Procedamos a comentarlos.

2 Siglo XIX o México independiente

Después de concluida la lucha por nuestra independencia, lo cual aconteció en el año de 1821, durante la primera época de vida como nuevo Estado y por un lapso de poco más de tres décadas, 1821–1857, a la cual designamos etapa post Virreinal, continuaron vigentes para regular las múltiples relaciones económicas, jurídicas y sociales existentes, la casi totalidad de las leyes españolas. Esto aconteció, debido a que los primeros gobiernos nacionales y los juristas de aquellos tiempos, aparentemente se preocuparon de manera casi exclusiva de lo relacionado con la materia constitucional (del Derecho público, se le denominaba en aquel entonces) olvidándose de las demás materias que conforman a la ciencia jurídica. Lo anterior lo explica de manera diáfana nuestro ilustre penalista, el maestro don Francisco González de la Vega, quien sobre tal tema asienta:

Natural era que el nuevo Estado nacido con la independencia, se interesara primeramente por la legislación que tendiera a su propia organización, al establecimiento de su ser, existencia y funciones. De ahí que todo el empeño legislativo mirase, primero, al derecho constitucional y administrativo³.

Así, la pervivencia del Derecho hispano en nuestro país operó, además de lo anotado, entre otras razones, porque así se convino y dispuso expresamente en el Plan de Iguala; como por haberse expedido

³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, 1987, p. 18.

una disposición específica del gobierno independiente en el año de 1838, que ratificaba tal situación con respecto a la materia militar⁴.

A – Etapa de 1821 a 1857

Esta época es la de la vigencia plena de la normativa hispana, y refiriéndonos específicamente a las normas militares de aquellos tiempos, que continuaron vigentes de manera total hasta aproximadamente el año de 1852, estas fueron, las Ordenanzas de 1768 u Ordenanzas de Carlos Tercero o Carolinas, mismas que se utilizaron para reglamentar el funcionamiento y la organización del recién constituido ejército nacional; en tanto la Armada o marina de guerra, institución casi inexistente al consumarse la independencia (por carecer el país de embarcaciones), quedaba sometida a las disposiciones de la Ordenanza Naval de 1793. En ambos ordenamientos hispanos se encontraban diferentes normas que aludían a los actos ilícitos que podían cometer los elementos militares, así como sus correspondientes sanciones; esto es, en dicha normativa de gran amplitud temática, se contenía la materia penal militar de aquellos tiempos. Así tenemos que en las ordenanzas Carolinas, el tema que nos ocupa aparece contenido en el tratado octavo, bajo el rubro de: “Las materias de justicia”; en tanto en el ordenamiento naval, esta misma materia se encuentra comprendida en el Título XXXII, lo que también acontece con la Ordenanza de 1802. Disposición esta última, escasamente conocida en nuestro medio.

No obstante la absoluta vigencia que tuvieron en esta época la mayoría de los ordenamientos legales hispanos, ante la grave situación imperante en el país, en donde proliferaron infinidad de actos delictivos propiciados por el cambio de gobierno; en diferentes fechas hubo necesidad por parte de las autoridades recién constituidas de dictar leyes específicas para regular una materia en particular, como sucedió con los asuntos castrenses. Por su importancia en el ámbito jurídico penal general de nuestro país, resulta necesario mencionar

⁴ DUBLÁN Y LOZANO, 1905, t. 1, p. 676 y 771.

que, lograda la independencia, hubo necesidad de dictar una Ley, la de 23 de septiembre de 1823, misma que es mencionada como un importante antecedente de la legislación penal común del país y en donde se dispuso que los tribunales militares conocieran de algunos actos ilícitos realizados por individuos ajenos a la milicia. Lo anterior sucedió, cuando se estableció el juicio militar en contra de los ladrones y salteadores de caminos; ello, en virtud de que tales delitos habían proliferado como consecuencia de la larga lucha por la independencia del país⁵. Así se decretó, que los ladrones en despoblado y los salteadores de caminos que actuasen en cuadrilla, y que además hubiesen cometido el delito de homicidio, al ser aprehendidos por las tropas de la República, que en ese momento era la única autoridad con capacidad para realizar funciones de policía y reprimir tales actos, deberían ser sometidos a juicio ante los Consejos de guerra, sujetándose a lo previsto por la Ordenanza militar (la hispana); y de ser encontrados responsables, deberían ser pasados por las armas, esto es fusilado⁶. Empero, debe precisarse que no todos los sentenciados a muerte fueron fusilados, toda vez que a muchos se les conmutó la pena capital, por otra diversa, como fueron los trabajos forzados, la prisión perpetua, el destierro, o la pena de galeotes. Aquí resulta conveniente abrir un breve paréntesis para mencionar un dato poco conocido, pero eminentemente histórico y jurídico penal, referido específicamente a la Armada de nuestra Patria; mismo que tiene estrecha relación con el cumplimiento de la pena de galeotes, sanción que fue heredada del derecho hispano y que en muchas ocasiones se aplicó como sustitutoria de la de muerte. Y así tenemos que en cumplimiento a tal sanción, nuestro primer buque de gran tonelaje, el navío *Congreso Mejicano*⁷, denominado anteriormente *Asia* en la marina española; ya como buque de guerra nacional, integró parte de su tripulación para realizar el primero y único viaje interoceánico que dicha embarcación efectuó, con algunos individuos que se encontraban cumpliendo una sanción corporal y a los cuales

⁵ ALVAREZ, 1978, t. 2, p. 308.

⁶ DUBLÁN Y LOZANO, 1905, t. 1.

⁷ Grafía común en el siglo XIX, utilizándose también la letra g.

se les denominaba penados o también galeotes⁸. Otro de los ordenamientos legales sobre la materia expedidos en esta etapa como nuevo Estado, que destaca por su singularidad, y por lo tanto merece un breve comentario, es el Decreto de 18 de octubre de 1841, por medio del cual se dispuso que se aplicara en la jurisdicción marcial un prontuario sobre delitos y penas del fuero ordinario (común), en los casos en que los tribunales marciales conocieran de los delitos de lesa majestad divina, lesa majestad humana, blasfemias contra el soberano, traición, moneda falsa, desafío, testigo falso, homicidio y otros más; mismos que también podían ser cometidos por el personal militar durante el servicio. En tal concepto, si esto acontecía, cuando los órganos jurisdiccionales castrenses conocieran de ellos, deberían proceder conforme a las reglas contenidas en el prontuario antes mencionado; para que así se les aplicara a los infractores la sanción exactamente prevista en la ley.

Para concluir con el tema de la pervivencia de los ordenamientos marciales hispanos, debemos aludir brevemente al contenido de la Ordenanza de 1852, la cual ha sido considerada como la primera ordenanza militar nacional, sin serlo en la realidad; toda vez que se trata, del ordenamiento hispano de 1768 a la cual se le incorporaron diferentes disposiciones tanto españolas como mexicanas, dictadas durante el lapso de 1824 a 1852. Y aludiendo a las materias relacionadas con la justicia militar que aparecían contenidas en ella, tenemos que ésta, en su Tratado Octavo, Título décimo, estableció cuales eran los crímenes militares, así como las penas que a tales ilícitos correspondían; haciendo notar que algunos de ellos estaban encaminados a sancionar conductas que afectaban a la religión.

En el título mencionado anteriormente, y bajo el rubro “Crímenes (delitos) militares y comunes, y penas que a ellos corresponden”, se estableció que tales ilícitos eran: blasfemias, juramento execrable por costumbre, robo de vasos sagrados, ultraje a

⁸ Expediente relativo a la capitulación del navío “Asia” al gobierno de Monterrey, llamado después “Congreso Mejicano”, Archivo histórico de la Secretaría de Marina (AHSM), México.

imágenes divinas, ultraje a los sacerdotes, e insulto a lugares sagrados; conductas que propiamente atentaban en contra de la religión. En tanto, los estrictamente marciales ó en contra de la disciplina, serían: Insubordinación, insulto contra los superiores, injuria ó insulto contra ministros de justicia (actualmente serían los funcionarios judiciales), tolerancia ó ausilio (auxilio) de reo prófugo, infidencia, desafíos, falta de puntualidad en acudir a su puesto, abandono de guardia, insulto a salvaguardias, centinela que abandona el puesto, centinela que se deja mudar por quien no sea su cabo, centinela que se halla dormido, centinela que no avisa la novedad que advirtiere, insultos contra centinelas, inducción a riñas, alevosía, consentimiento ó abrigo de un delito, espías, contra la disciplina, robo, desordenes cometidos en marchas, incendiarios, monederos falsos, violencia a mujeres, crimen nefando, testigo falso, robo de armas ó municiones, contrabando, desertión, disimulo malicioso de verdadero nombre, patria, edad ó religión, desertión de soldado cumplido, conato de desertión, y cobardía. Con respecto a los delitos anteriormente enunciados, afirmamos, que la mayoría de ellos han llegado hasta nuestros días, si bien con otras denominaciones; y por otra parte tenemos el caso que la alevosía, que antiguamente era un delito tanto militar como ordinario o común, se transformó, en unión de la premeditación y la ventaja, en agravante. Dicha normativa introdujo escasas modificaciones, respetando con ello, de manera total, la redacción y estructura original del ordenamiento hispano de 1768 y por ende, sus principios doctrinales.

Es necesario mencionar como un dato histórico-jurídico de importancia, por su escaso conocimiento en el ámbito marcial y de la mayoría de las personas, que el ordenamiento de 1852, la Ordenanza, fue el texto jurídico que se utilizó para llevar a efecto el proceso que culminó con el fusilamiento de Fernando Maximiliano de Habsburgo y sus compañeros de aventura imperial⁹. Y en cuanto a los delitos en contra de la religión contenidos en la Ordenanza militar, mismos que ya hemos mencionado; resulta conveniente señalar

⁹ *Proceso de Fernando Maximiliano de Habsburgo y otros*, 1966, p. 5.

que el Código Penal de Veracruz de 1835 o Código Corona, primer ordenamiento de esta naturaleza en el país, conservó tal situación. Toda vez que también contemplaba en su texto algunos delitos en contra de la religión del Estado, la católica; los cuales estaban previstos en los artículos del 217 al 222, y eran entre otros: las ofensas a los ministros, a los objetos del culto, la destrucción de los segundos, la irrupción en los servicios religiosos, el hacer escarnio de imágenes, personas, o textos religiosos, y otros actos similares más¹⁰.

B – La Reforma

En la segunda mitad del siglo XIX surge en nuestra Patria un importante movimiento social al que se le ha denominado de la Reforma, y cuya máxima obra jurídica definitivamente fue la Constitución Federal de 1857; toda vez que con base en ella se modificó, substancialmente, la vida jurídica, política, económica y social de nuestro país; afectando entre otras instituciones, a las fuerzas armadas. De la normativa citada, en materia militar, la acción más importante fue haber decretado el Artículo 13, el cual limitó la jurisdicción marcial; misma que hasta ese momento tenía una amplísima competencia. Lo anterior al determinar, que los tribunales castrenses sólo conocieran de los delitos y faltas que tuvieran exacta conexión con la disciplina militar. Retirándoles así a estos órganos jurisdiccionales, la facultad de conocer de diversos asuntos de naturaleza eminentemente civil, como eran el cumplimiento de las obligaciones contractuales y los juicios sucesorios. En el ámbito estrictamente penal militar, debe anotarse que en esta misma época se expidió también un código penal para el Ejército. Y por último, posteriormente, ya para concluir tal centuria, siguiendo las ideas de las doctrinas imperantes en la época, se procedió a verificar la codificación de la normativa marcial, agrupando en un solo dispositivo legal todos los asuntos, orgánicos, procesales y los estrictamente penales, esto es los delitos y sus sanciones, las penas; surgiendo así lo que se ha denominado tradicionalmente Código de Justicia Militar.

¹⁰ *Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz*, 1996.

Mismo que está considerado doctrinalmente como un ordenamiento jurídico de tipo integral, al reunir en un solo texto materias diversas, aun cuando íntimamente relacionadas. De este tipo de ordenamientos se expidieron cuatro, entre 1892 y 1898, y de esa misma época es también la Ley Penal Militar para la Armada de la República Mexicana, ordenamiento legal escasamente conocido y menos aun estudiado en el ámbito académico nacional.

El licenciado don Luís Velasco Rus, destacado jurista militar de principio del siglo XX, sobre los ordenamientos denominados Códigos de Justicia Militar, promulgados hacia los años finales del siglo décimo noveno, expresa:

Cuatro Códigos de Justicia Militar se han expedido y además del que formando parte de la Ordenanza General del Ejército (1882) se promulgó bajo la administración del General de División Manuel González. En ellos se han adoptado las reglas establecidas en las naciones más adelantadas y los principios del derecho penal moderno, en consonancia con nuestro sistema de gobierno, con los dogmas constitucionales conquistados con la sangre y vida de nuestros soldados en los campos de batalla, y de nuestras costumbres y nuestro modo de ser.

Los ordenamientos a los cuales alude el autor antes mencionado, y que se expidieron de 1892 a 1898, fueron: el de 1892, considerado como el primer código, aun cuando en realidad es el segundo, que inició su vigencia a partir de 1893, y que fuera derogado en 1894. El primer código, propiamente, resulta ser el de 1882, el cual apareció inserto en la Ordenanza de don Manuel González, y fue el primer dispositivo legal que recibió en el ámbito castrense nacional la denominación de código de justicia, y cuyo título oficial fuera: Código de Justicia Militar para el Ejército de los Estados Unidos Mexicanos. Este ordenamiento legal, por su importancia, a nuestro juicio, merece un comentario más amplio; acto que verificaremos posteriormente. Después del código de 1892, se promulgó un tercer ordenamiento que recibió la denominación de Código de Justicia Militar, el de 1894; el cual a su vez, resultó derogado por la legislación penal militar de 1897, misma que en su sustitución, introdujo tres leyes, las de: Organización y competencia de los Tribunales Militares,

Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, y Penal Militar. Contemporánea de las mismas, fue la Ley Penal para la Armada de la República Mexicana, mencionada y comentada, con anterioridad.

Con respecto a estos tres dispositivos legales militares, los hermanos Montoya Aguado, en la obra *Códigos de Justicia Militar de México de 1882 a 2000*, Introducción, página XV, manifiestan, que los ordenamientos legales mencionados no tuvieron vigencia efectiva, en virtud que el general Díaz, decretó:

[...] la suspensión de sus efectos hasta en tanto se considerará oportuno iniciar su vigencia, lo anterior a raíz de que no fue posible su publicación en el Diario Oficial del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, [...] además, que dichas leyes no fueron circuladas entre los encargados de aplicarlas, y por tanto no habían sido suficientemente conocidas y estudiadas por ellos;

motivo por el cual continuó rigiendo el Código de 1894. Finalmente, en el año de 1898 se procedió a la publicación de tales leyes, con las reformas que se consideraron adecuadas, habiendo entrado en vigor en 1899. Estos ordenamientos jurídicos, fueron publicados en un solo libro, al cual se le denominó Código Militar.

Con apoyo en lo anotado, debemos precisar que en el lapso de 1892 a 1898, en realidad, exclusivamente se publicaron dos dispositivos legales con el título de Código de Justicia Militar, el correspondiente a 1892–1893, y el de 1894; toda vez que las tres leyes de 1897–1899, no obstante que se agruparon bajo el mismo sistema de codificación, mantuvieron su denominación original de leyes, así como su particular numeración, y su título, que repetimos, fue únicamente el de Código Militar. Cabe precisar aquí, por ser un dato escasamente divulgado, que el título de Código de Justicia Militar, que se ha adoptado en nuestro sistema jurídico marcial para denominar el agrupamiento de disposiciones jurídicas que regulan lo orgánico funcional de los tribunales marciales, lo inherente al procedimiento ante tales órganos de administración de justicia, y lo estrictamente penal, delitos, delincuentes y penas, definitivamente, resulta ser de origen francés.

C – Influencia doctrinal

Habiendo anotado lo anterior, debe concluirse que durante la mayor parte del siglo XIX, básicamente entre los años de 1821 a 1898, el Derecho Penal Militar Mexicano, y su correspondiente estudio, por cierto muy limitado, giró básicamente alrededor de la legislación marcial hispana, fundamentalmente, de las ordenanzas militares del siglo XVIII; con una breve interrupción, en la cual se aceptaron la legislación y teoría francesas. Así, podemos afirmar que la normativa marcial española y sus principios doctrinales, tuvieron plena y absoluta vigencia hasta finalizar dicho siglo.

Conociendo cuales fueron los principales postulados teóricos que orientaron los estudios del Derecho Penal Militar patrio durante el siglo XIX, estamos plenamente convencidos que varios de los interesantes y bien documentados comentarios vertidos por algunos autores españoles sobre las disposiciones legales de su patria, específicamente los referidos a las Ordenanzas, a las cuales hemos aludido con anterioridad; tales conceptos nos pueden ser de utilidad para comprender mejor la materia penal castrense mexicana, y además, aprovechados en beneficio del presente trabajo. Procedamos a mencionarlos.

a) Aspecto positivo

Sobre el aspecto positivo tenemos la opinión del gran amigo y destacado jurista militar, el Comandante auditor don Antonio Millán Garrido, quién resumiendo los certeros conceptos de diferentes autores de su país, expresa:

En su conjunto, las Ordenanzas – y en particular las de Carlos III – fueron el resultado de un meritorio proceso de elaboración, en el que se supo captar perfectamente, en lo substancial, el espíritu de la profesión militar y el sentido del honor castrense, lo que determinó su prestigio y pervivencia. Es más, de sus principios – fundamentos espirituales en que descansa la administración de la vida militar y el funcionamiento perfecto de los institutos armados – se derivaría una

determinada concepción del Ejército y las normas que habían de regirlo, postuladas y defendidas en ciertos sectores, hasta nuestros días¹¹.

En tal sentido se manifestaba otro destacado autor, don José Núñez de Prado, quién en 1884 al comentar el Código Penal Militar de su patria, expresaba su gran pesar por la substitución que se había realizado de los principios doctrinarios tradicionales contenidos en las viejas ordenanzas, y a su juicio, la inadecuada admisión de las nuevas ideas y tendencias del Derecho Penal común, imperantes en aquella época; algunas de las cuales habían sido trasladadas a las disposiciones punitivas castrenses¹².

b) Aspecto negativo

Por otra parte, haciendo una breve referencia al aspecto negativo de los ordenamientos que venimos comentando y específicamente, en lo relacionado con la materia penal, misma que insistimos, tradicionalmente aparecía contenida en las ordenanzas; tenemos que, el historiador jurídico don Francisco Tomás y Valiente, expresa:

[...] casuística, confusa, acumulativa, con sedimento de siglos medievales, con excesivo margen de arbitrio judicial, con un sistema de penas rígido, [...] sin proporcionalidad en el castigo entre autores, cómplices y encubridores, sin proporcionalidad tampoco entre penas y delitos [...]¹³.

Con relación a este delicado tema, mismo en el cual el tratadista mencionado nos presenta al Derecho Penal Militar de los siglos XVIII y XIX, como algo realmente monstruoso y con varios siglos de atraso; consideramos que resulta conveniente y además indispensable, conocer las principales razones existentes para que dicha materia en aquellos tiempos, se presentara aparentemente de manera tan anormal. Sobre tan importante asunto, don Pablo Casado Burbano nos ilustra al manifestar: “La materia penal de las Ordenanzas ha

¹¹ MILLÁN GARRIDO, 1993, p. 11.

¹² NÚÑEZ DE PRADO, 1884, p. LXIII.

¹³ TOMÁS Y VALIENTE, apud CASADO BURBANO, 1988, p. 36.

sido muy criticada. Inmersa en una obra de tal envergadura y de tantos aciertos, no resulta fácil valorarla, pero, en cualquier caso, no adolece de mas defectos que los propios de la legislación punitiva de su época”¹⁴. Con apoyo en lo expresado por este último tratadista y según nuestro particular criterio, y además, partiendo de los antecedentes históricos y jurídicos con los cuales contamos, concluimos que el Derecho penal en general, y no sólo el castrense, durante la mayor parte del siglo XIX, adoleció del grave defecto de ocuparse escasamente por las personas y los hechos ilícitos, en tanto que su máxima preocupación resultaba ser y en exceso, lo drástico de las sanciones. Para corroborar nuestro aserto, ténganse presentes las certeras opiniones vertidas sobre tal situación, por Beccaria en Francia y nuestro insigne Lardizábal en España y sus tierras americanas, con referencia al aspecto punitivo imperante en aquellos tiempos; así como la siempre conmovedora historia narrada en la clásica obra de Víctor Hugo¹⁵. Dentro de la sucinta exposición que venimos realizando debe resaltarse el hecho de que tanto la legislación, como la doctrina española, mismas que habían venido imperando de manera absoluta e indiscutible entre nuestros juristas militares hasta ese momento, repentinamente, resultaron interrumpidas, tanto en su estudio, como aceptación, aun cuando esto haya acontecido brevemente; todo ello, en virtud de que durante el efímero imperio de Maximiliano de Habsburgo, precisamente en el año de 1863, se dispuso que se aplicara en nuestra patria el Derecho militar francés, y de manera específica el Código de Justicia Militar de aquel país correspondiente al año de 1857, ordenamiento legal que fuera traducido expresamente para su debido cumplimiento por los elementos del Ejército Mexicano¹⁶. Este ordenamiento jurídico, escasamente conocido y analizado en nuestro medio, está compuesto de cuatro libros; el primero, se refiere a la organización de los tribunales mili-

¹⁴ CASADO BURBANO, 1988, p. 36.

¹⁵ BONESANO (Marques de Beccaria), 1995; LARDIZÁBAL Y URIBE, 1982; y HUGO, 1976.

¹⁶ *Código de Justicia Militar del Ejército francés*, traducido al castellano de orden de S.M. el Emperador Maximiliano I, por el general Manuel Zabala, coronel José Ignacio Serrano y teniente coronel Luis de la Piedra, Imprenta de A. Boix, a cargo de Miguel Zornoza, México, 1864.

tares, y comprende del artículo 1º, al. 52; el segundo, aparece contenido en los artículos del 53 al 82, y trata de lo inherente a las reglas de competencia de los mismos tribunales; el tercero, alude al procedimiento ante los órganos jurisdiccionales y está previsto en los artículos del 83 al 184; y por último, la parte estrictamente penal, esto es, los crímenes, delitos y penas marciales, que corresponde al libro cuarto, está inmerso en los artículos del 185 al 277. En tal código se establece que los actos ilícitos que pueden cometer los elementos pertenecientes a la milicia, y los asimilados, pueden ser crímenes o delitos; en consecuencia las penas que les corresponden para unos u otros, son diferentes. Aun cuando en ocasiones se les denomina indistintamente con uno u otro nombre, tal como acontece con los crímenes o delitos contra el deber militar, previstos en los artículos del 200 al 216. Este ordenamiento legal introdujo en el medio jurídico marcial de nuestro país, las agravantes y atenuantes, determinó que los tribunales militares impondrían las penas que se expresan en las leyes penales ordinarias o comunes, para todos los crímenes o delitos no previstos en el código castrense. En materia orgánica, dispuso el establecimiento del Consejo de guerra permanente, el preboste, la policía judicial militar, y las funciones del Ministerio Público, en la persona del comisario imperial; y otras figuras jurídicas más, que posteriormente fueron cabalmente admitidas en los ordenamientos que adoptaron la denominación de Código de Justicia Militar. Por nuestra parte estamos plenamente convencidos, que la traducción de tal normativa penal, fue aprovechada para elaborar el código marcial que aparece contenido en la Ordenanza militar de 1884.

Este último ordenamiento resulta de relevancia, en virtud que por primera ocasión en nuestro país, se utilizó la denominación de Código de Justicia Militar para este tipo de normas jurídicas, lo cual originalmente sólo se había efectuado en el Código de Maximiliano; también se adoptaron del mismo ordenamiento legal, figuras tales como el preboste, de origen netamente francés; la policía judicial militar; el Ministerio Público militar; el recurso de casación; se modificaron las denominaciones de algunos delitos contenidos en la Ordenanza de 1852, adoptándose los nombres galos; y por otra parte se incluyeron en el ámbito marcial, por primera vez en un ordenamiento mexicano,

las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal y las agravantes. El dispositivo legal que nos ocupa, tiene la novedad de haber presentado la lista de delitos en orden alfabético, sin atender a ninguna clasificación. Desde luego resulta conveniente mencionar que en esa época, se encontraba en vigor en el fuero común y federal, el Código Penal de 1870, mejor conocido en el medio, como el Código de Martínez de Castro; ordenamiento que también recibió la influencia de la doctrina y legislación gala, imperante en aquel momento en la mayoría de los países latinos, incluyendo a España.

En cuanto al aspecto estrictamente académico y doctrinal, debe señalarse que posteriormente, casi al finalizar el siglo XIX, llegó a México la clásica obra del jurista francés M.P. Pradier-Fodéré, los célebres Comentarios sobre el Código de Justicia Militar de 1857, editada en 1873¹⁷; situación que propició que algunos de los postulados allí expresados, principalmente, en lo referente al ámbito penal y lo orgánico judicial, fueran aceptados cabalmente por nuestros escasos estudiosos de la materia jurídico militar, básicamente, por su novedad y especial contenido. Habiendo ejercido, posteriormente, ya en el siglo XX, una fuerte influencia en la doctrina legal castrense de nuestro país.

3 Siglo XX o México contemporáneo

El siglo XX, en el aspecto histórico nacional, puede ser dividido en dos grandes épocas atendiendo a un sinnúmero de acontecimientos verificados en nuestro país, entre los cuales sobresalen por su impacto social, el movimiento armado que históricamente se conoce como la Revolución Mexicana de 1910, y posteriormente la consolidación de nuestro actual Estado. En lo referente al estudio del Derecho militar, éste debe ser subdividido en tres etapas, mismas que a continuación enunciamos. La primera transcurre desde el inicio del siglo que nos ocupa, hasta que finaliza la segunda década del mismo; y se caracterizó, fundamentalmente, por la pervivencia de las normas legales promulgadas durante el gobierno del general Díaz.

¹⁷ PRADIER-FODÉRÉ, 1873.

La segunda, corresponde al lapso comprendido entre 1926 a 1955, y se inicia, con la entrada en vigor de los ordenamientos dictados para modificar tanto las instituciones castrenses, como las normas penales, procesales, y de organización y funcionamiento de la jurisdicción marcial, la mayoría de las cuales habían permanecido intocadas desde que fueron promulgadas; y se cierra en 1955, fecha en la cual dejó de publicarse el Boletín Jurídico Militar, importante órgano de difusión, y para quien esto escribe, de gran trascendencia en el aspecto académico y doctrinal, por la amplia actividad que realizó con respecto a divulgar las disposiciones legales castrenses, así como de la escasa, pero no por ello menos importante doctrina generada con motivo del estudio y análisis de dichos ordenamientos. Finalmente, la tercera, se inicia al desaparecer la publicación antes mencionada y llega hasta el momento actual. Procedamos a formular algunos comentarios, siguiendo la distribución temática propuesta de las tres épocas más importantes de la legislación castrense nacional del siglo que acaba de concluir, y sus correspondientes estudios.

A – Primera etapa

La *primera etapa* es el período de vigencia de la legislación militar porfirista y transcurre, como ya se asentó, del año de 1900 a 1926, ya que durante la denominada Revolución de 1910, continuaron vigentes los ordenamientos legales castrenses dictados en el gobierno del general Díaz, esto es la legislación de 1901, constituida por la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares, la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, y la Ley Penal Militar; entre las cuales destacó la última, en virtud que la misma se aplicó indistintamente, tanto para los elementos pertenecientes al Ejército federal, constituida por militares profesionales, al menos los cuadros de la oficialidad; como para los individuos que integraban los diferentes grupos revolucionarios, cuya mayoría eran personas provenientes de la vida civil y ajenas a la milicia. Los tres ordenamientos mencionados, quedaron agrupados en un solo libro, constituyendo así, lo que tradicionalmente se conoce como un código, en el cual apareció el texto íntegro de las tres leyes. Con

esto, cada una de estas disposiciones legales contenidas en el ordenamiento denominado Código de Justicia Militar, mantuvieron su designación específica de ley; y desde luego, conservaron su propio y especial articulado, así como su correspondiente numeración. La Ley de Organización y competencia, tiene 137 artículos y tres transitorios; la de procedimientos, cuenta con 598 preceptos, y ocho transitorios; en tanto la ley penal militar, apareció con 402 artículos y tres transitorios. Con relación a esta última disposición legal, existe el dato de que sus redactores se inspiraron para su elaboración, fundamentalmente, en el Código Penal mexicano de 1870, y en el de Justicia Militar del ejército español de 1890.

El licenciado don Luis Velasco Rus, uno de los pocos estudiosos de la Ley Penal Militar de 1901, manifiesta, que los fundamentos filosóficos que inspiraron al ordenamiento marcial que nos ocupa, son exactamente los mismos del código de 1870, mejor conocido en nuestro medio académico como el Código de Martínez de Castro; el cual se elaboró, básicamente, apoyándose en los principios de la Escuela clásica, misma que consideraba que la sociedad tenía el derecho de castigar. Dicha corriente doctrinal estableció la existencia de una justicia absoluta y de utilidad social, que concebía a la pena con un doble objeto, ser ejemplar y correctivo. Bajo esta óptica, se admitió el principio de que la sociedad tiene el derecho de castigar al culpable que lo merezca, lo cual resulta justo y útil para la colectividad. Esta doctrina, a la cual también se le denomina correccionalista y utilitaria, fue defendida por diversos y renombrados autores, entre otros Ortolan; quien a su vez, hizo suyos los postulados utilitarios de Bentham, quien sostenía: “Lo que justifica la pena (sanción o castigo), es su utilidad, o mejor aun su necesidad”¹⁸. En tal virtud, la orientación de nuestro código marcial de 1901, fue en el sentido de que el ejército, considerado en aquella época como una sociedad perfecta, la sociedad militar, tenía el derecho y la obligación de castigar a los culpables que afectasen a la disciplina; lo cual resultaba útil y benéfico para su conservación. Estos principios orientan hasta nuestros días a las diferentes disposiciones legales que

¹⁸ *Código de Justicia Militar*, anotado por el licenciado Luis Velasco Rus y coronel Antonio Carreón, 1903, t. 2, p. 23.

regulan la disciplina militar, básicamente, al Reglamento General de Deberes Militares, común para las tres fuerzas armadas del país; y aparentemente, tuvieron sus orígenes en la doctrina francesa, la cual a su vez, inspiró al Código de Justicia Militar de dicho país, promulgado en 1857. Orientación doctrinal que también encontramos contenida en la legislación española, fundamentalmente, en las Ordenanzas del siglo XVIII; mismas, que a decir de sus comentaristas, se preocuparon en exceso de la penalidad, y escasamente de los infractores.

Por otra parte, el dispositivo marcial de 1901 resulta ser similar al código hispano sobre la materia, de 1890, según apreciación del general don Francisco Jiménez y Jiménez, quien sobre este último dispositivo legal manifiesta, que es: “[...] amplio y casuístico”¹⁹. El ordenamiento penal mexicano contiene 402 artículos, los cuales aparecen contemplados en dos libros, el primero es la parte general, en tanto el segundo, resulta ser la parte especial; lugar en donde encontramos los delitos específicamente militares. Finalmente, el ordenamiento de 1901, en buena parte sirvió para elaborar nuestro actual Código de Justicia Militar, que data de 1934; fundamentalmente, en lo concerniente a los delitos y la penología. Desde luego, debe expresarse que durante la etapa revolucionaria existió una legislación del denominado Ejército Constitucionalista, que básicamente fueron las diferentes disposiciones legales dictadas por don Venustiano Carranza en el período comprendido entre 1913 a 1917, en su carácter de Primer Jefe de dicho ejército, y encargado del Poder Ejecutivo Federal; quien haciendo uso de las facultades extraordinarias que le habían sido conferidas en el Plan de Guadalupe, procedió a promulgar dicha normativa a efecto de que las conductas ilícitas tanto de los elementos pertenecientes al bando revolucionario, como de la población en general del país, no quedaran impunes. Y así, realizó las siguientes actividades legislativas en materia marcial: restableció la plena vigencia de la legislación de 1901, y asignó a los tribunales militares, los asuntos penales federales.

¹⁹ JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, 1987, p. 135.

a) Restablecimiento de la legislación porfirista

El Presidente Carranza, ordenó se pusieran en vigor nuevamente las Leyes de 1901, con algunas modificaciones. De entre estas últimas, la de mayor importancia, sin lugar a duda, fue la que dispuso que continuarían substanciándose los diferentes procesos instruidos hasta el momento de la publicación del decreto antes mencionado y que se encontraran en trámite ante los tribunales militares creados de manera especial por los gobiernos estatales, y que habían quedado refundidos en las dependencias de los diferentes Cuerpos de Ejército del bando revolucionario; procesos que seguirían tramitándose conforme a la legislación que les había dado origen, pero debiéndose ajustar en lo que fuere posible, a las prescripciones de la Ley de Procedimientos penales en el Fuero de guerra²⁰. En síntesis, volvió a regir plenamente la legislación penal militar de la etapa porfirista.

b) La jurisdicción marcial y los delitos federales

El 31 de julio de 1914 se decretó que los jueces de instrucción militar, conocieran de los delitos del orden federal cometidos por los paisanos (civiles), siempre que los reos no debieran ser juzgados conforme a la ley de 25 de enero de 1862; ordenamiento legal que dispuso la pena de muerte para quien atentase en contra de la independencia y seguridad de la nación. La disposición del Presidente Carranza tuvo su origen en el hecho de que habiendo desaparecido los Poderes de la Unión, entre ellos los tribunales federales, los delitos que habían sido de su competencia podrían quedar impunes. Para evitarlo, se ordenó que todas las funciones otorgadas a los Jueces, agentes del Ministerio Público y Defensores de oficio del Fuero federal, quedaban asignadas a los órganos de administración de justicia del Fuero de guerra; en tanto el procedimiento correspondiente se regularía conforme a las disposiciones previstas en el Código Federal de Procedimientos

²⁰ *Leyes de Organización y Competencia de los Tribunales Militares, de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y Penal Militar (1901)*, 1920, p. 393-412.

Penales de 1908²¹. Con la acción anterior, se repitió la historia de la Ley de 23 de septiembre de 1823, por la cual se otorgó competencia a los órganos judiciales militares para conocer de asuntos en los que aparecían involucrados los paisanos. Hoy tal situación está prohibida expresamente por el Artículo 13 Constitucional.

B – Segunda etapa

La *segunda etapa* es el lapso que se inicia a partir del año de 1926 y concluye en 1955, teniendo su fase más sobresaliente entre los años de 1926–1929 y 1933, en virtud de que fue en ese tiempo cuando se elaboraron la mayoría de los ordenamientos legales que han regido para las Fuerzas Armadas Mexicanas; fundamentalmente, en materia penal. Así, este período es la época dorada de nuestro Derecho militar, tanto por las leyes que se promulgaron, como por la doctrina que sobre los mismos se elaboraron. El auge que mencionamos, en el aspecto legislativo, se inicia con la publicación de los ordenamientos relacionados con la organización de la institución militar, y lo inherente a reglamentar el Fuero de Guerra; y así tenemos, que en el año de 1926 se promulga la Ley Orgánica del Ejército y Armada Nacionales, en donde nuevamente se incluyó formando parte integrante de tal institución, a la Armada Nacional, hoy Armada de México. Posteriormente, en el mes de julio de 1929, aparecen publicadas diversas leyes referidas al Fuero de Guerra. Este período de revisión concluye en 1933–1934, con la elaboración, promulgación y entrada en vigor del Código de Justicia Militar, mismo que aun se encuentra vigente.

En opinión de algunos tratadistas, tales normas, lo único que hicieron fue crear una verdadera atomización de la legislación militar, ocasionando con ello, la pérdida de una perfecta compilación legal, además, de un sistema adecuado para conocer y aplicar las diversas disposiciones que rigen una institución militar; para confirmar nuestra afirmación transcribimos la siguiente opinión: “Estas

²¹ Idem.

leyes, lo único que hicieron fue aumentar la dispersión legislativa existente sobre la materia; por [...]”²².

De entre los ordenamientos legales que hemos mencionado, a nuestro juicio, sobresale por su contenido la Ley Orgánica de los Tribunales Militares de 22 de junio de 1929; y por lo tanto merece algunos comentarios. Se inspiró en la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares de 20 de septiembre de 1901, que continuaba vigente según ya se asentó. En la ley de 1929, se estableció, que la Justicia Militar sería administrada por el Supremo Tribunal Militar, los Jurados militares ordinarios y extraordinarios y por los Jueces militares. Retornando así, a los principios contenidos en la ley de 19 de Enero de 1869, la cual dispuso el establecimiento de dos jurados militares; uno que calificaría el hecho, y otro que determinaría la pena²³. El ordenamiento legal de 1929, con posterioridad, fue severamente cuestionado, por haber retornado a la figura de los Jurados Militares, mismos que a juicio de los expositores del Código que nos rige, no eran los organismos idóneos para administrar justicia en el ámbito castrense, y sobre tal tema expresaron lo siguiente:

La institución del Jurado, por su origen igualitaria y democrática, pugna con la organización del Ejército que se cimienta en una escala jerárquica, pues no puede existir un conjunto armado mientras no haya una constante diferencia de categorías en sus elementos; es decir, quien mande, y quien obedezca; la decisión en conciencia no concuerda con la calidad de los militares, puesto que estos son y deben ser siempre profesionales, como lo expresan los artículos 6 y 7 de la Ley del Ejército y Armada Nacionales, y por último, la falta de responsabilidad de los componentes del jurado inclina a una exagerada benevolencia para los reos. A estas razones pueden agregarse en contra de la institución, las numerosas que diversos tratadistas aducen en relación con el jurado en los órdenes común y federal²⁴.

²² VÉJAR VÁZQUEZ, 1948, p. 103.

²³ GUTIÉRREZ FLORES ALATORRE, 1876, p. 318.

²⁴ LÓPEZ LINARES y VÉJAR VÁZQUEZ, 1955.

Empero, aun cuando no se aceptaron los jurados, varias de sus funciones y correspondientes preceptos legales, se incorporaron al Código de Justicia Militar vigente; para ser aplicados a los tradicionales Consejos de Guerra.

En el año de 1933, durante el gobierno del general don Abelardo L. Rodríguez, se concluyó la elaboración del código mencionado anteriormente, con vigencia a partir del año de 1934; ordenamiento que regula al llamado Fuero de guerra, por lo cual afirmamos, resulta ser la ley reglamentaria del segundo párrafo del Artículo 13 Constitucional. El citado dispositivo tuvo por objeto, según sus expositores, agrupar las normas dispersas existentes respecto a la organización y funcionamiento de los tribunales militares; la parte general o doctrinaria del derecho penal marcial, los preceptos referentes a los delitos en contra de la disciplina castrense y sus respectivas penas; y finalmente, el procedimiento ante los órganos encargados de la administración de la justicia militar. En tal concepto, este código resulta ser el fruto del trabajo realizado por una comisión designada expresamente para revisar y sustituir la legislación de 1901 y 1929, respectivamente; y tuvo la pretensión de formar un todo armónico más fácil de estudiar por el interno enlace de las materias que lo constituían y de más sencilla y breve aplicación. Con respecto a los ordenamientos que derogaba, procedió a reunir en una sola normativa las leyes vigentes a partir de 1901, la Penal Militar; y las correspondientes a 1929, la Orgánica del Ministerio Público y Cuerpo de Defensores Militares, la Orgánica de los Tribunales Militares, y la de Procedimientos penales en el Fuero de guerra; esta última, según afirmaron los encargados de su revisión, no comprendía toda la materia que necesariamente le correspondería, puesto que de manera expresa estableció, que en forma supletoria se aplicaría el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, de 15 de septiembre de 1894. En tal concepto, el código de 1934, técnicamente, presenta en un texto único, las leyes orgánicas de los tribunales, la penal y la procesal; por lo cual, en sólo 923 preceptos legales contempla todo lo referente al Fuero de guerra. Lo anterior se realizó, según afirmación de los comentaristas del ordenamiento que nos ocupa, para evitarle severos trastornos al personal militar, puesto que el mismo

[...] está obligado a conocer las leyes que en el ramo nos rigen, y no pueden cumplir con ese deber por la dispersión de aquéllas. A facilitar su estudio y su cita tendió el esfuerzo de los comisionados, reuniendo en un solo Código los tres aspectos fundamentales, Organización y competencia, Penal, y Procedimientos, con una sola numeración de articulado; de este modo quedamos en iguales condiciones que los países civilizados que tienen fuero de guerra, en todos los cuales rige en la materia una sola ley con la denominación de Código de Justicia Militar²⁵.

Los mismos expositores, al referirse específicamente a la materia penal contenida en el ordenamiento sujeto a comentario, expresaron:

Los motivos de la subsistencia del fuero de guerra y el fin que constitucionalmente se fija a éste, impiden que la parte penal de este Código se ajuste con amplitud a las tendencias modernas. La redacción de ella no sigue exclusivamente ninguna escuela, ni sistema penal, ni doctrina, pues más bien se adapta a un eclecticismo que la realidad señala como el más eficaz²⁶.

Estos son en esencia, los datos más importantes respecto a los motivos y contenido que influyeron en la década de los años treinta, para redactar el ordenamiento marcial que actualmente nos rige en materia orgánica, penal y procesal.

Los principios doctrinales que orientan al código marcial en vigor, atendiendo a sus antecedentes legislativos, son: La Ley penal militar de 30 de agosto de 1897 y posteriormente la de idéntica denominación de 1901; las cuales a su vez, se inspiraron en el ordenamiento penal militar hispano de 1890. Empero, los ordenamientos militares de 1897 y 1901, respectivamente, recibieron también la influencia del Código Penal de 1870, mejor conocido en nuestro medio académico como el Código de Martínez de Castro. Por otra parte, el ordenamiento penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, de 1931, hoy separados; también se utilizó para la redacción del código del Fuero de guerra, de 1933, básicamente en la Parte General.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

Aludiendo a nuestro ordenamiento marcial en vigor, el tratadista hispano General Consejero Togado don Francisco Jiménez y Jiménez, al analizarlo, expresa, que es similar al Código Militar Español de 1890; lo cual propicia que sea amplio y casuístico, aun cuando presenta indudables mejoras que le permitieron servir de modelo para la elaboración de diversas disposiciones penales castrenses de países hispano americanos²⁷. Por su parte el comandante Millán Garrido, con respecto al mismo código hispano, afirma, que en gran medida dicho ordenamiento retornó al viejo sistema ordenancista, por haber restablecido el máximo rigor de las penas, marginando los principios penales básicos en aras del mantenimiento de la disciplina²⁸. No obstante los defectos que menciona Millán Garrido, el general Jiménez y Jiménez, considera que el multimencionado ordenamiento de 1890, también presentó grandes avances en la materia; entre otros, por el hecho de haber transformado muchos delitos y penas en faltas a la disciplina sancionándolas con correcciones. Con apoyo en los conceptos vertidos por los tratadistas hispanos, es posible aseverar que nuestro código marcial en vigor, se sustenta en principios doctrinales con mas de una centuria de existencia, con sus virtudes y defectos; motivo por el cual en el futuro, necesariamente requiere de una profunda revisión para actualizarlo.

C – Tercera etapa

La *tercera etapa*, resulta ser la contemporánea, y en materia estrictamente penal se caracteriza por el hecho de que desde que se promulgó el Código de Justicia Militar en 1934, ha mantenido casi íntegro su texto original, toda vez que ha sido modificado en muy pocas ocasiones; no obstante que sus bases doctrinales, insistimos, corresponden a las existentes en el siglo XIX. Algunas reformas fueron realizadas en el año de 1999.

²⁷ JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, 1987, p. 41.

²⁸ MILLÁN GARRIDO, 2001, Prólogo a la Primera edición, p. 22.

Estas notas, consideramos, quedarían incompletas si se omitiera aludir brevemente a la orientación doctrinal que ha servido para elaborar nuestras normas punitivas marciales y el actual Derecho Penal Militar, mismos que están inspirados, básicamente, en la legislación hispana del siglo XIX; pero también, poseen alguna influencia francesa de esa misma época.

Así, consideramos que, fueron básicamente las ideas de los autores hispanos las que tuvieron una decisiva influencia en nuestro medio académico durante largo tiempo, sobresaliendo, las expuestas por don Angel Salcedo y Ruiz sobre la Teoría de la Autonomía, don Nicasio Pou Ribas quien analizó en forma pormenorizada a los tribunales marciales, y sobre todo, las vertidas por el maestro don Ricardo Calderón Serrano; este último, con sus cuatro magníficas obras elaboradas en la década de los años cuarenta, siendo de relevancia para efectos de esta reseña, el *Derecho Penal Militar, Parte General* (Ediciones Minerva, S.R.L. México, 1944); y que necesariamente siguen siendo consultados por quienes de la materia nos ocupamos. Sobre tales textos, en forma acertada Millán Garrido opina: “[...] la obra jurídico militar más importante elaborada hasta ahora en Latinoamérica”²⁹; y por nuestra parte agregamos, aparentemente, la única. En tales textos académicos se analiza con profundidad y objetividad, nuestro sistema legal militar. Otros autores que también influyeron para la elaboración de nuestra doctrina jurídica marcial, son los franceses, Pradier-Fodéré, a través de su libro los *Comentarios* (...), porque muchos de los argumentos expuestos por él, sirvieron para elaborar el Código que rige la materia penal marcial; y en la década de los años treinta, Pierre Huguenev, con su obra *Traité de Droit Penale et de Procedure Penale Militaires*, la cual se utilizó como libro de consulta para elaborar diversas tesis profesionales.

Finalmente, para tener una idea amplia sobre los antecedentes, el contenido, y el procedimiento seguido para redactar el código marcial vigente, necesariamente debe recurrirse a la exposición realizada por el maestro y general don Octavio Véjar Vázquez, y don Tomás López

²⁹ MILLÁN GARRIDO, 1996, p. 126-136.

Linares, ambos participes en la elaboración del ordenamiento legal que nos ocupa; quienes además, son autores de la exposición respecto a lo más relevante del mismo dispositivo, y que denominaron: Breves consideraciones sobre el Código de Justicia Militar, mismas que aparecieron publicadas, en la edición oficial de 1934³⁰. En dicho trabajo se esbozan los principios tanto legales como doctrinarios que se utilizaron para la redacción de la normativa que nos ocupa; algunos de los cuales han quedado mencionados en las anteriores notas.

Referências

ABARCA, Ricardo. *El Derecho Penal en México*. México: Editorial Jus, 1941.

ÁLVAREZ, José María. *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*. Edición facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826. México: Universidad Nacional Autónoma de México (Unam), 1978. t. 2.

ARCHIVO HISTÓRICO DE LA SECRETARÍA DE MARINA (AHSM). *Expediente relativo a la capitulación del Navío Asia al gobierno de Monterrey, llamado después “Congreso Mejicano”*.

BLECUA FRAGA, Ramón; RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis (Coord.). *Comentarios al Código Penal Militar*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

BONESANO, César (Marques de Beccaria). *Tratado de los delitos y las penas*. 6. ed. facsimilar. México: Editorial Porrúa, 1995.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*: parte general. dos tomos, México: Antigua Librería Robredo, 1962. 2 t.

CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos de Derecho Penal*: parte general. 14. ed. México: Editorial Porrúa, 1987.

CENICEROS, José Angel; GARRIDO, Luis. *La ley penal mexicana. Criminalia*, México, 1934.

CLAVIJERO, Francisco Javier. *Historia antigua de México*. México: Editorial Porrúa, 1987. t. 2.

³⁰ LÓPEZ LINARES y VÉJAR VÁZQUEZ, 1955.

- DUBLÁN, Manuel; LOZANO, José María. *Legislación mexicana*. Edición oficial de la Secretaría de Justicia. México: Talleres tipográficos de A. García Cubas, Sucesores hermanos, 1905. t. 1
- ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. *Apuntes para la historia del Derecho en México*. México: Editorial Porrúa, 1984. 2 t.
- GUTIÉRREZ FLORES ALATORRE, Blas José. *Apuntes sobre los Fueros y tribunales militares, federales y demás vigentes en la República*. México: Imprenta de J. M. Ortiz, 1876. 4 t.
- HUGO, Víctor. *Los miserables*. México: Editorial Porrúa, 1976. (Colección “Sepan Cuantos...”, n. 77).
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco. *Introducción al Derecho Penal Militar*. Madrid: Editorial Civitas, 1987.
- KOHLER, José. El Derecho de los Aztecas. [Traducción Carlos Rovalo y Fernández.] *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, México, 1924.
- LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas*. 1. ed. facsimilar. México: Editorial Porrúa, 1982.
- MACEDO, Miguel S. *Apuntes para la historia del Derecho Penal en México*. Editorial Cultura, México, 1931.
- MARGADANT S., Guillermo F. *Introducción a la historia del Derecho mexicano*. México: Editorial Esfinge, 1984.
- MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio. *Exposición de motivos del Código Penal de 1870*. México: Herrero Hermanos Sucrs, s.f.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio. *Ordenanzas Militares*. Madrid: 1993.
- _____. *Justicia Militar*. 5. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2005.
- _____. El Boletín Jurídico Militar de México. *Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, n. 68, 1996.
- NÚÑEZ DE PRADO, José. Estudio sobre el Derecho Militar. In: *Código Penal Militar*. Madrid: Biblioteca Judicial, 1884.
- PRADIER-FODÉRÉ, M. P. *Commentaire sur le Code de Justice Militaire*. Paris: Librairie Militaire de J.M. Dumaine, 1873.

PROCESO de Fernando Maximiliano de Hapsburgo, Miguel Miramón y Tomás Mejía. México: Editorial Jus, 1966.

SCHROEDER CORDERO, FRANCISCO ARTURO. *Concepto y contenido del Derecho Militar*. México: Editorial Stylo, 1965.

SODÍ, DEMETRIO. *Procedimientos federales*. México: Imprenta de la Secretaría de Fomento, 1912.

VÉJAR VÁZQUEZ, OCTAVIO. *Autonomía del Derecho Militar*. México: Editorial Stylo, 1948.

VILLALOBOS, IGNACIO. *Derecho Penal Mexicano*. México: Editorial Porrúa, 1990.

Legislación

a) Códigos y ordenanzas militares

Código de Justicia Militar. Leyes de Organización y Competencia de los Tribunales militares y de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra. Ley Penal Militar. Anotado por el licenciado Luis Velasco Rus y coronel Antonio Carreón. 1. ed. México: Herrero Hermanos Editores, 1903. 2. t.

Código Mexicano de Justicia Militar, Concordado. Con las breves consideraciones sobre el Código de Justicia Militar, expuestas en la edición oficial de 1934, por los abogados Tomás López Linares y Octavio Véjar Vázquez, miembros de la comisión revisora del mismo. 3. ed. México: Editorial Información Aduanera de México, 1955.

Leyes de Organización y Competencia de los Tribunales Militares, de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, y Penal Militar. Edición oficial. México: Secretaría de Guerra y Marina, 1920.

Leyes Orgánicas: del Ministerio Público y Cuerpo de Defensores Militares; de los Tribunales Militares; de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra. *Diario Oficial de la Federación*, de 22 jun. 1929 (AHSM).

Ley Penal para la Armada de la República Mexicana. Edición oficial, ago. 1897.

Ordenanza de la Marina de Guerra de los Estados Unidos Mexicanos. México: Imprenta de “El siglo Diez y Nueve”, 1892.

Ordenanza militar, para el régimen, disciplina, subordinación y servicio del Ejército. México: Imprenta de Vicente G. Torres, 1852.

Real Ordenanza naval para el servicio de los baxeles de S.M. Dublán y Lozano. Legislación mexicana. México: Secretaría de Justicia, 1905. t. 1.

Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de ejército y provincia en el reino de Nueva España de 1786. Impresión facsimilar. México: Unam, 1984.

MONTOYA AGUADO, J.A.; MONTOYA AGUADO, B. (Comp.). *Códigos de Justicia Militar en México.* México: McGraw Hill, 2000.

ZABALA, Manuel; SERRANO, José I.; DE LA PIEDRA, Luís (Trad.). *Código de Justicia Militar para el Ejército Mexicano.* [Código de Justicia Militar del Ejército Francés, traducido al castellano de orden de S.M. el Emperador Maximiliano I]. México: Imprenta de A. Boix, a cargo de Miguel Zornoza, 1864.

b) Códigos penales del fuero común y federal:

Código Penal. Anotado por Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1971.

Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz. Reimpresión. Editora del gobierno del Estado de Veracruz “Llave Xalapa” Enríquez, 1996.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Concordado por Rafael de Pina. México: Ediciones Cicerón, 1953.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Código Penal comentado.* México: Editorial Porrúa, 1987.

Transação penal e *apropriação indébita previdenciária*

José Raimundo Leite Filho*

O presente texto é motivado pelo artigo intitulado “A transação penal nos crimes de apropriação indébita previdenciária”, publicado no *Boletim IBCCRIM* n. 158, de janeiro de 2006, páginas 8-9, de autoria do ilustre colega Jefferson Aparecido Dias, Procurador da República em Marília/SP, em conjunto com o ilustre Juiz Federal Vanderlei Pedro Costenaro, da Subseção Judiciária de Tupã/SP.

Naquele texto, afirmam os autores que o crime de *apropriação indébita previdenciária* de pequena monta, cujo valor das contribuições devidas – incluindo acessórios – seja igual ou inferior ao estabelecido administrativamente pela Previdência Social como limite mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais, assim definido no inciso II do § 3º do art. 168-A do Código Penal, constitui *infração de menor potencial ofensivo*, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001.

Essa conclusão, na avaliação dos autores, tem suporte normativo na redação do citado § 3º, inciso II, *verbis*:

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena, ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – [...];

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

* José Raimundo Leite Filho é especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina, pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Procurador da República no Maranhão, integrante do Conselho Penitenciário do Estado do Maranhão e professor de Direito Processual Penal na Faculdade São Luís.

A inteligência do dispositivo, conducente à conclusão anteriormente indicada, pelos próprios autores, no essencial:

Defendemos que na segunda parte do § 3º, o legislador, ao facultar ao juiz “aplicar somente a (pena) de multa”, regulamentou expressamente a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de apropriação indébita previdenciária, criando uma forma privilegiada do referido crime, por isso específica, no qual a pena máxima a ser aplicada será a de multa, e não mais a pena privativa de liberdade prevista no *caput*.

Ao fundamento de que a “pena máxima cominada é a de multa”, prosseguem os autores, aquela forma privilegiada do ilícito admitiria transação penal e suspensão condicional do processo, benefícios definidos na Lei n. 9.099/1995, e estaria submetida ao prazo prescricional de dois anos (CP, art. 114, I).

A tarefa de investigar o âmbito de proteção da norma penal, como discurso normativo, “normalmente, não produz um *único* resultado ‘correcto’, mas uma *pluralidade* de resultados ‘toleráveis’”¹, com sensíveis reflexos metodológicos, à vista da recorrente discussão acerca da existência de um eventual critério interpretativo prevalente².

Amparado nessa premissa, oferece-se adiante ponto de vista distinto da conclusão alcançada naquele artigo.

O § 3º, inciso II, do art. 168-A do Código Penal não tipifica crime privilegiado suscetível de identificar-se como infração de menor potencial ofensivo, categoria jurídica esta definida pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001.

A compreensão *lógico-sistemática* daquela norma repele a afirmação de que a punibilidade máxima do crime de *apropriação indébita previdenciária* de pequena monta esgota-se na *multa*. Isso porque, segundo o artigo 1º do Decreto-Lei n. 3.914/1941 (Lei de Introdução do Código Penal e à Lei das Contravenções Penais),

considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumu-

¹ KAUFMANN, 2004, no prefácio da 2. ed., p. XXIV.

² Cf. ORDEIG, 2002, especialmente as p. 43-80.

lativamente com a pena de multa; *contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente* [grifo ausente no original].

A admissão de semelhante argumento importaria reconhecer, nos termos do artigo em destaque, que aquela espécie de apropriação indébita previdenciária, punível no máximo com *multa*, configuraria simples *contravenção*, tratada assim de forma inadequada na parte especial do Código Penal dogmaticamente destinada ao elenco dos crimes em espécie.

Aquele entendimento também sugeriria flagrante injustiça, se comparado o crime privilegiado contra a ordem previdenciária com as figuras penais privilegiadas voltadas à proteção do patrimônio individual (art. 155, § 2º, e art. 171, § 1º, ambos do CP). O primeiro delito, não obstante vocacionado à tutela de bem jurídico supra-individual, porque tendente a afetar a ordem econômica em seu sentido lato³, gravitaria na ordem jurídica punível exclusivamente com multa, enquanto os demais, destinados, como se disse, à proteção do patrimônio individual (art. 155, § 2º, e art. 171, § 1º, ambos do CP), acham-se punidos mais severamente (art. 155, § 2º).

Outro problema – aqui de ordem processual – advém dessa constatação. Cuidando-se de *contravenção*, o fato escaparia da jurisdição federal, diante da literalidade do inciso IV do art. 109 da CF, posto se cuide de lesão a autarquia federal.

Por outro lado, do ponto de vista *gramatical*, a solução alcançada naquele artigo, de confinar a punibilidade do delito de apropriação indébita de contribuição previdenciária de pequena monta à multa – já que a alternativa do perdão judicial não tem caráter punitivo⁴ –, limita excessivamente o alcance normativo do texto. A *ratio* adotada naquele texto se desenvolveria nos seguintes termos: constatada a omissão no recolhimento de contribuição previdenciária de pequena monta ao juiz

³ ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 36.

⁴ Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

se apresentaria – sempre e sempre – a alternativa de conceder o perdão judicial ou multar o réu, esta última como *única* opção condenatória.

A redação da norma analisada (§ 3º, II, do art. 168-A do CP), todavia, sugere outra inteligência, compreensiva da *preservação* da pena reclusiva cominada na cabeça do dispositivo.

De fato, o estabelecimento do perdão judicial e da multa como possibilidades decisórias para o crime de apropriação indébita previdenciária menos grave somente tem sentido quando são opostas, em situação de *alternatividade condenatória*, à ameaça original – a pena de reclusão – prevista na cabeça do art. 168-A do Código Penal, que há de permanecer suscetível de aplicação para os casos em que a *prevenção especial* indique a necessidade de imposição da pena reclusiva, ainda que se trate de réu tecnicamente primário e de bons antecedentes.

A adoção do entendimento veiculado no artigo, nessa ordem de idéias, pode igualar na percepção do benefício condutas de desvalor absolutamente distintas, e que merecem, já por essa razão, também reprovação distinta, a se resolver pela válvula de escape da *prevenção especial*, afinal elencada normativamente como critério fundamental para a definição não apenas da espécie de pena a ser aplicada, mas também da sua quantidade, do regime de cumprimento e da possibilidade de substituição, embora raramente mereça qualquer consideração na fase da dosimetria^{5 e 6}.

O atrofiamiento local do critério da prevenção especial para a definição da *espécie de pena* a aplicar-se ao caso concreto, aliás, é fato que conflita com a primazia que aquele princípio tem merecido, por

⁵ Código Penal, art. 59: “O juiz [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a *reprovação* e *prevenção* do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas [...]”.

⁶ A conduta do empresário que faz da apropriação de contribuição previdenciária de pequena monta modo costumeiro e eficaz de administrar seus negócios, burlando o Fisco e a concorrência em determinado segmento econômico sazonal (e.g., exploração de bares, casas noturnas etc.), abrindo e fechando pontos comerciais na mesma velocidade com que se esgota o interesse do cliente pelo produto, não pode igualar-se em matéria de desvalor à omissão de recolhimento levada a efeito pelo empresário que explorou por vinte anos um pequeno comércio, e que praticou o ilícito para livrar o filho de uma dívida momentânea.

exemplo, no sistema português, no qual exerce papel decisivo para a aplicação da *pena de prisão nos crimes fiscais*, de eficácia comprovada pela intimidação que exerce nos criminosos do colarinho branco, sem o inconveniente da dessocialização, dificilmente verificável nesses agentes, dada a capacidade de adaptação ao mercado de trabalho⁷.

Enfocando o aspecto *teleológico*, bem interpreta a norma o desembargador Luciano Tolentino Amaral, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no voto que proferiu na Apelação Criminal n. 1997.34.00.017307-4/DF, julgada em 25 de março de 2003 (posteriormente à entrada em vigor do dispositivo em questão), no trecho que segue:

[...] Vale esclarecer que a aplicação do “princípio da insignificância”, na espécie, não há de ser considerado, *mesmo tratando-se, como se trata, de apropriação de pequeno valor, pois o dano não foi exclusivamente patrimonial. O não-repasse das contribuições aos cofres do INSS tem efeitos negativos de ordem social, refletindo, com intensidade maior, nas camadas menos favorecidas economicamente, cujos direitos previdenciários ficam, no mínimo, turbados, se não inviabilizados* [grifo ausente no original].

Destaque-se da referida decisão que, com o improvimento daquele recurso, o TRF da 1ª Região manteve íntegra sentença da 10ª Vara do Distrito Federal, que condenou os apelantes a 2 anos e 4 meses de reclusão (substituída por pena restritiva de direitos), circunstância que remete à preservação da cominação – para a apropriação indébita previdenciária de pequeno valor – da pena privativa de liberdade prevista no *caput* do art. 168-A do Código Penal, como marco punitivo válido e eficaz, principalmente ante os *efeitos negativos de ordem social* que aquela espécie de crime gera, *com intensidade maior nas camadas menos favorecidas economicamente, cujos direitos previdenciários ficam, no mínimo, turbados, se não inviabilizados*, nas palavras do relator.

Considere-se, por fim – em argumento que recorre novamente à compreensão lógico-sistemática –, que, mesmo para o furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º), jamais hesitaram doutrina e jurisprudên-

⁷ RODRIGUES, 2001.

cia em admitir a condenação à pena prevista no *caput* do dispositivo (CP, art. 155), ainda que preenchidos os requisitos atinentes à *primariedade* e ao *pequeno valor* da coisa furtada.

As razões para o afastamento do privilégio são exemplarmente expostas por Mirabete, com significativa indicação jurisprudencial, *verbis*:

Por outro lado, já se tem exigido, na doutrina e na jurisprudência, além dos dois requisitos citados, que o agente não revele má personalidade ou antecedentes comprometedores indicativos de que há probabilidade de que ele vá voltar a delinquir (RT 436/393, 439/407, 485/332; RJDTACRIM 1/104; JTACrSP 59/190-191, 60/341, 65/389 e 69/488). Justifica-se a exigência desse requisito subjetivo porque o dispositivo se refere a uma faculdade do legislador (o juiz *pode* reduzir ou substituir a pena) que deve atender a essas circunstâncias pessoais na fixação da pena (art. 59). Também já se entendeu o contrário, diante da inexistência expressa da lei quanto ao requisito subjetivo (RT 502/335)⁸.

Note-se que o texto citado vai além do defendido no presente artigo, agregando considerações acerca da *personalidade* e dos *antecedentes* do réu para negar-se o benefício, quando, para o mesmo efeito, defende-se aqui exclusivamente o desvalor da ação, considerado determinado fato concreto, evitando a caracterização do *direito penal do autor*.

Se no furto privilegiado – que tutela o patrimônio individual – admite-se o afastamento da punição privilegiada para aplicar-se a pena do *caput*, por que razão não se haveria de compreender válido o raciocínio para a apropriação indébita privilegiada de pequena monta, se o verbo que encaminha o juiz à decisão é também designativo de opção do julgador (é *facultado* ao juiz)?

Conclui-se, pois, afirmando que o § 3º, inciso II, do art. 168-A do Código Penal não caracteriza infração de menor potencial ofensivo, porque remanesce plenamente válida a aplicação – ao referido

⁸ MIRABETE, 1993, p. 208.

crime – da pena reclusiva prevista no *caput* do art. 168-A do Código Penal, limite punitivo, aliás, que haverá de presidir a verificação dos marcos prescricionais.

Referências

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993. v. 2.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Juros compensatórios ou juros de dano: cancelamento das Súmulas 618, 416, 345 e 164 do STF

Antonio Fonseca*

Sumário: 1 Introdução. 2 Justificativas para cancelamento das súmulas do STF sobre juros compensatórios. 3 Discussão das Súmulas 618, 416, 345 e 164 do STF. 3.1 Precedentes judiciais. 3.2 Razões do cancelamento das súmulas e alternativas de regulação. 3.3 Os preceitos fundamentais contrariados. 3.4 A incompatibilidade das súmulas com o Código Civil. 3.5 Oportunidades e opções de regulação do mercado de terras. 4 Conclusão.

1 Introdução

Na decisão liminar proferida na ADIn 2.332-DE, o Supremo Tribunal Federal (STF) cogitou cancelar as súmulas dos juros compensatórios aplicáveis nas desapropriações de terras como indenização complementar. A ação declaratória de inconstitucionalidade, ainda hoje pendente de julgamento, questiona a validade constitucional da norma, entre outras, que adiciona o art. 15-A ao Decreto-Lei n. 3.365, de 1941. O referido dispositivo é uma tentativa de regular, pela primeira vez no Brasil, a aplicação dos juros compensatórios nas desapropriações.

A Medida Provisória restringe a aplicação dos compensatórios quanto à taxa, reduzindo-a de 12% para o máximo de 6% e condicionando-a à produtividade do imóvel desapropriado. Desse modo, a norma legal entra em conflito com a jurisprudência sumulada.

* Antonio Fonseca é ph.D. pela Universidade de Londres (*Queen Mary & Westfield College*), mestre em Direito pela Universidade de Brasília, professor universitário de Direito Econômico e Subprocurador-Geral da República.

A iniciativa do Governo Federal foi justificada diante das generosas avaliações judiciais de terras. As desapropriações têm sido consideradas fontes de compensação incompatível com os ganhos de mercado. Mesmo assim, o STF resolveu suspender a eficácia das normas que restringem tais juros, por decisão não unânime.

O debate suscitou várias questões, dentre as quais se destacam: a justa indenização como cláusula constitucional; o cenário econômico de alta inflação em que as súmulas foram editadas, distinto do cenário atual; e os atrasos sistemáticos e abusivos no pagamento das indenizações. Era nítido, na corrente minoritária, formada pelos ministros que não concediam a liminar, o desconforto em manter uma súmula que se revelava em descompasso com a realidade atual. A corrente majoritária, contudo, argumentava que aquela não era a oportunidade para revisar ou cancelar a súmula, que bastava para emprestar relevância à argüição de inconstitucionalidade e, assim, para conceder a liminar. Mas os ministros que adotaram a opinião vencedora não descartaram a possibilidade de cancelar a súmula.

A presente exposição propõe o cancelamento da Súmula 164, que institui a figura dos juros compensatórios, da Súmula 618, que fixa em 12% a taxa dos mesmos juros, da Súmula 345, que estende os juros compensatórios às desapropriações indiretas, e da Súmula 416, que não permite indenização complementar a não ser por meio de juros.

Sustenta-se que o cancelamento abre excelentes oportunidades para a implementação de condições legais e de política judicial mais adequadas à problemática da indenização da terra.

Este artigo é um resumo de um estudo mais extenso, que a ilustre Coordenadora da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª CCR) do Ministério Público Federal, doutora Gilda Pereira, inseriu no sítio daquele órgão¹. A reflexão desenvolvida, nos planos constitucional e infraconstitucional, parte do pressuposto de que a figura dos juros compensatórios, aplicados genericamente na situação de atraso

¹ O sítio da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão da PGR é <<http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/5camara/index.jsp>>. Este texto também pode ser pedido à ABDA no e-mail: <abda@abda.com.br>.

de pagamento da indenização, representa uma forma de compensação complementar. Ora, complementa-se aquilo que é insuficiente. Mas, apesar do atraso na liquidação dos precatórios dos processos de desapropriação, não se pode dizer que de modo geral as indenizações estejam aquém do devido. O arbitramento judicial tem sido criticado por representar uma avaliação sempre superior ao preço de mercado. Por essa razão, a discussão dos juros compensatórios não pode deixar de lado o processo de avaliação, desde a sua fase administrativa.

A economia moderna é caracterizada pela imperfeição. Esse pressuposto justifica discutir e examinar, no plano empírico das indenizações, as condições concretas do mercado de terras, que sofre a intervenção do Estado como grande comprador. Por isso, discute-se até onde as relações do Estado com os agentes privados, as quais não estão isentas do fenômeno da captura, contribuem com aquela imperfeição histórica. Na hipótese de essa imperfeição favorecer os donos de terras, justificar a manutenção dos discutidos juros compensatórios se revelará mais difícil.

O estudo avaliará a compatibilidade das súmulas em face da Constituição de 1988 e do vigente Código Civil. Ao sustentar a incompatibilidade, o esforço final será apontar as opções que permitam ao Judiciário e ao Executivo estabelecer as melhores condições legais e operacionais aos desafios do mercado de terras.

2 Justificativas para cancelamento das súmulas do STF sobre juros compensatórios

A jurisprudência sumulada do STF sobre juros compensatórios compreende quatro verbetes:

Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano. [Súmula 618]

Pela demora no pagamento do preço da desapropriação não cabe indenização complementar além dos juros. [Súmula 416]

Na chamada desapropriação indireta, os juros compensatórios são devidos a partir da perícia, desde que tenha atribuído valor atual ao imóvel. [Súmula 345]

No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência. [Súmula 164]

Quinze motivos para cancelar as Súmulas 618, 345 e 164 do STF:

- 1) O pagamento de juros compensatórios responde, em média, por $\frac{2}{3}$ do volume de recursos da reforma agrária destinados à liquidação das indenizações judiciais decorrentes das desapropriações por interesse social.
- 2) Os proprietários de terras desapropriadas formam o único segmento da sociedade que recebe recompensa adicional, à conta de prejuízo nominal pelo atraso no pagamento do seu crédito, ao passo que todos os outros segmentos – incluindo trabalhadores e fornecedores do Estado – estão sujeitos às mesmas vicissitudes decorrentes de atraso no cumprimento dos compromissos financeiros do governo. A Constituição não assegura à terra, como objeto da propriedade, proteção superior à assegurada às outras espécies de ativo.
- 3) Os juros compensatórios são estendidos a donos de áreas não exploráveis ou de exploração restrita, como as encravadas na Serra do Mar, Mata Atlântica etc. (CF, art. 225, § 4º), transformadas em sítios de preservação permanente; a promessa constitucional de um ambiente sadio, não obstante, é ônus de toda a sociedade.
- 4) A indenização, nessa incluídas as parcelas de juros de mora e compensatórios, escapa da tributação federal, estadual e municipal – o que implica aumento de ganhos líquidos para o expropriado.
- 5) A cláusula da prévia indenização assegura aos expropriados prioridade no pagamento, sendo prontamente colocada à sua disposição parcela de 80% da oferta. Essa, nos últimos anos, tem sido bastante razoável nos processos do Incra, que,

diversamente do que ocorria décadas atrás, tem adequado as suas práticas à lei, salvo casos de supervalorização.

- 6) O pagamento em Títulos da Dívida Agrária, quanto à terra nua, transforma a terra improdutiva e, assim, de baixa liquidez em um mercado secundário de títulos públicos com valor preservado e alta liquidez.
- 7) Mantém-se a “preservação do valor real” do TDA, monetariamente corrigido, sendo os antigos títulos corrigidos com índices cheios, isto é, sem os expurgos dos planos econômicos; incidem, também, juros à taxa legal. Isso contrasta com a poupança popular (caderneta de poupança), cujos rendimentos acumulados no ano de 2004 não superaram os dois dígitos (8,10%), e com os títulos negociados na Bolsa de Valores, que estão sujeitos à álea de mercado (jogo de perde e ganha). Não há, debaixo do Sol, preservação real absoluta dos investimentos.
- 8) O sistema de avaliação judicial da terra, com destaque das benfeitorias e cobertura florística ou vegetal, mesmo seguindo os critérios legais, favorece o proprietário, que quase sempre tem assegurado preço pelo menos 30% superior ao de mercado, sem falar em eventual superfaturamento decorrente de desvios de conduta.
- 9) Por mais razoável que seja a oferta do governo, o proprietário prefere sobrecarregar o Judiciário, prosseguindo com o processo judicial que lhe garante maiores ganhos, pois ele nada tem a perder e tudo a ganhar.
- 10) Tantas são as vantagens ou oportunidades de ganhos abertas aos proprietários ou posseiros que os negócios com terras rurais se tornam um dos mais atrativos do mercado, em que impera elevada especulação e a prática da grilagem.
- 11) As súmulas do STF sobre juros compensatórios são baseadas em precedentes desenvolvidos predominantemente à luz do antigo Código Civil, que sofreu mudança essencial e não mais é aplicado pela Suprema Corte, cuja função precípua se

restringe à guarda da Constituição. As normas constitucionais pertinentes (CF de 1946, art. 141, § 16, e EC n. 1, de 1969, art. 153, § 22) também sofreram alteração não desprezível.

- 12) Os precedentes das súmulas envolveram imóveis urbanos, muitos dos quais situados em grandes capitais, além de faixas de terras rurais utilizadas para construção de rodovias, assim sujeitos à valorização. A indenização compensatória tinha como pressuposto demora razoável ou grave no pagamento, numa “*era alarmantemente inflacionária*” (RE 40.317-SP, Luiz Gallotti). Os verbetes foram concebidos tendo em vista um cenário extremamente diverso do que existe atualmente. Na última década, cresceu a demanda governamental por terras (agilização da política de reforma agrária) e a responsabilidade do Estado na implantação de áreas de preservação ambiental permanentes (CF, art. 225, § 4º), o mercado de terras se tornou mais atraente e mais especulativo, a inflação foi controlada e as práticas institucionais quanto ao processo de desapropriação do Incra evoluíram, mas não impedem que os donos de terras sejam afortunados com ganhos oportunistas.
- 13) Não existe na dogmática civilista, nacional ou estrangeira, a figura dos juros compensatórios taxados previamente.
- 14) Os juros compensatórios ou de dano são desnecessários, pois o Código Civil dispõe da figura da multa ou pena convencional. Aqueles, na medida em que tomam a configuração de compensação abstrata, não passam de juros de mora retroativos; a cobrança cumulativa dos dois desafia a Lei de Usura e discrimina as pessoas segundo os rendimentos.
- 15) A atual ordem não recepciona a compensação abstrata, como é a figura dos juros compensatórios de criação dos tribunais e não do Parlamento, à exceção dos juros de mora de aplicação geral.

Com as Súmulas 618, 345 e 164, o STF concorre com o constituinte e o legislador comum. A Constituição Federal não prevê

juros compensatórios para a desapropriação da terra rural; somente prevê “juros legais” para a desapropriação dos imóveis urbanos. A Constituição de 1988 – em contraste com a de 1946, que previa pagamento em dinheiro – faculta ao Estado indenizar com títulos públicos. O Código Civil – estatuto do cidadão – prevê juros de mora com função, também, de reparação de dano, tendo sofrido alteração para admitir compensação suplementar se “provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo” (CC de 2002, art. 404, parágrafo único).

Os antigos precedentes que serviram de referência dos aludidos verbetes admitiam indenização compensatória calculada sobre a diferença entre a oferta e a indenização afinal fixada. A jurisprudência do STJ (Súmula 113) manda computar os compensatórios, sem debate algum, “sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”; de modo inflexível, na contramão dos princípios de direito econômico, a jurisprudência sumulada coloca no mesmo odre as diversas espécies de desapropriações: por interesse social, por utilidade pública, indireta e para regularização fundiária; bem como as limitações administrativas para fins de servidão e restrição ambiental.

As súmulas dificultam a atuação do Estado no sentido de modernizar a regulação do mercado de terras rurais e inibem o Superior Tribunal de Justiça de construir uma jurisprudência própria, capaz de contemplar indenização compensatória variável segundo a qualidade da terra, as práticas atuais do mercado imobiliário e a causa da demora no pagamento – se do expropriante ou do expropriado.

Os maiores ganhos da terra não vêm da sua exploração sustentável, mas das negociações com terras ilegais e das generosas indenizações dos entes públicos. Os juros compensatórios ajudam a fazer desses negócios os mais rentáveis; mais de 40 anos depois da sua criação, uma intrigante indagação reclama resposta: a quem as políticas de reforma agrária e de preservação ambiental têm mais beneficiado – aos trabalhadores sem terra e à população em geral ou aos proprietários de terras improdutivas ou não-exploráveis e intermediários?

No quadro constitucional, o dogma da justa indenização não concede ao proprietário de terra mais direitos do que os ostentados pelos detentores de outros ativos ou fatores de produção.

Se os juros compensatórios, devidos sem comprovação de dano e sem base contratual, são atualmente uma criação pretoriana adequada à ordenação da sociedade capitalista, que sejam estendidos àquelas situações em que o governo paga com atraso os créditos de fornecedores, empreiteiros, optantes do FGTS, pensionistas e trabalhadores públicos. Admita-se que isso somente seria possível num mundo – inexistente – de abundância de recursos. As sociedades menos desiguais que a brasileira (países desenvolvidos) não praticam tal irracionalidade.

É altamente discutível que as súmulas em questão tenham sido recepcionadas pela ordem constitucional vigente. A figura dos juros compensatórios desafia os seguintes preceitos fundamentais:

- a) justa indenização (CF, art. 184, *caput*);
- b) isonomia material quanto à valorização do trabalho e à livre iniciativa (CF, art. 170, *caput*, c/c art. 1º, IV), não sendo possível esta preceder àquela;
- c) sociedade justa e solidária (CF, art. 3º, I);
- d) promoção do bem comum (CF, art. 3º, IV);
- e) reserva da lei (CF, art. 5º, II);
- f) separação dos poderes (CF, art. 60, § 4º, III, c/c arts. 164, § 2º, art. 43, § 2º, II; art. 182, § 4º, III, e art. 22, I);
- g) devido processo legal quanto ao aspecto da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV).

A Súmula 416 (*Pela demora no pagamento do preço da desapropriação não cabe indenização complementar além dos juros*) poderia ser revista em vez de ser cancelada. Ocorre que o verbete foi construído com base na legislação infraconstitucional que não mais prevalece. Somente uma jurisprudência e uma regulação capaz de diferenciar as distintas situações, segundo o mérito do caso particular, podem prevalecer.

A sociedade justa combina mérito com solidariedade: duplo produto do sincretismo econômico e social. A criação pretoriana dos juros compensatórios ameaça esse senso da justiça constitucional baseada em critérios fundamentais que não são meros ornamentos

do texto, mas expressam crenças dos homens civilizados e confortam uma sociedade “bem ordenada”, assim mais aparelhada para a paz social mediante o combate da desigualdade.

3 Discussão das Súmulas 618, 416, 345 e 164 do STF

3.1 Precedentes judiciais

O Supremo Tribunal Federal editou quatro súmulas sobre indenização compensatória; as duas primeiras foram aprovadas em 13 de dezembro de 1963: Súmulas 164 e 345. A terceira súmula veio logo depois: Súmula 416, aprovada em 1^o.6.1964. O último verbete foi aprovado vinte anos depois: Súmula 618, de 17.10.1984. O estudo dessas súmulas desperta a atenção do investigador para quatro aspectos: referência legislativa, referência política, ambiente econômico e tipologia das desapropriações.

A referência legislativa pode ser subdividida em constitucional e legal.

As Súmulas 164 e 345 apontam o art. 141, § 16, da Constituição de 1946 como referência constitucional. Das Constituições revogadas, a de 1946 foi a mais democrática; ficou conhecida por resgatar os princípios liberais da Constituição de 1891 e as inovações no âmbito social da Constituição de 1934. Nessa linha de comprometimento, não seria novidade a proteção da propriedade privada, expressa na previsão de que a desapropriação da terra se daria com “justa e prévia indenização”. Nesse ponto não destoaria o art. 153, § 22, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, referência da Súmula 618, a não ser na forma de pagamento.

O referencial de 1946 previa que o pagamento da indenização seria feito em dinheiro, sem especificar se desapropriação da propriedade urbana ou rural. A EC n. 1, de 1969, facultava ao proprietário receber a indenização pela desapropriação do imóvel urbano em títulos da dívida pública com cláusula de exata correção monetária. A diferença residiria no fato de que o pagamento em títulos,

se assim consentisse o proprietário, não descaracterizaria a justeza da indenização.

As súmulas não aludem, no referencial legislativo, ao art. 161 da EC n. 1, de 1969, mesmo dispositivo da CF de 1967, que dava tratamento diverso à desapropriação da propriedade rural para fins de reforma agrária. Quanto a esta, o texto mandava que o pagamento fosse feito em títulos especiais da dívida pública.

O Código Civil de 1916 referenciava três súmulas: art. 1.061 (Súmula 416), art. 1.059 (Súmula 345) e art. 1.063 (Súmula 618). O art. 1.059 fundamentava perdas e danos, em termos de o que o credor “efetivamente perdeu” (prejuízo) e “o que razoavelmente deixou de lucrar” (lucros cessantes), sendo estes devidos somente se “previstos na data da obrigação”.

O artigo 1.063 fixava a taxa de juros de mora, que deveria ser de 6% ao ano, sempre que previstos em lei ou convenionados pelas partes sem taxa estipulada.

Em caso de obrigações de pagamento em dinheiro, as perdas e danos “consistiam nos juros da mora”: era o sistema do Código revogado previsto no art. 1.061. Quer dizer que não se admitia, no adimplemento retardado da obrigação de pagar dinheiro, outra compensação além de juros de mora, a não ser “pena convencional”, isto é, estipulada entre contratantes. O pagamento de juros de mora e da pena pecuniária representa, desde velhos tempos, uma forma de compensar o credor sem que seja necessário sindicat a existência ou não de prejuízo ou lucros cessantes – conceitos concretos ou efetivos.

Para explicar o sistema de compensação, no Código revogado, um pronunciamento do ministro Orosimbo Nonato² é registrado em vários precedentes. Para ele, o sistema brasileiro – que era alinhado ao francês e italiano – distinguia-se do anglo-americano e do alemão:

Há três sistemas para fixar a extensão dos danos resultantes do retardamento na solução dos débitos em dinheiro: a) o anglo-americano, pelo qual, geralmente, só se reconhece ao credor direito à soma devi-

² *RTJ*, v. 10, p.138.

da; b) o italiano, o francês, o brasileiro, o romeno, pelos quais os danos se limitam aos juros; c) o alemão, o suíço, o húngaro, que reconhecem poder a indenização ir além dos juros moratórios em caso de dano que o credor prove.

Em caso de negligência grave do devedor, indenização adicional na base dos juros passou a ser admitida em leis esparsas na Itália, França e Bélgica. Esse registro inspirou ao STF, por uma parte, a criação dos juros compensatórios, mas, de outro lado, serviu para afastar indenização complementar mediante ação de dano, além dos juros, conforme esclarecem os precedentes da Súmula 416³.

Em três das questionadas súmulas (Súmulas 416, 345 e 164) o Decreto-Lei n. 3.365/1941 aparece como referência legislativa⁴. Os dispositivos não têm importância para merecer discussão, pois as normas que eles veiculam foram absorvidas ou afastadas pelo atual regime da desapropriação por interesse social.

A despeito da clareza da referência legislativa, desapropriações aconteciam, na prática, sem que se verificasse o prévio pagamento. Não é difícil imaginar que essas ocorrências fossem frequentes em governos ditatoriais ou em períodos de movimentos revolucionários. Nessas épocas de frágil democracia e de baixa consciência da cidadania não se podiam esperar ações obsequiosas aos princípios liberais. Valia o populismo, que incentivava a criação de estradas ou mesmo a construção de prédios públicos sem previsão de recursos para o pagamento das terras invadidas. Essa prática passava de governo para governo. Os limites do império das leis eram de pouca compreensão.

A questão inflacionária é um dos aspectos econômicos a merecer destaque. No período de 1940 a 1984 aconteceram os casos

³ *RTJ*, v. 10, p. 138.

⁴ O art. 15 fala do depósito como requisito para a imissão na posse. O art. 26 proclama que a indenização será contemporânea à avaliação, na qual não se incluirão direitos de terceiros. O art. 32 diz que o pagamento será prévio e em dinheiro, o que restringe a sua aplicação – na segunda parte – às desapropriações por utilidade pública. O art. 42 manda aplicar o Código de Processo Civil naquilo em que o DL for omissivo. O art. 3º do Decreto n. 22.785, de 1933, é uma referência que limita a responsabilidade da Fazenda Pública sobre quantia líquida e decisão transitada em julgado.

de desapropriação que deram sustentáculo às súmulas comentadas. Uma verificação da curva inflacionária nesse período permite compreender o ambiente vivenciado pelos magistrados, que certamente foram influenciados pelo problema.

Anote-se que entre 1940 e 1947 o índice anual de inflação acumulada ficou, na média, em 18,47. Um tratamento de choque fez com que esse índice baixasse para 3,36 no ano de 1948. A ação do governo funcionou nos dois anos seguintes, em que se verificaram índices acumulados de 4,23 e 3,59. Mas em 1951 o fenômeno reincidiu, não parando de crescer. O Quadro 1 estampa o cenário.

Quadro 1 – Inflação acumulada (IPC/Fipe)

1940	1941	1942	1943	1944	1945	1946	1947	1948	1949
9,00	10,99	15,69	19,29	25,75	26,19	18,85	23,17	3,36	4,23
1950	1951	1952	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959
3,59	11,27	27,46	19,23	22,57	18,44	26,22	13,74	22,60	42,70
1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969
32,20	43,51	61,73	80,53	85,60	41,20	46,29	25,33	25,22	22,58
1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979
17,46	20,60	17,46	13,95	33,04	29,28	38,05	41,09	39,89	67,21
1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989
84,77	90,87	94,63	164,09	178,56	228,22	68,08	367,12	891,67	1.635,85
1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1.639,08	458,61	1.129,45	2.490,99	1.172,96	23,17	10,04	4,83	-1,79	8,64
2000	2001	2002	2003	2004					
4,38	7,13	9,90	8,18	6,56					

Fonte: Base de dados da Fundação Getúlio Vargas

Nos anos de 1963 e 1964, quando surgiram as Súmulas 164, 345 e 416, os índices de inflação anual acumulada foram de 80,53 e 85,60, respectivamente. No ano em que a Súmula 618 foi editada, 1984, a inflação computada foi de 178,56. Esses índices estão longe do pico. O período mais crucial vai de 1988 a 1994.

Nos anos de 1988 a 1990, a inflação bateu o índice anual de 891,67, 1.635,85 e 1.639,08. Depois de um arrefecimento do problema, esses índices subiram aos patamares de 1.129,45, 2.490,99 e 1.172,95 nos anos de 1992 a 1994.

A leitura do fenômeno, para o objeto do presente trabalho, é que o problema da inflação era o argumento mais ardente em favor dos

juros compensatórios. O fenômeno é recorrente, sendo responsável pela mudança de ministros da Fazenda e de moedas e uma sucessão de planos econômicos⁵. Mas comparando os cinco primeiros anos da década de 1990 com os cinco primeiros anos da década de 2000, observa-se que o mal tornou-se 190 vezes menor. Essa mudança de cenário sugere que seria pouco racional manter um sistema de indenização compensatória engessado e nada transparente.

A atenta leitura dos casos que deram origem às súmulas em questão indica que a indenização compensatória foi discutida tendo em vista dois tipos de propriedade imobiliária: urbana ou suburbana e rural destinada à construção de rodovias. Nas duas situações, a valorização da terra era um fato certo. Outro aspecto submetido à ponderação dos tribunais era o grave retardamento, e não simples demora, do pagamento da indenização como pressuposto dos juros compensatórios. Isso fica claro na discussão que se segue.

Com exceção de um, os demais precedentes da Súmula 345 se referiam à faixa de terra utilizada para expansão da rede rodoviária. As desapropriações se davam de forma direta ou indireta. Nessa última modalidade não havia oportunidade de oferta, o que motivava serem os juros compensatórios aplicados a partir da imissão. Mas em algumas situações o apossamento público antes de instaurado o processo de desapropriação resultava em que, na ocasião da perícia, já se computava a valorização do imóvel verificada em função da rodovia. Nessa hipótese a concessão de juros compensatórios podia ser afastada ou se contava somente a partir do laudo⁶.

Constatou-se, noutra situação, que, na época do apossamento público, o proprietário era um e na data da apuração da perícia o proprietário era outra pessoa. Por esse motivo, foi negada a computação de juros compensatórios a partir da ocupação⁷. Essa decisão pode hoje ser interpretada como inibidora da especulação imobili-

⁵ Nas últimas seis décadas, o país teve mais de 40 ministros da Fazenda, mais de 4 moedas e mais de 4 planos econômicos. Ver: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/almanaque>>.

⁶ *RTJ*, v. 26, p. 335. *RTJ*, v. 29, p. 217.

⁷ *RTJ*, v. 27, p. 105.

liária, embora esse comportamento não tivesse sido um aspecto considerado pelas autoridades judiciais.

No caso da Ilha do Governador, Rio de Janeiro, não houve concessão de juros compensatórios. A Aeronáutica ocupou uma área de 2.800m² em 1940. Dezenove anos depois, em 1959, a perícia avaliou o imóvel considerando a valorização no lapso de tempo decorrido desde a ocupação⁸. Considerou-se que a compensação estava embutida no preço, sobre o qual determinou-se a incidência apenas de juros de mora.

O verbete 416 da jurisprudência do STF nega indenização complementar além dos juros, diversas vezes vindicada via ação de danos, depois de julgada ação de desapropriação e paga a indenização com atraso. Os precedentes envolveram imóveis urbanos, situados na antiga cidade da Guanabara ou na cidade de São Paulo. Com exceção do caso do *Correio Paulistano*, o poder público obteve sucesso nos demais julgados. Dois merecem destaque.

O jornal *Correio Paulistano* foi apossado pelo governo do Estado de São Paulo no dia 25 de março de 1930, um dia depois de ter sido depredado por populares. No dia 5 de janeiro de 1931, o governo declarou o jornal incorporado ao patrimônio do Estado, sem pagamento prévio, passando a se utilizar das instalações para imprimir um outro jornal – *O Tempo*. No dia 27 de julho, foi feito o laudo de avaliação, sendo o preço depositado no dia 27 de agosto do mesmo ano em nome do órgão judicial que não podia levantar o dinheiro. O numerário somente foi liberado três anos depois, em 27 de julho de 1934. Nesse caso⁹, o Pleno do STF admitiu pagamento de “lucros cessantes pelas depredações e pela ocupação antes do decreto de expropriação”, além de juros de mora. Havia uma indignação entre os ministros do Supremo Tribunal, pelo grande número de casos submetidos à Corte de ocupação de imóveis pelo governo sem indenização prévia, a exemplo do apossamento de terrenos para construção do porto de Recife cuja indenização somente ocorrera 7 anos depois.

⁸ *RTJ*, v. 29, p. 385.

⁹ Embargos no RE n. 4.549-SP, Tribunal Pleno, *DJ* de 19 ago. 1942.

Outro precedente foi a indenização afastada. Mas o relator, ministro Luiz Gallotti, ponderou, após a sustentação oral do advogado: “Há um fundo de justiça na argüição de Vossa Excelência, mas penso que só poderia ser alcançado o objetivo que Vossa Excelência visa com uma reforma da nossa legislação, atendendo-se a esta era alarmantemente inflacionária que estamos vivendo [...]”¹⁰. Os precedentes das súmulas, com exceção os do verbete 618, mais moderno, não cogitavam de aplicação de correção monetária.

A aplicação da correção monetária, todavia, poderia indicar a dispensa dos juros compensatórios, pelo menos no período de acumulação com os juros de mora. Se a “inflação galopante” tornou-se um fenômeno econômico que justificava uma compensação adicional pelo não-adimplemento da prestação de dinheiro, aplicar os compensatórios na era da correção monetária expressa uma grave contradição básica. A não ser que a correção monetária não fosse capaz de devolver à moeda o seu poder aquisitivo. As distorções dos índices provam o contrário.

A indexação das dívidas tornou-se um problema que veio a desaguar na Justiça. A jurisprudência tem vários casos de aplicação equivocada de índices de correção. Num exemplo modelar, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que “ao Judiciário, uma vez acionado e tomando em consideração os fatos econômicos, incumbe aplicar as normas de regência, dando a essas, inclusive, exegese e sentido ajustados aos princípios gerais de direito, como o que veda o enriquecimento sem causa”¹¹. O caso foi discutido por Lúcia Tavares. O seu relato, a seguir¹², registra um dos péssimos impactos nas indenizações dos índices de atualização monetária.

¹⁰ Embargos no RE n. 40.317-SP, Tribunal Pleno, *DJ* de 27 abr. 1961.

¹¹ Resp n. 43.055-SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo, Corte Especial, *DJ* de 20 fev. 1995, p. 3093. Esse julgado reduziu o IPC de janeiro de 1989 em quase 30 pontos percentuais. Houve recursos para o STF, não conhecidos (RE n. 204.617-SP, rel. min. Nelson Jobim, *DJ* de 28 jun. 2001).

¹² TAVARES, 1997, p. XI-XII.

Dos idos de 1964 para cá, a correção monetária popularizou-se, de tal modo que as unidades de conta (ORTNs, OTNs, BTNs, unidades de contas fiscais e congêneres) passaram a ser consideradas, pelos tribunais, como expressão da própria moeda nacional [...]. O “melhor índice” era melhor para o credor e, com freqüência, a correção monetária provocava indenizações astronômicas, inteiramente divorciadas da realidade ou do chamado “bem da vida” que se pretendia obter. Apenas para exemplificar, em uma hipótese de indenização por danos causados a um imóvel (conjunto de salas comerciais), em uma cidade do interior, o devedor chegaria a pagar o valor de um “duplex” na Av. Vieira Souto, na orla de Ipanema. A jurisprudência refletia a confusão instalada na economia. Os credores passaram a lutar não pelo seu crédito, mas pelo “melhor índice” e, uma vez que a correção de todos os créditos era impossível para o Governo Federal, alguns, a exemplo dos salários, foram simplesmente excluídos da ciranda.

Com a instituição da correção monetária, o fenômeno da inflação se esvazia como pressuposto de fato dos juros compensatórios. Não obstante esse falso pressuposto, nos precedentes da Súmula 618, que alterou para 12% a taxa dos juros compensatórios, a figura da correção monetária está presente.

Em cinco precedentes, os mais importantes pelas informações que contêm, os dados comuns a respeito das características dos imóveis são que eram urbanos ou rurais para construção de rodovias, e estavam situados nas regiões Sul e Sudeste (Rio de Janeiro, São Paulo e Paraná). Essas mesmas características são encontradas nos precedentes das outras Súmulas 416, 345 e 164.

Em acórdão¹³ de março de 1977, o Tribunal, que manteve a condenação em juros compensatórios, elevou a taxa para 12% ao ano. Afastou-se, todavia, a cumulação com os juros de mora. Para a Suprema Corte, os juros compensatórios de 12%, além da correção monetária sobre o principal, compensavam suficientemente o expropriado pela perda da posse antes do pagamento da indenização.

No RE n. 89.574-RJ, o depósito do valor apurado foi feito um mês depois da elaboração do laudo. O expropriado levantou 80% do

¹³ RE n. 85.209-RJ, Primeira Turma, DJ de 6 maio 1977.

montante. Na instância inferior, concedeu-se correção monetária da parcela remanescente de 20% do preço, mais juros compensatórios de 12%. Não houve cumulação com juros de mora. O recurso do Estado não foi provido¹⁴.

Uma única questão foi discutida no RE n. 89.893-SP: taxa de 12% dos juros compensatórios. A Suprema Corte, acórdão de dezembro de 1978¹⁵, justificou a elevação do percentual ao argumento de que a limitação da taxa somente se aplicaria aos juros de mora, figura esta que se distinguia dos compensatórios.

O STF, proclamando sua posição mais recente, admitiu a acumulação dos juros de mora e compensatórios à taxa de 12%, mais correção monetária. O acórdão de maio de 1980¹⁶ envolvia faixa de terra destinada à construção de rodovia no Paraná.

A Segunda Turma¹⁷ da Suprema Corte manteve os juros compensatórios à taxa de 12% que se fizeram incidir sobre a parcela decorrente da diferença entre o valor levantado e o montante devido. A orientação do Tribunal Pleno (RE n. 90.656, de 1^a.7.1980), que passou a admitir os compensatórios, à taxa de 12%, mais os juros de mora de 6% ao ano, foi observada.

3.2 Razões do cancelamento das súmulas e alternativas de regulação

Focalizada na perspectiva histórica, a discussão dos juros compensatórios na desapropriação mostra que certas verdades somente são compreendidas com o passar de um determinado tempo.

Os juros compensatórios foram inspirados no direito estrangeiro e motivados na inflação monetária galopante. A criação pretoriana considerou, ainda, os abusos de governos ditatoriais que,

¹⁴ *RTJ*, v. 95, p. 777.

¹⁵ *RTJ*, v. 89, p. 332.

¹⁶ *RTJ*, v. 95, p. 452.

¹⁷ RE n. 90.949-4-SP, *DJ* de 29 ago. 1980.

em desrespeito à legislação, costumavam se apossar da propriedade particular sem antes ao menos acertar o pagamento. No gesto da Suprema Corte houve, originalmente, um sentimento de equidade que se perdeu ao longo do tempo.

Na generalidade dos enunciados foram sacrificadas as nuances essenciais que marcaram os méritos dos casos concretos. A motivação dos precedentes se ressentiu de uma discussão mais aprofundada sobre o sentido constitucional da justiça na indenização pela perda forçada da propriedade. O fenômeno da inflação foi tão forte que dificultou a busca de alternativa de compensação no modelo do Código Civil vigente. Passadas mais de quatro décadas, as súmulas colocam os magistrados de primeiro grau numa camisa-de-força: eles têm que aplicar uma indenização artificial contra a realidade que lhes é vizinha, sem oportunidade de realizar uma valoração de todos os aspectos e circunstâncias que, nos precedentes das súmulas, qualificaram as hipóteses de aplicação.

Hoje o cenário é outro: o sentimento de justiça social expandiu o espaço da dogmática constitucional, o atual Código Civil remodelou sua estrutura de compensação de prejuízo, a inflação está sob controle e a sociedade está mais atenta a um direito que ofereça mecanismos mais justos de transferências patrimoniais do Estado para os particulares.

3.3 Os preceitos fundamentais contrariados

A figura dos juros compensatórios atenta contra o objetivo fundamental da República brasileira¹⁸ de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” e de uma “sociedade livre, justa e solidária”.

Esses objetivos abrigam a liberdade na escolha dos caminhos para alcançar a felicidade pessoal, segundo o talento de cada indivíduo. A liberdade ganha sentido na solidariedade. Nem todos têm o mesmo talento. Pouco adiantaria a liberdade se não se contasse com

¹⁸ CF, art. 3º, incisos I e IV.

a solidariedade que, entre tantos significados, contempla a generosidade de aceitar o outro, de modo que a sociedade possa se completar no todo. Nesse contexto, a República repugna a liberdade irrestrita na conquista pessoal dos bens e realização dos interesses próprios. A citação a seguir¹⁹ resume o sentido desses valores.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Ao resumi-los, a Constituição exaure a possibilidade de o Estado, em uma relação de débito com os cidadãos, poder criar um mecanismo de compensação que seja válido para um único segmento social e não o seja para os demais.

O segundo preceito é o da isonomia. Sendo auto-aplicável, conforme focaliza o extrato²⁰ abaixo, dispensa complementação normativa.

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA* 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao

¹⁹ MS n. 22.164, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 17 nov. 1995.

²⁰ MI n. 58, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 19 abr. 1991.

legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.

O constituinte contempla um feixe de vetores normativos com a função de trancar todas as possibilidades de discriminação, senão aquela excepcionalmente prevista ou pressuposta no próprio texto constitucional.

A isonomia material é contemplada no art. 170, *caput*, e no art. 1º, inciso IV, da Constituição. Segundo esses dispositivos, a livre iniciativa e o trabalho ganham igual tratamento naquilo que diz respeito ao emprego dos recursos produtivos. A livre iniciativa concerne à liberdade de utilização dos recursos, inclusive o capital financeiro e humano, na produção da riqueza nacional. A consideração aos valores sociais do trabalho coloca o ativo humano em pé de igualdade com o ativo financeiro, físico ou imaterial. Essa afirmação decorre de uma sabedoria histórica extraordinária, como modelo de superação de conflitos. Dessa forma, em situações essencialmente semelhantes, o dono do capital e o detentor da força de trabalho gozam do mesmo tratamento do Estado. Não há precedência de um sobre o outro, visto que a conciliação de ambos, como visualiza a citação abaixo²¹, encerra uma noção de justiça.

Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enunciá-los como convergentes. Daí por que o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos. Essa pretensão é instrumentada através do exercício, pelo Estado – pelo Estado, note-se –, de uma série de funções que, valendo-me da exposição de Habermas, enuncio no item 92. A evolução do Estado *gendarme*, garantidor da paz, até o Estado do bem-estar keynesiano, capaz de administrar e distribuir

²¹ GRAU, 2003, p. 181.

os recursos da sociedade “de forma a contribuir para a realização e a garantia das noções prevalentes de justiça, assim como de seus pré-requisitos evidentes, tais como o ‘crescimento econômico’”, demarca o trajeto trilhado nessa busca.

Na interpretação histórica de Miguel Reale, a valorização do trabalho humano sugere uma precedência sobre a livre iniciativa. O texto constitucional não proclama a “valorização” quanto a ambos os preceitos²².

Assim, se o Estado cria uma figura de compensação abstrata, além dos juros de mora, não pode reservar esse instrumento para benefício apenas de um segmento capitalista. São semelhantes, no tabuleiro dos valores constitucionais, as situações de atraso de pagamento de prestação de dinheiro pelo Estado em que figurem como credores:

- proprietários de terra;
- fornecedores de bens ou serviços públicos;
- trabalhadores da Administração Pública;
- pensionistas etc.

Para ilustrar a quebra do preceito, admitam-se duas observações. O sentido prático dessa construção suscita a lembrança da capitalização dos saldos do FGTS. Esse Fundo representa uma iniciativa do Estado no desenvolvimento do preceito maior da valorização do trabalho humano. Na sua operacionalização, o Estado utiliza os recursos, aplicando-os em fins sociais. Em contrapartida, preserva o valor dos recursos mediante correção monetária e juros cujo produto é distribuído, em cota mínima, aos trabalhadores. Se por alguma razão o governo providencia essa capitalização com atraso ou o faz de modo insuficiente, os trabalhadores não têm juros compensatórios para ressarcimento do prejuízo. Não existe sequer direito adquirido à correção dos saldos, conforme o Supremo Tribunal Federal reconheceu²³.

²² GRAU, 2003, p. 181.

²³ RE n. 226.855-RS, *RTJ*, v. 174, p. 916.

De outra parte, razões superiores podem existir para a Fazenda Pública exigir juros de mora e multa pela compensação decorrente de atraso no pagamento de imposto pelo contribuinte. Mas por que tem ela que pagar juros compensatórios, à conta de um dano abstrato, em razão do pagamento atrasado da indenização devida ao dono da terra desapropriada e não pagar os mesmos juros na devolução daquilo que do assalariado foi retirado em excesso a título de imposto de renda?

Fora os donos de terras desapropriadas, os outros segmentos não têm indenização adicional para ressarcimento, embora fictício, daquilo que perderam pelo atraso no pagamento de salários, pensões, bens e serviços fornecidos etc. Os segmentos não favorecidos ficam em desvantagem no que concerne à capacidade de acesso ao bem comum.

Outro preceito é a reserva da lei: *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*²⁴.

A inobservância ao princípio da legalidade pressupõe o reconhecimento de preceito de lei dispendo de determinada forma e provimento judicial em sentido diverso, ou, então, a inexistência de base legal e, mesmo assim, a condenação a satisfazer o que pleiteado.

O preceito não permite que do agente seja exigido algo em sentido diverso daquilo que a lei dispõe²⁵. A Constituição não prevê juros compensatórios, o Código Civil não os abriga, nem outra norma impõe ao Poder Judiciário uma provisão construtiva que os abone.

Restaria o preceito da justa indenização, como corolário da proteção da propriedade²⁶. Nenhum jurista teria a coragem de defender que a justa indenização da terra pudesse gozar de um tratamento superior à justa remuneração do capital, à justa remuneração do trabalho, à justa compensação do aposentado ou pensionista etc.

²⁴ CF, art. 5º, inc. II.

²⁵ AI n. 147.203-AgR, rel. min. Marco Aurélio, DJ de 11 jun. 1993.

²⁶ CF, art. 184.

Na dogmática constitucional, não há direitos e garantias de caráter absoluto. É o que define o ministro Celso de Mello²⁷

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os Termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

A atuação interventiva do Estado, a exemplo da desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública ou limitação administrativa da propriedade para preservar o meio ambiente e sem ressarcimento, tem o sentido de proscrever que o interesse individual prevaleça sobre o geral. Nenhum direito pode ser exercido em detrimento da ordem pública. Nessa conformação, a proteção concreta da propriedade não descarta uma atividade judicial que avalie *as peculiaridades do bem ou valor patrimonial e o significado do bem para o expropriado*, a fim de dimensionar a compensação financeira expressiva dessa proteção. Essa é a doutrina alemã, interpretada por Gilmar Mendes²⁸. O espírito superior – na dicção de Lacerda de Almeida – dessa lição doutrinária o nosso direito não consegue capturar. Aquela avaliação judicial é impossível de ser realizada mediante aplicação automática de juros compensatórios.

O mundo dos homens é caracterizado por necessidades ilimitadas e recursos finitos. A dogmática constitucional respeita esse postulado econômico da escassez. A maximização dos interesses

²⁷ MS n. 23.452, rel. min. Celso de Mello, DJ de 12 maio 2000.

²⁸ MENDES, 2000, p. 271-272.

individuais esbarra no conjunto dos interesses de todos. No mundo da escassez, somente a cooperação, a tolerância e a solidariedade garantem a satisfação de todos e o equilíbrio na tensão dialética entre a justiça social e o acúmulo de riqueza. Cabe ao Estado racional²⁹ e maximizador do bem comum assegurar, e a sociedade vigiar, para que todos os recursos desta possam beneficiar a todos. A sindicalização da idéia de justiça, nas situações de transferências de recursos do Estado para o particular, não pode ser uma via isolada, mas deve resultar de uma visão multifacetada.

Quando o Estado tem que onerar um direito ou interesse individual ou conceder um privilégio, ele não o faz de forma arbitrária: é imprescindível a vontade popular. Isso é um ditame do governo da lei que pressupõe a operacionalização de uma vontade geral e de um órgão específico do Estado – o Parlamento – que tem habilitação para criar um ônus ou conceder uma vantagem de modo a excluir a atuação dos outros órgãos estatais. Essa é a base da separação dos poderes que o constitucionalismo elege como postulado inderrogável³⁰.

Segundo a Constituição brasileira, a matéria sobre juros é afeta à atribuição específica de órgãos³¹ estranhos ao Poder Judiciário. A criação da compensação abstrata, diversamente do que dispõe a legislação codificada, põe os Tribunais em conflito com a ordenação emanada do Parlamento. A regulação da matéria envolve, como resultado, dispor sobre um critério de distribuição ou redistribuição de renda. Quando, com esse efeito, a Constituição estabelece atribuição a um órgão de Estado, a exatidão funcional passa a ser um critério de justiça distributiva. Então, o resultado da interpretação de qualquer tribunal não deve alterar a distribuição das funções constitucionais. O postulado da separação dos poderes, no assunto sob estudo, é também desrespeitado.

Cada um dos preceitos fundamentais aqui invocados – isonomia, legalidade, igualdade, promoção não-discriminada do bem

²⁹ Para uma crítica da eficiência do Estado racional, ver GARBADO, 2003.

³⁰ CF, art. 60, § 4º, III.

³¹ CF, arts. 164, § 2º; 43, § 2º, II; 182, § 4º, III; e 22, I.

comum, justa indenização e separação dos poderes – é indicativo de interesses. Harmonizá-los é preciso, a fim de preservar a unidade constitucional. Essa unidade será abandonada, no presente estudo, se a discussão da justa indenização não se articular com os demais postulados. Assim, a atividade de interpretação é guiada pelo princípio da proporcionalidade expresso objetivamente em termos de ponderação de interesses. Isso leva à discussão da cláusula do devido processo legal como abrigo do princípio da proporcionalidade.

Uma abordagem desse princípio encontra-se em Konrad Hesse. Colhe-se da sua obra³²:

[...] bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em “ponderação de bens” precipitada ou até “ponderação de valor” abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a *ambos* os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar a eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. “Proporcionalidade” expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz melhor àquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma “finalidade” constante e um “meio” variável ou vários.

A criação pretoriana dos juros de dano prejudica a proporcionalidade, que somente se realiza de forma satisfatória quando as decisões se amparam nos valores da experiência. O princípio encontra respaldo constitucional na cláusula do devido processo legal, também desrespeitado³³.

O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo tem a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).

³² HESSE, 1998, p. 66-67,

³³ MENDES, 2000, p. 263.

A dogmática constitucional labora sobre valores. As provisões das cortes constitucionais são decisões de valores. A abordagem da doutrina sobre decisões de valores é que os órgãos de decisão tendem a se afastar da racionalidade para fazer assertivas que são produtos de crenças particulares. Na verdade, a estrutura de valores de uma sociedade representa, em grande parte, resultado da crença coletiva. Mas uma forma de avaliar a consistência dessas decisões – geradas num quadro de incertezas – é fazer a correspondência, num exercício do possível, entre *decisões de valores e valores da experiência humana*³⁴. A falta dessa correspondência fragiliza “padrões normativos” (incluídas decisões judiciais) que, contaminados por influências indevidas, terminam distorcendo certas políticas públicas. Veja-se como essa doutrina pode ser aproveitada.

No desenvolvimento desse trabalho, várias decisões sobre juros compensatórios foram discutidas. O estudo tem mostrado resultados opostos, tais como:

- os juros compensatórios visam compensar os frutos de que o proprietário fica privado com o desapossamento;
- os juros compensatórios são uma ficção jurídica.

Qual das duas é a mais correta? Na verdade, a primeira fica adstrita à descrição da função de um enunciado de direito e a segunda focaliza o que se passa na realidade. Nos dois casos, os órgãos judiciais acreditam no resultado das suas decisões. As decisões seriam mais convincentes se os juízes pudessem experimentar os valores que afirmam ou neles acreditam.

³⁴ A pesquisa sobre o assunto tem sido desenvolvida por Amos Tversky (psicólogo) e Daniel Kahnemann (psicólogo e matemático), que dividiu o prêmio Nobel de ciência econômica (economia do comportamento) de 2002 com Vernon L. Smith (formação em engenharia e economia). Alguns dos trabalhos daquela dupla são: *Rational choice and the framing of decisions* (1986), *Choices, values and frames* (1984), *The framing of decisions and the psychology of choice* (1981) e *Causal thinking in judgment under uncertainty* (1967). Os seus estudos científicos sobre o comportamento na tomada de decisões têm gerado grande impacto fora do campo da psicologia e são exemplos da importância do conhecimento interdisciplinar no estudo do Direito.

A experiência de valores pode representar um grau de prazer, de dor, satisfação ou angústia. Pode, ainda, pela observação própria ou alheia, apreender o sentido das coisas, num esforço que envolve a contemplação da realidade, numa atuação mais rente possível aos fatos.

Veja-se, ainda, esta hipótese de decisão: a compensação fictícia, sobretudo abonada pelo Poder Judiciário, estimula a competição pelo lucro fácil que favorece o processo de captura e da economia sub-reptícia³⁵. Essa afirmação parte da crença de que, de fato, tudo aquilo que é fácil atrai a adesão geral. Observe-se o desdobramento seguinte dessa crença.

O lucro fácil atenta contra a competição livre. A humanidade cresceu em um processo de caminhada e, nesta, forjaram-se os valores que hoje orientam as civilizações. Um desses valores é o mérito da conquista marcada pela ética e a moral. O mundo europeu – com a devida exceção –, que no século passado experimentou os horrores da escassez esgaçada, os opróbrios impostos por duas grandes guerras mundiais, aprendeu a prestigiar o mérito contra o lucro fácil.

A dogmática constitucional brasileira também abriga os valores morais que costumam ficar em penumbra e somente se revelam diante da sensibilidade do observador ou pensador atento. Resgatá-los e preservá-los é uma manifestação da sabedoria e uma necessidade em obséquio ao equilíbrio dos movimentos de transferências de riquezas no seio da sociedade; é um imperativo contra a propensão do ser humano de maximizar os seus interesses ilimitados contra um estado de escassez de recursos; é um freio que opera contra a ganância excessiva que corrói as fibras da civilidade e põe em risco o postulado de uma sociedade justa e solidária.

Tudo isso pode parecer semântico. A sua evidência imediata dependeria de pesquisa demorada e cara. Mas quem, consultando sua experiência pessoal, não acreditaria nessas afirmações? Se o julgador acredita até que os juros compensatórios representam uma compensação pelos frutos de que o proprietário se privou não terá

³⁵ A discussão sobre o mercado de terras – item 2 – coloca o problema em perspectiva.

dificuldade, também, sem necessidade de evidências, para concluir que o ganho fácil ou fictício corrói as fibras da civilidade.

Essas digressões ficam para reflexão do leitor. Todavia, servem para impor a necessidade de que as decisões de valores precisam de uma experiência de valores a fim de ganhar legitimidade como decisão estabelecida “pela observação, não pela suposição” (*to be settled by observation, not by supposition*)³⁶. No conforto dessas lições, pode-se afirmar que o ressarcimento de prejuízo somente se impõe como comando de justiça quando a experiência de mercado é consultada. Do contrário, uma vantagem abstrata concedida, de modo geral, para todo um segmento particular, ainda que em nome da justa indenização, tende a se converter, com o tempo, num privilégio e, pela qualidade do segmento favorecido, numa tremenda injustiça. As súmulas, como se vê, não suportam um teste de devido processo legal na concretização da justa indenização.

3.4 A incompatibilidade das súmulas com o Código Civil

A seção anterior tratou dos fundamentos constitucionais para afastar as súmulas. A abordagem seguinte se ocupa das referências normativas codificadas pertinentes aos verbetes discutidos.

A Súmula 164 declara serem devidos juros compensatórios na desapropriação. A Súmula 347 repete o enunciado, com a diferença de que se destina à desapropriação indireta. Outra diferença entre os dois verbetes é que um manda fazer a contagem dos juros a partir da imissão na posse e o outro, a partir da perícia que tenha atribuído valor atual ao imóvel. Nas duas situações, o Estado incorpora o imóvel no seu patrimônio: a desapropriação direta pode ser assimilada a uma compra forçada a crédito; a desapropriação indireta, a um esbulho. Nessas duas situações paradigmas o Código Civil oferece um modelo de composição de prejuízo sem necessidade de recorrer aos juros compensatórios.

³⁶ TVERSKY; KAHNEMAN, 1986, p. 273.

Ao afirmar a incompatibilidade das duas súmulas, o presente estudo argumenta que o Código não admite a figura dos juros de dano e dispõe como fazer o ressarcimento: como apuração autônoma ou multa convencional. Assim, os tais juros são uma figura estranha e perfeitamente descartável.

O Supremo Tribunal não elegeu qualquer dispositivo do Código Civil como referência da Súmula 164. As referências infra-constitucionais são o art. 3º do Decreto n. 22.785/1933 e o art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Nenhum desses dispositivos fala de juros compensatórios. O último trata da imissão antecipada na posse pelo Poder Público, e o primeiro trata da contagem inicial dos juros de mora a partir do trânsito em julgado. A Súmula 345 ostenta como referência de perdas e dano o art. 1.059 do Código Civil de 1916.

As perdas e danos e lucros cessantes são ressarcíveis. Sobre isso não há nem havia dúvidas. O art. 1.059 corresponde ao art. 402 do atual Código. A referência significa apenas que os juros compensatórios foram concebidos como suposta forma de ressarcimento de dano. A referência mais importante, para o fim aqui perseguido, era o art. 1.061 do Código de 1916 e aparece como fundamento da Súmula 416. O verbete desautoriza outra forma de indenização, a não ser a composta mediante juros da mora, nas obrigações de pagamento em dinheiro, e multa (pena) convencional. Por isso se viram frustradas as tentativas de expropriados que pretenderam se ressarcir mediante ação autônoma de dano.

Conforme a redação do dispositivo revogado, nas obrigações em dinheiro somente se permitiam perdas e danos mediante juros da mora e pena convencional. O Tribunal assimilou os juros compensatórios aos juros de mora. Mais uma razão para se afirmar que os juros compensatórios sempre foram juros de mora, mas aplicados numa situação não prevista na lei³⁷. A Súmula 416 não mais se sustenta porque, ao contrário do art. 1.061, o correspondente dispositivo do atual Código autoriza apuração de dano sob duas condições claramente cumulati-

³⁷ Na verdade, as redações dos quatro verbetes não correspondiam ao que se pode chamar de uma regulamentação suficiente.

vas: não haja pena convencional e fique comprovado que os juros de mora são insuficientes para cobrir as perdas e danos. A figura dos juros compensatórios se revela incompatível com o texto legal em vigor.

Outra referência do Código Civil de 1916 é o art. 1.062 que fundamenta a Súmula 618 que consagrou a taxa de 12%. Embora o art. 1.062 consignasse a taxa de 6%, o seu texto se referia a outro dispositivo, o art. 1.262. Esse dispositivo, substituído pelo atual art. 591, permitia que a taxa de juros pudesse ser alterada para cima ou para baixo, mas mediante convenção das partes, isto é, submetia-se a taxa a uma experiência de prejuízo dos contratantes.

A taxa de 12% da Súmula 618 somente contava com o suporte do Código Civil pela metade, na medida em que o ressarcimento podia chegar à taxa de 12%. Somente uma interpretação forçada podia apoiar a outra metade, isto é, a fixação prévia da taxa, sem consideração ao caso concreto. Mas se o Código Civil de 1916 podia abrigar os juros compensatórios e a uma taxa fixa de 12%, hoje o atual Código não permite.

Como já se afirmou acima, o parágrafo único do art. 402 não deixa dúvida: se os juros de mora não são suficientes para completo ressarcimento das perdas e danos das obrigações de pagamento em dinheiro, o credor pode recorrer à pena convencional. Alternativamente, somente pode buscar indenização suplementar mediante prova da insuficiência.

O atual art. 591 é o único dispositivo que prevê juros compensatórios, com restrições. O contrato é específico de mútuo a fins econômicos. A taxa de juros é móvel, isto é, não previamente fixada. A sua fixação, submetendo-se ao acordo das partes, exige a avaliação de uma experiência de prejuízo.

Canceladas as súmulas dos juros compensatórios, os expropriados não terão prejuízos. Como se disse, a desapropriação direta assimila-se à compra e venda a crédito; a desapropriação indireta, ao esbulho. Em ambas as situações a indenização adicional poderá ser devida. No último caso, a perícia poderá computar, além do preço do imóvel, as perdas e danos eventualmente decorrentes da privação

dos frutos da coisa efetivamente verificados³⁸. Depois disso, somente se pode falar de juros de mora. Mas se estes, ainda assim, não forem suficientes, em razão de eventuais perdas e danos efetivamente ocorridas depois da sentença, por culpa não atribuída ao expropriado, se poderá reivindicar indenização suplementar.

Na desapropriação direta, além do preço do imóvel o proprietário também poderá requerer ressarcimento decorrente de eventuais danos devidamente comprovados do simples ato de desapropriação. Ademais, pelo atraso no pagamento, o juiz poderá, a pedido da parte, arbitrar ressarcimento de acordo com a experiência de mercado e observada a culpa, se do expropriado ou do expropriante, pelo atraso no pagamento na forma de multa pecuniária³⁹.

A experiência mostra que nas vendas a prazo de imóveis rurais o pagamento é previsto para um prazo que em média varia entre dois e cinco anos. Antes disso, não parece exigível qualquer ressarcimento pelo atraso no pagamento, o qual seria considerado dentro da normalidade. Mas isso cabe ao juiz da causa decidir. No mercado imobiliário de Brasília, é comum encontrar contratos de vendas a prazo nas seguintes bases:

- correção monetária das parcelas vincendas;
- juros moratórios de 1% ao mês;
- multa de 2% sobre o valor da parcela vincenda a título de frutos do capital empregado; e
- 15% sobre o montante já pago no caso de mora absoluta, isto é, desistência do contrato, sendo a pena convencional destinada a cobrir o prejuízo pelas despesas de comercialização.

Transposta essa estrutura de compensação para o processo expropriatório, os juros de mora são devidos sem comentário. É razoável a multa de 2% sobre a parcela do montante da indenização não disponível ao expropriado, a título de multa, que poderá

³⁸ CPC, art. 921, I.

³⁹ CPC, art. 633 c/c art. 461, § 2º.

integrar o precatório caso este não seja expedido até certo tempo por culpa não imputável ao expropriado. A multa sujeita-se somente à correção monetária. Algo diferente não fica descartado, mas sempre diante das condições do caso concreto, afastada qualquer compensação abstrata além dos juros da mora.

O tratamento flexível, isto é, conforme as condições do caso, é da natureza do Direito Econômico. Essa natureza é expressa nas regras estudadas pelo clássico Washington Peluso Albino de Souza⁴⁰. Entre essas regras de alto valor jurídico, incluem-se a do equilíbrio, a da primazia da realidade social e a da flexibilização. Em obséquio a essas regras, que têm a dupla função de fontes e critérios de interpretação, a doutrina reconhece no Direito Econômico uma *ideologia do justo equilíbrio de interesses*, admite uma força jurígena decorrente dos fatos da realidade socioeconômica e privilegia as *negociações particulares* na composição dos interesses e direitos de partes para evitar o locupletamento sem causa.

Sensível a essa característica do Direito Econômico, o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a questão constitucional da taxa máxima de 12% de juros reais, prevista no revogado § 3º do art. 192 da Constituição, estabeleceu que o referido dispositivo não era auto-aplicável⁴¹. O fundamento da decisão foi triplo: a) o *caput* do art. 192 previa que o sistema financeiro seria regulado por lei complementar que não fora editada; b) os juros reais não foram conceituados pelo texto constitucional; c) só o tratamento global da futura lei complementar poderia gerar condições para respeitar a taxa fixa de 12% de juros reais.

Quando analisadas em conjunto as súmulas dos juros compensatórios, a decisão do FGTS (*RTJ*, n. 174, p. 916) e a decisão sobre a taxa dos juros reais (*RTJ*, n. 147, p. 719), gera-se uma percepção de desequilíbrio da dogmática constitucional. Isso pode ocorrer pelo sistema de julgamento que permite conhecer um recurso por um fundamento e não por outro, à míngua de questionamento prévio.

⁴⁰ SOUZA, 2003, p. 122, 125 e 131.

⁴¹ ADI n. 4-7-DF, rel. min. Sydney Sanches, Plenário, *DJ* de 23 jun. 1993.

A solução legislativa faz uso de prognósticos para proteger a economia. A resposta da regulação dos juros reais exigiria do órgão responsável pela edição do ato uma conformação da norma legal com a delicada matéria econômica, algo que ficaria infenso à sindicância judicial.

Em paralelo com a questão dos juros reais, se poderia concluir que os juros compensatórios somente poderiam ser viáveis, no âmbito do argumento constitucional, se a lei conceituasse o sentido da justa indenização; se esse conceito considerasse o sentido global de justiça distributiva, assegurando a todos os credores do Estado a possibilidade de recebê-los a título de compensação ou remuneração abstrata do dinheiro não recebido no vencimento.

As súmulas em apreço, por não consistirem regulação no sentido tradicional, padecem da insuficiência e imperfeição a ponto de não conseguirem realizar, ao longo do tempo, o sentido de justiça alocativa que pretendiam. Prova disso são as deficiências, as acusações de produzirem uma indenização fictícia já apontada. Não há prova mais ardente do seu desserviço como “norma” judicial, visto que construída sobre uma discutida base constitucional e legal, além de ensejar uma prática divorciada da experiência de mercado. O cancelamento, ademais, abre espaço para criar ou fortalecer uma regulação modernizada.

3.5 Oportunidades e opções de regulação do mercado de terras

Criar, estender ou aperfeiçoar a regulação estatal significa intervir na configuração de interesses econômicos estabelecidos. Sobre a teoria da regulação econômica, George Stigler escreve:

O Estado – a máquina e o poder do Estado – é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda atividade econômica na sociedade. Com seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou dar dinheiro, o Estado pode (e efetivamente faz) ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número de indústrias. [...] As tarefas centrais da teoria da regulação econômica são justificar quem receberá os benefícios ou

quem arcará com os ônus da regulação, qual forma a regulação tomará e quais os efeitos desta sobre a alocação de recursos⁴².

O autor esclarece, ainda, as duas visões da regulação de emprego comum. A primeira concerne ao objetivo da regulação que visa à “proteção e benefício ou do público em geral ou de uma grande parcela dele”. A segunda refere-se à regulação como um processo político que “carece de uma explicação racional”. Quando essa racionalidade desaparece, o escopo do benefício se retrai para favorecer apenas uma parcela mínima do público. Quando isso acontece, é tempo de rever ou reforçar a regulação⁴³.

A análise jurídica e econômica dos preços de terras revela uma técnica de avaliação, incorporada ao Direito escrito, que tende a aproximar o dano economicamente compensável, o quanto possível, ao natural⁴⁴ das relações de mercado. Na prática, ao contrário, forças humanas ora provocam distorções, ora buscam tirar proveito delas a fim de maximizar – mediante ganhos artificiais – os interesses privados. O Poder Judiciário, embora não seja esse o seu intento, termina colaborando com essas forças. Não é desejável, do ponto de vista do interesse público, que o Estado permita essas distorções de ganhos.

A eficiência, como conceito incorporado ao texto da Constituição⁴⁵, reclama, na sociedade moderna, minimização de custos das políticas públicas para, acima de tudo, maximizar os interesses de todos. Isso significa pôr a racionalidade econômica a serviço do mais alto grau de retorno dos recursos públicos. Com esse propósito, provoca-se a discussão acerca do aperfeiçoamento da regulação do mercado de terras. A proposta de cancelamento das súmulas dos juros compensatórios é apenas um ponto de partida, que deve ser seguido de outras iniciativas.

⁴² STIGLER, 2004, p. 23.

⁴³ Ibidem, p. 24. No caso dos juros compensatórios, a política judicial – emanada do órgão judicial supremo e não do parlamento – não mais atende à “explicação racional” que deu origem às Súmulas questionadas na presente exposição.

⁴⁴ Desde os fisiocratas a economia começou a ganhar um tratamento científico. Na visão da Fisiocracia, “os fenômenos econômicos fluem livremente, seguindo leis naturais, como o sangue no organismo humano” (SOUZA, 2003, p. 45).

⁴⁵ CF, art. 37, *caput*.

Os problemas do mercado de terras rurais no Brasil não encontram nessa exposição abordagem completa. Não há essa pretensão. Por isso as sugestões abaixo são meramente indicativas e levam em conta as discussões precedentes, inclusive as conclusões de Relatório do TCU.

O Relatório de Auditoria-piloto⁴⁶ reuniu evidências de gestão anti-econômica de órgão regional do Incra. O objeto de exame foi um conjunto de processos de desapropriação finalizados. Vários foram os defeitos de conformação, entre os quais se incluem inadequações de classificações agrônômicas de terras, superavaliação de plantações (cobertura vegetal) e de florestas, e adoção do método de custo de reprodução em lugar do método do valor econômico de certos itens de avaliação.

As evidências indicam, ainda, que o Incra costuma propor ações judiciais mesmo tendo os expropriados concordado com as ofertas; que é superior a 10% o índice de abandono ou transferência ilegal das glebas distribuídas; que as avaliações não excluem as faixas de terras ribeirinhas fora do domínio dos proprietários. Esses defeitos revelam graves erros na fase administrativa da desapropriação, com indícios de fraudes e sérios danos ao erário.

O Relatório formula várias sugestões quanto à gestão ambiental, à organização do Incra, à questão contábil das propriedades expropriadas, a aspectos técnicos das vistorias e avaliações, à oferta de terras feitas pela Secretaria do Patrimônio da União, a glebas abandonadas, a estudos prévios de viabilidade econômica e social e à condução do processo judicial pela Procuradoria da autarquia. Essas sugestões devem ser consideradas no âmbito do fortalecimento da regulação.

As sugestões seguintes compreendem a organização de cadastro de terras; a possibilidade de compensação adicional pelo atraso no pagamento de indenizações, mas diversa dos juros compensatórios; a indenização parcial de remanescente; a criação de grupo técnico de arbitramento administrativo; a liberação total da oferta no processo judicial; a reestruturação de resgate dos Títulos da Dívida Pública; a

⁴⁶ *Processo TCUTC-014.577/2003-0. Anexo D – O Incra discorda do resultado da auditoria.*

previsão de antecipação de tutela nas desapropriações indiretas; e a negociação de terras rurais em bolsa.

Conforme o professor Bastian Reydon, a regulação passa necessariamente pelo cadastro operado pelo Incra, a titulação das terras e sua posse⁴⁷.

Uma das idéias que tenho é que temos que efetivamente regular o mercado de terras. Isto é, temos que ter um bom cadastro, boa titulação etc. Temos que ter um Estado que regule para os fins sociais, econômicos e ambientais a propriedade da terra. Isto é, uma mudança que não conseguimos operar até hoje e é tão elementar, básica. Basta utilizar a tecnologia disponível e estabelecer algumas regras de transição da antiga legislação de terras (Lei de Terras, Estatuto da Terra), acabar com a posse e a partir daí a possibilidade de se especular com terras já diminui muito. Talvez possamos colaborar nisso.

Um cadastro unificado de propriedades rurais reduziria a ocorrência de fraudes e propiciaria a regularização da propriedade. Isso poderá ser implementado a partir de um projeto piloto. A necessidade do aperfeiçoamento do cadastro do Incra revelou-se imperativo nos trabalhos da “Comissão Parlamentar de Inquérito da Reforma Agrária” realizada pela Assembléia Legislativa do Paraná cujo Relatório apontou, ainda:

- a dimensão da violência das invasões;
- o desrespeito à preservação ambiental;
- a necessidade de reaparelhamento do Incra;
- a resistência dos proprietários às desapropriações administrativas;
- a deficiência na gestão de assentamentos (gestão antieconômica)⁴⁸.

É preciso reverter o cenário de especulação com as terras não-urbanas. A intervenção inclui, também, encerrar a prática de compen-

⁴⁷ Vide: <www.bastiaanr.iadb.org>. Acesso em: 28 set. 2004.

⁴⁸ Relatório Final 2004-2005, presidente deputado Élio Rusch e relator deputado Mário Bradock.

sação artificial mediante a concessão de juros compensatórios. Sugere-se que só excepcionalmente a indenização complementar poderá ser concedida, quando o proprietário preencher dois requisitos: a prova do efetivo prejuízo e não ter dado causa ao retardamento do processo de desapropriação. Com a titulação precária da terra improdutiva, fica quase impossível comprovar dano superior ao montante dos juros de mora por eventual atraso em pagamento de indenização.

A compensação suplementar poderá, também, ser adotada pelo juiz, mas na forma de multa, em paralelo com a pena convencional prevista no Código Civil, atendidas as características da coisa e sua vocação frutífera. Não parece justo dar igual tratamento à compensação da desapropriação de terra para reforma agrária, de área destinada à preservação ambiental, de faixa de terra para construção de estrada, de lotes ou imóveis construídos em grandes cidades etc. sem considerar o que a propriedade significa, no caso concreto, para o proprietário. Esses vários segmentos se distinguem pelos seguintes aspectos: custo de aquisição, custo de manutenção, valorização de mercado, nível de utilização ou exploração e grau de liquidez.

Qualquer indenização suplementar deverá penalizar eventual comportamento do expropriante que der causa ao prolongamento do processo judicial.

Outra atenção vai para a desapropriação indireta de área remanescente. Não é do interesse público impor ao Estado a aquisição compulsória de remanescente que deve ficar com o proprietário. Na ocorrência de desapropriação direta em que o remanescente tem o seu valor reduzido em razão da rodovia ou outra obra ou projeto do poder público, o razoável é atribuir ao proprietário uma indenização complementar sem demover dele a propriedade. Tome-se o exemplo de uma propriedade de 950 hectares, sendo uma parte de 800 hectares desapropriada. Suponha-se que, em razão desse fato, o remanescente de 150 hectares fica desvalorizado ou descaracterizado para o fim a que normalmente se destinava. Apura-se o valor do remanescente ao preço por hectare da parte desapropriada e sobre essa base de cálculo arbitra-se uma indenização para cobrir a desvalorização da mesma área remanescente que continuará com o proprietário.

No Reino Unido, a jurisprudência tem geralmente admitido um ressarcimento adicional que varia entre 2% e 5% desse montante⁴⁹. Embora compensação maior seja possível, não parece razoável arbitrar indenização completa, pois impor ao governo que adquira uma área sem qualquer projeto de aproveitamento não consulta o interesse público. Sem projeto de ocupação ou utilização, a terra termina sendo ocupada, quando não pelo antigo dono, por terceiros, aventureiros ou grileiros que costumam promover desmatamento e realizar outros interesses.

A avaliação administrativa é outro elemento que exige atenção. Essa deverá ser submetida a um procedimento sumário com contraditório e confirmada por um conselho técnico. A sugestão é que poderão integrar esse conselho um número razoável de 5 membros: um técnico do Incra, um representante do TCU, um representante do Ibama, um técnico indicado pela academia (universidade) e um representante dos proprietários de terras rurais. O conselho poderá ser presidido por um representante da AGU sem voto. A razão da sugestão do conselho ou grupo técnico é que o Incra, ao longo do tempo, conquistou pouca reputação em perícia rural.

Espera-se que o processo judicial de desapropriação seja instruído com uma oferta validada por um processo administrativo correto. Dessa forma, se na audiência de conciliação e julgamento não for possível concluir o processo, nessa oportunidade não há razão para não tornar disponível o total da oferta, em dinheiro ou em títulos conforme o caso. A liberação total da oferta somente deverá ser sustada quando houver graves e fundados defeitos de avaliação, fora as dúvidas de titularidade de direito.

Os prazos de resgates dos TDAs poderão variar, também, de acordo com o comportamento do expropriado de aceitar ou não a oferta. O propósito dessa sugestão é desestimular o prolongamento do feito. Esses prazos podem ser abreviados para o caso de o expropriado aceitar o preço previamente homologado por um grupo técnico.

⁴⁹ GIBBARD, 2001; ROSE.

No processo de desapropriação indireta, sugere-se a possibilidade de o juiz, a requerimento da parte, antecipar a tutela, sob certas condições, para admitir o depósito de até 80% do preço que for apurado segundo uma estimativa sumária. Uma das condições é que a ação seja proposta dentro de um ano e dia do apossamento. A previsão se justifica em face da proteção da propriedade e para evitar atrasos na liquidação da indenização.

Sugere-se, também, a criação de uma bolsa de terras rurais a fim de obter ofertas de particulares, interessados em ver seus imóveis desapropriados. A prática mostra que as ofertas já acontecem. A bolsa abrigaria essa prática. Se implementada, a proposta certamente exigirá mudança no planejamento da política de reforma agrária, especificamente quanto à obtenção de terras. A consolidação de um cadastro unificado e conseqüente regularização dos títulos, como sugeridos acima, facilitará a proposta da bolsa de terras.

O mercado de terras em bolsa se tornaria importante na medida em que crescesse o volume de negociações. A bolsa teria por objeto organizar o funcionamento, por meio de sistema de negociação apropriado, de um mercado livre e aberto de terras; assegurar ao sistema adequado grau de transparência; prestar apoio técnico aos órgãos judiciais quanto às avaliações de terras; criar mecanismo operacional e regulamentar capaz de desenvolver padrões éticos elevados no ambiente de negociação.

Negociações de terras em bolsa pelo Incra, por exemplo, dependente de autorização legal, poderão ser feitas de acordo com a estrutura da Bolsa Brasileira de Mercadorias, sem prejuízo da atual sistemática de negociação de Títulos da Dívida Agrária (mercado secundário).

Como última sugestão, é preciso que o Incra fortaleça seu setor de vistorias administrativas, admitindo técnicos que possam desenvolver com liberdade uma cultura de perícia confiável, sustentada por uma massa crítica de profissionais altamente treinados.

A presente exposição não pretende exaurir todos os itens que a regulação deva abranger. As sugestões são apenas indicativas para

futura discussão. O essencial é manter o foco da regulação na organização do mercado de terras, tendo em vista as diversas peculiaridades e a expansão do interesse do Estado na aquisição⁵⁰ de terras para implementação das suas políticas.

4 Conclusão

Os objetivos traçados na introdução foram reunir argumentos para provocar o cancelamento das súmulas dos juros compensatórios e fazer sugestões para fortalecer o regulamento do mercado de terras. A proposta de cancelamento se funda na incompatibilidade das mesmas súmulas com a nova ordem e se destina a facilitar a regulação sugerida.

A exposição logrou comprovar que a cláusula da justa indenização da terra não pode ser interpretada isoladamente, mas no contexto de uma racionalidade constitucional que abriga uma noção de justiça para todos.

O estudo também comprovou a hipótese de que o cenário econômico de alta inflação em que as súmulas foram editadas em nada se compara com as condições atuais da economia brasileira. Os atrasos no pagamento das indenizações continuam a existir. Mas não têm a conotação abusiva que tinham noutras épocas, em que a prática democrática era escassa ou quase inexistente.

Ao longo da discussão, o trabalho sugere que os juros compensatórios fazem parte de um conjunto de condições que tornam o mercado de terras extremamente imperfeito. Essas condições são responsáveis por rendas improdutivas⁵¹ geradas pela função ineficiente do governo, sobretudo na condução da política da reforma agrária e da preservação ambiental. Os juros compensatórios concorrem

⁵⁰ O presente trabalho não discute a discriminação de terras públicas (Lei n. 6.383/1976). O autor entende, porém, que esse instituto poderia ser mais utilizado pela União.

⁵¹ Quanto maior o espaço para geração de rendas improdutivas (ganhos que ultrapassem um retorno normal propiciado pelas trocas competitivas), na presença do Estado, tanto mais amplos são os incentivos e oportunidades para a corrupção. Ver ELLIOTT, 2002, p. 265.

para a perversa especulação nesse mercado. O fato de os donos de terras não terem que provar efetivo prejuízo, para fazerem jus aos mesmos juros, estimula negócios com terras em que a linha entre o legal e o espúrio ora se confunde, ora se mostra obnubilada pela generosidade das indenizações, distantes das boas práticas. A desapropriação-sanção converte-se, não raramente, em desapropriação-prêmio. Contra essa injustiça institucionalizada o cancelamento das questionadas súmulas parece urgente e abre espaço a uma regulação do mercado de terras.

Regular, na forma a seguir sugerida, é uma necessidade constatada e não uma decorrência necessária do cancelamento das Súmulas. Mas o cancelamento certamente será uma contribuição eficiente do Supremo Tribunal Federal a essa regulação.

São várias as sugestões. Segue o resumo das principais:

- organização pelo Incra de cadastro unificado de terras rurais da União com o fim de combater o fenômeno da grilagem e facilitar a regularização do domínio;
- fortalecimento do processo de avaliação administrativa, mediante um contraditório sumário e decisão final sobre a indenização por um grupo ou conselho técnico a fim de reduzir a incerteza sobre a consistência da avaliação e, assim, reduzir o grau de discussão judicial sobre o preço;
- recomendação ao Incra de que, ao propor a ação de desapropriação, apresente resumo na inicial, ou anexo a ela, dos pontos impugnados do laudo de vistoria administrativa, junte cópia do processo administrativo, requeira a realização de audiência de conciliação e o afastamento de juros compensatórios em face do art. 404, parágrafo único, do Código Civil/2002;
- recomendação ao Incra, ainda, em caso de frustrado acordo acerca do preço, de que requeira o registro, no termo de audiência, dos pontos do laudo administrativo que mereceram impugnação específica pelo expropriado ou que se registre a ausência de impugnação quando for o caso;

- liberação do total da oferta aprovada pelo juiz de 1º grau – com pagamento em títulos, sem prejuízo dos prazos de resgate desses, ou dinheiro – por ocasião da audiência de conciliação e julgamento ou logo após; prosseguindo-se o processo, sendo o caso, apenas para buscar indenização adicional;
- reestruturação dos prazos de resgate dos Títulos da Dívida Agrária a fim de abreviar o resgate⁵² para os expropriados que aceitarem a oferta administrativa, devendo o proprietário ser previamente esclarecido sobre esse resultado;
- desapropriação de remanescente na base de indenização parcial, isto é, sem incorporar o imóvel ao domínio do ente público;
- inclusão no cálculo administrativo da indenização, em caso de imóvel que foi objeto de degradação ambiental, de valor correspondente ao dano de responsabilidade do titular ou seu preposto, a ser deduzido do preço;
- previsão de indenização suplementar nos termos do Código Civil, se possível modelada de forma que impeça a utilização do processo apenas com o propósito de buscar ressarcimento abstrato;
- possibilidade de antecipação de tutela em caso de desapropriação indireta e na hipótese de ajuizada a ação antes de um ano e um dia do apossamento pelo Poder Público;
- inclusão na perícia, realizada no processo de desapropriação indireta, de toda sorte de perdas e danos, devidamente justificados, afastada indenização adicional a não ser nos termos do Código Civil;
- criação de bolsa de terras rurais, abrindo-se a oportunidade para os proprietários ofertarem suas terras num mercado transparente;

⁵² A MP n. 192, de 17 de junho de 2004, representava uma tentativa nesse sentido, mas foi rejeitada pela Câmara dos Deputados (Ato do Presidente, *DOU* de 20 out. 2004).

- ampla revisão do Decreto-Lei n. 3.365/1941, acrescentando regras de apuração do valor da indenização de terras destinadas à preservação ambiental e para outros fins.

A implementação das sugestões de regulação eficiente do mercado de terras depende da reafirmação do Estado, nas suas três vertentes – judicial, executiva e parlamentar – de levar adiante o firme propósito constitucional de redistribuir a terra para quem dela necessita a fim de realizar o seu sonho de felicidade. A adequada afetação dos recursos públicos na indenização da terra, inclusive a destinada à preservação ambiental, resume o foco deste trabalho.

Referências

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DA REFORMA AGRÁRIA. Assembléia Legislativa do Paraná. *Relatório final 2004-2005*. Presidente: deputado Élio Rusch. Relator: deputado Mário Bradock.

ELLIOTT, Kimberly A. (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2002.

GARBADO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Apresentação do ministro Carlos Ayres Brito. São Paulo: Manole, 2003.

GIBBARD, Roger. *The compulsory purchase of farmland: identifying severance and injurious affection claims*. Disponível em: <www.expropriationlaw.ca/articles/art03500_files/art03501.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Conrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck da 20. ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ROSE, Samuel. *Compensation*. Disponível em: <www.samuelrose.co.uk/compensation.asp>. Acesso em: 27 jun. 2005.

SOUZA, Nali J. *Curso de economia*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Washington P.A. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

STIGLER, George. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

TAVARES, Lúcia. Prefácio. In: JANSEN, Letácio. *Direito monetário: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. XI-XII.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Rational choice and the framing of decisions. *Journal of Business*, v. 59, n. 4, p. 2, 1986.

_____. Choices, values and frames. *American Psychologist*, v. 39, n. 4, abr. 1984.

_____. The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, v. 211, 30 jan. 1981.

_____. Causal thinking in judgment under uncertainty. In: BUTTS, R.E.; HINTIKKA, J. (Ed.). *Basic problems in methodology and linguistics*. Dordrecht: Reidel, 1977.

Seção V

Temas Atuais

Refutações lógicas à teoria dos conflitos de direitos¹

Fernando M. Toller*

*O princípio mais certo de todos é aquele sobre o qual é impossível estar equivocado [...]. Trata-se de que o mesmo atributo não pode, ao mesmo tempo e no mesmo sentido, ser e não ser sobre o mesmo sujeito (ARISTÓTELES, *Metaphysica*, IV, 3, 1005b 11-12 e 18-20).*

Sumário: 1 A decisão sobre os direitos e liberdades como centro do atual direito constitucional. 2 Os denominados “conflitos de direitos”. 3 Objeto deste trabalho. 4 A lógica do sacrifício e o esquecimento do princípio de não-contradição. 5 Aceitar os “conflitos de direitos” nega as regras da Lógica. 6 Uma repassagem pelas proposições categóricas. 7 O quadro de oposição lógica e as inferências imediatas. 8 Os transcendentais e a sua não- oponibilidade. 9 O princípio “lógico-jurídico” de não-contradição. 10 Aplicação ao Direito das regras lógicas de inferência imediata. 11 Os litígios concretos e uma particularidade de algumas proposições singulares.

* Fernando M. Toller é advogado (Pontifícia Universidade Católica Argentina, 1991), doutor em Direito (Universidade de Navarra, Espanha, 1997), professor titular de Direito Constitucional, diretor do Doutorado em Direito, Universidade Austral (Buenos Aires), professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e “Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 2002”. Foi condecorado com a Medalha Clóvis Beviláqua, outorgada pelo Estado do Rio de Janeiro por intermédio da UERJ (2006). *E-mail:* <fernando.toller@fd.austral.edu.ar>.

¹ Tradução de Frederico Bonaldo, com a colaboração de Mônica Salles Ehlers e Mariana Cavalcanti Jardim. Trabalho concluído com o financiamento do Fondo de Ayuda a la Investigación da Universidade Austral, no marco do *Primer Concurso Interno de Proyectos de Investigación Científica 2004 de la Facultad de Derecho, Resolución del Comité Evaluador del 15 de diciembre de 2004*. Uma versão prévia deste trabalho publicou-se como “I conflitti tra i diritti di fronte al principio logico di non contraddizione” (in: *Ars Interpretandi: annuario di ermeneutica giuridica*, n. 9, p. 231-257, 2004).

12 A oposição de proposições jurídicas singulares de caráter analítico. 13 A oposição de proposições jurídicas singulares de caráter sintético. 14 Uma “possibilidade” impossível e o final da demonstração lógica da inexistência dos conflitos de direitos. 15 Antijuridicidade, causas de justificação e o sentido da harmonização dos direitos. 16 Aplicar Lógica não significa que o Direito seja Matemática. 17 Conclusões.

1 A decisão sobre os direitos e liberdades como centro do atual direito constitucional

A Constituição é o esqueleto do Estado moderno, política e juridicamente organizado. Desde a própria etimologia latina e, antes ainda, indo-européia, *constitutio* se refere tanto à natureza ou organização essencial e estável de algo como ao fato da sua criação, ao seu ser posto em existência, à ação de conferir-lhe o ato de ser².

Dentro mesmo da Constituição, os direitos e liberdades são o mais profundo, o mais constitutivo, o mais *constitucional*. A razão é que, ao pôr-se por cima de qualquer outro objetivo estatal o reconhecimento e a tutela das atribuições fundamentais do homem – ser digno e fim de todo o ordenamento jurídico –, esses direitos conformam a comunidade política de um modo humano.

Assim, tanto um Estado monárquico como um republicano podem ser comunidades políticas *constitucionais*, mas não o pode ser um Estado em que os direitos não sejam reconhecidos e respeitados, em maior ou menor medida.

Essa maior relevância dos direitos e liberdades se manifesta no fato de que o cidadão comum depende muitíssimo menos dos meandros da organização política e administrativa que uma Constituição instaure do que da circunstância de que lhe seja garantido o gozo efetivo de certos direitos e liberdades, algo que realmente o afeta de modo direto.

² COROMINAS, 1987, p. 167; GÓMEZ DE SILVA, 1998, p. 180, 185, 276 e 278; ALONSO, 1968, p. 1190; MACCHI, 1941, p. 117; *Enciclopedia Vox*, 1961, p. 828.

Em conexão com o que se acaba de afirmar, pode-se dizer, hoje em dia, que o principal conteúdo do bem comum é o reconhecimento, a promoção, a satisfação e a defesa, tutela e garantia dos direitos humanos³. Portanto, não é de se estranhar que uma das coisas que conduziu os Estados Unidos da América à grandeza que exhibe em tantos âmbitos – e que está no núcleo do assim chamado *american style of life* – é aquela frase da Declaração de Independência (1776):

Nós apoiamos que estas verdades são auto-evidentes: que todos os homens foram criados iguais, e que a eles o Criador concedeu certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

Essa importância das prerrogativas fundamentais da pessoa é, afortunadamente, um fato inegável. Essa transcendência fez com que, atualmente, boa parte do debate jurídico e ético se desenvolva em termos de direitos. Pela mesma razão, nos últimos duzentos anos, o Direito Constitucional tem tingido, progressivamente, boa parte do Direito, a partir das exigências relativas a distintos direitos e liberdades que vem apresentando aos diferentes ramos da ciência jurídica, desde as áreas clássicas – como o Direito Processual, o Penal, o Civil, o Administrativo, o Internacional – até as de nascimento mais recente – como o Direito da Informática e o Direito Ambiental.

Por outro lado, existem boas razões para se pensar que a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade estão – como facilmente se vê – no centro dos desafios do Direito Constitucional. Logo, combinando ambos os elementos – os direitos como o mais constitucional e a interpretação e o controle como centro da problemática constitucional –, haver-se-á que concluir que a interpretação e a decisão sobre o conteúdo dos direitos e o controle constitucional de razoabilidade sobre as normas que podem lesá-los estão, de um modo especial, na cúspide dos problemas dessa dinâmica área do Direito. Por isso, uma Corte Suprema ou um Tribunal Constitucional – encarregados últimos, em cada país,

³ FINNIS, 1980, p. 218; BIDART CAMPOS, 1991, p. 144.

de definir o conteúdo e a inter-relação dos direitos fundamentais e das liberdades públicas – têm a relevância tão extraordinária que se pode perceber.

Assim, pode-se dizer que a interpretação constitucional e o controle de razoabilidade – em especial sobre os direitos e liberdades – são, em boa medida, *o drama e a glória do Direito Constitucional*. O drama, porque a tarefa é complexa e ciclópea, e correm-se sérios riscos de ativismo judicial exacerbado, de substituir as exigências constitucionais e do bem comum pelo critério pessoal do decisor. Gera-se, assim, ao fim e ao cabo, o descrédito dessa alta função, em razão da sensação popular de que qualquer coisa é afirmável a partir da Constituição, que fica reduzida a um brinquedo nas mãos de quem tem o poder para manipulá-la. É também, por outro lado, a glória do Direito Constitucional, porque, como definiu o juiz Marshall, é essencial para uma Constituição ser superior às leis, e essa interpretação e controle constitucionais garantem a sua supremacia⁴; dessa maneira – recordava Alberdi –, as leis vivem em função da Constituição, e não a Constituição se as leis o permitem⁵. A tarefa é difícil, mas o Direito Constitucional não pode renunciar a tentar lográ-la. De outro modo, o Direito já não seria a luta pela justiça, mas a tirania das normas emanadas de maiorias parlamentares ocasionais.

2 Os denominados “conflitos de direitos”

Após o que se acaba de dizer, advertir-se-á o interesse que pode suscitar a reflexão sobre os modos com que os juristas interpretam e decidem em termos constitucionais, especialmente em matéria de direitos fundamentais, assim como – se fosse o caso – a releitura desses direitos, para evitar que, por utilizar maus caminhos, se possa arribar a maus destinos. Dentro desse terreno, um dos problemas principais – e que recorrentemente se apresenta ao Direito Constitucional e à Teoria Geral dos Direitos Humanos – é o de

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch), n. 137, p. 177-180, 1803.

⁵ ALBERDI, 1957, cap. 3, p. 190.

estabelecer a solução razoavelmente justa em todos aqueles campos em que os direitos fundamentais da pessoa parecem se opor, ou, de modo mais geral, em que parecem colidir dois bens constitucionais, como é o caso de um direito constitucional e um interesse geral.

Essa questão relativa às relações entre os direitos é usualmente abordada em termos de irrefreável colisão ou oposição entre eles⁶. O resultado é que, em grande parte, a resolução de litígios constitucionais passa, hoje em dia, pela escolha de um dos bens em jogo e pela postergação ou anulação do outro, como ocorre na doutrina e na jurisprudência hegemônicas no Direito nacional e comparado⁷.

Para superar esses “conflitos” entre direitos constitucionais – a rigor, melhor seria falar de “pontos de contato” entre eles – costuma-se recorrer, basicamente, a dois métodos. O primeiro consiste em estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais – *categorization of rights*, no léxico anglo-saxão. O segundo procura decidir mediante o teste do balanço ou do “balanceamento” – *balancing test* – também chamado ponderação. Ambos os métodos supõem que os

⁶ Cf., por todos, ALEINIKOFF, p. 943 e 946, 1987.

⁷ Ver essa conclusão – logicamente coerente com as suas posições conflitivas – em, entre outros muitos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1985, p. 205 e 229); GONZÁLEZ NAVARRO (1994, p. 150); e B. BIANCHI (1990, p. 11, 12 e 15). Um *racconto* de doutrina alemã, de clara filiação conflitivista, pode-se ver em CASTILLO CÓRDOVA (2005, p. 372, nota 1); RÜFNER (1976); SCHLINK (1976); BETHGE (1977); SCHNEIDER (1979); e HESS (2000).

A jurisprudência de inspiração conflitiva, por sua vez, é igualmente vastíssima. Nos trabalhos de doutrina a que se fez referência podem ser encontradas as citações mais diversas de sentenças nesse sentido, provenientes das mais variadas jurisdições. Sirva-se, como amostra na jurisprudência estrangeira, a doutrina do Tribunal Constitucional espanhol em *STC* n. 187, 1999, FJ 12, *BOE*, n. 286, 30-11-1999, suplemento, *RTC* n. 187, 1999, a qual se transcreve no texto um pouco mais abaixo. Na Argentina, essa doutrina pode-se ver – entre outras muitas sentenças – em *CSJN, Quevedo Mendoza c/ Provincia de San Luis, Fallos*, n. 303, p.1633, 1981. Ali, a Corte Suprema aderiu ao voto do Procurador Mario Justo López, que, no ponto II, *in fine*, de seu parecer, aludia “[à] reiterada jurisprudência de V.E. segundo a qual é da essência do Poder Judiciário decidir colisões efetivas de direitos (ver também *Fallos*, n. 2, p. 253; n. 12, p. 372; n. 24, p.248; n. 94, p. 444; n. 95, p. 51 e 290 e n. 301, p. 991, entre outros)” (cf. *idem*, p. 1636). A mesma idéia, com respeito à jurisprudência de tribunais inferiores argentinos, em *CNacTrab*, Sala III, “Di Biase”, *Derecho del Trabajo* 1988-A-35.

dois direitos estão no caso, e isso, forçosamente, leva a que, quando se decide o litígio, um deva ser sacrificado.

A esses métodos está intimamente ligada a doutrina dos “limites externos” dos direitos fundamentais, que conta também com apoio maciçamente majoritário⁸. Tal doutrina supõe que se deve restringir o direito a partir de fora, externamente: existe o direito, mas, em razão de algo externo, ele é cerceado, seu alcance é reduzido.

O que se acaba de dizer implica – como depois se exporá – que as doutrinas “conflitvistas” incorrem na negação do princípio lógico de não-contradição. Com efeito, aquele que perde em um juízo ou, antes, na decisão legislativa *tem o direito*, mas, ao mesmo tempo, *não o tem*, pois se decide, judicial ou legislativamente, que é melhor a sua eliminação ou restrição. Opta-se, assim, por sacrificar direitos da pessoa, como se fossem elementos “descartáveis” no mercado jurídico. Dessa maneira, esquece-se que retardar um direito humano é postergar a pessoa de seu titular, e que essa opção só pode estar baseada na arbitrariedade.

3 Objeto deste trabalho

No marco de toda a complexa problemática descrita, este trabalho focaliza o seguinte ponto: a consistência lógica da doutrina que admite que os direitos fundamentais da pessoa estão ou podem estar em verdadeiro e próprio conflito ou oposição. Desse modo, tentar-se-á refutá-la, ao se demonstrar de que modo ela violenta as regras da Lógica e que, portanto, deve ser descartada, em virtude de não passar por essa prova necessária e, de alguma maneira, *primordial*.

Em consonância com o objeto deste estudo, não chegarei nem mesmo a nomear mais que uma dezena de elementos filosóficos e jurídicos – intimamente imbricados entre si, relativos ao tema dos conflitos de direitos –, tanto com respeito à exposição dessa dou-

⁸ Sobre a aceitação quase global da doutrina dos limites externos dos direitos, ver AGUIAR DE LUQUE (1983, p. 17 e 28-30; 1993, p. 9 e 12). Sobre esse ponto pode-se consultar também PRIETO SANCHÍS (1990, p. 153-166).

trina, como a propostas alternativas e superadoras de hermenêutica constitucional. Apresentei-os em outros lugares, e a eles devo remi-tir-me⁹. Só é mister assinalar aqui que – contrariamente às teorias que admitem os conflitos de direitos – entendo que é incorreto – e muito prejudicial – analisar esses problemas partindo de uns “direi-tos armados”, necessariamente inconciliáveis. A colisão necessária não deixa de ser um “mito”, pois é possível uma visão diferente, na qual se inter-relacionem os direitos de modo harmônico. Dito isso, reitero que no presente trabalho irei me concentrar em expor por que, do ponto de vista lógico, não é adequado entender que os direitos estão ou podem estar em conflito.

Antes de adentrar no aspecto concreto indicado, convém apon-tar que a posição teórica que se adote sobre a *existência* ou a *não-existência* de conflitos de direitos condiciona, em grande medida, as sendas metodológicas que a jurisprudência e a doutrina irão per-correr perante um problema em que se vejam envolvidos direitos fundamentais e liberdades públicas, e, em não poucos casos, também o resultado desafortunado ou feliz ao qual se arribe.

4 A lógica do sacrifício e o esquecimento do princípio de não-contradição

Como se mencionou, os métodos da hierarquização e do *balan-cing test* e, com eles, a doutrina dos limites externos levam consigo um corolário implícito (embora isso não se diga, ou quem os utiliza não repare nele nem no fato de que, desse modo, quebra as regras da

⁹ Um desenvolvimento da metodologia de interpretação constitucional que sustento, substitutiva do conflitivismo dos direitos fundamentais, junto com uma exposição mais ampla dos métodos da hierarquização e do *balancing test*, pode-se ver no livro escrito em co-autoria com Pedro Serna (TOLLER; SERNA, 2000); mais resumidamente podem ser consultados os meus trabalhos prévios (TOLLER, 1998; idem, 1999); e, posteriormen-te, incorporando diversos elementos de análise (idem, 2005a; idem, 2005b). Na mesma linha, o meu livro (idem, 1999) e os artigos (TOLLER; REINA, 2002; TOLLER, 2004) são trabalhos sobre questões concretas que tentam demonstrar de que maneira é possível aplicar essa metodologia hermenêutica, harmonizando os vários direitos fundamentais neles estudados.

Lógica): que os dois direitos alegados existem no caso concreto, mas um deles – do qual uma das partes é titular e o exerce, exerceu-o ou o exercerá *legitimamente*, isto é, um direito que tem todas as virtualidades para o seu reconhecimento – deve *ser sacrificado* em função de um direito competidor superior, em abstrato e *a priori* – tal é o caso da categorização ou hierarquização –, ou superior em concreto – como ocorre com o método do balanço –, que será, então, o direito realmente eficaz e vinculante. Em definitivo: limita-se ou restringe-se externamente um direito em virtude de outro direito ou bem público, *ex ante* do caso – pela hierarquização – ou no próprio litígio – pelo *balancing test*.

Assim, como um exemplo entre milhares, pode-se ver esta afirmação do Tribunal Constitucional da Espanha:

Quando entram em conflito ou colisão dois direitos fundamentais, como agora é o caso, [...] impõe-se revisar a ponderação dos direitos confinantes feita pelos órgãos judiciais para averiguar se as suas resoluções *sacrificam devida ou indevidamente um deles em função do outro*, à luz exclusiva da Constituição¹⁰.

Dessa maneira, a teoria dos conflitos traz como consequência tornar ineficaz ou anular de modo sistemático um direito porque outro é considerado de maior peso.

O caso da encruzilhada entre a liberdade de informação e os direitos à honra ou à intimidade é, talvez, paradigmático do que se expôs. Como os juízes costumam decantar-se pela liberdade informativa – considerada, por alguns, mais importante para a comunidade política –, esse raciocínio, teoricamente imperfeito, leva, na prática, a um direito à honra ou a um direito à intimidade depauperados, perpetuamente retardados, tão-somente ilusórios, na verdade, dos quais, realmente, uma pessoa não será titular se

¹⁰ STC n. 187/1999, FJ 12, BOE, n. 286, 30–XI-1999, suplemento, RTC n. 187, 1999. Ênfase acrescentada.

eles se encontrarem com o direito à informação, que é considerado superior¹¹.

Utiliza-se, portanto, uma *lógica do sacrifício*, ao mesmo tempo em que se esquece o princípio lógico de não-contradição.

5 Aceitar os “conflitos de direitos” nega as regras da Lógica

A rigor, o sacrifício de direitos resultante das premissas conflitivistas é coerente com os postulados dessas doutrinas. Porém, como se procurará demonstrar, é contrário às regras da Lógica, já que a idéia mesma de conflito entre direitos viola as regras da ciência do pensamento racional e metódico. Por isso, uma repassagem por alguns conceitos centrais da Lógica das proposições poderá mostrar resultados muito fecundos para toda a discussão sobre os conflitos entre os direitos.

Minha tese é que o ponto de vista conflitivista é equivocado, pois implica abolir o *princípio lógico e ontológico de não-contradição*. Essa primeira lei lógica, que assinala que não se pode ser e não ser no mesmo momento e de acordo com as mesmas considerações, baseou desde sempre o pensamento da humanidade e, de modo consciente e científico, o tem feito nos últimos dois mil e trezentos anos, isto é, desde a sua formulação por Aristóteles (384–322 a.C.), aquele que era chamado por Dante “o mestre de todos os que sabem”¹², e que é, sem dúvida, o criador da ciência da Lógica¹³.

Sem esse princípio de não-contradição – que é evidente, necessário, universal e anterior a qualquer outro princípio do pensar – faz-se impossível todo pensamento, toda razão e verdade, toda inteligibilidade da realidade em geral, toda possibilidade de distinguir

¹¹ Esse risco foi expressamente admitido, por exemplo, na STC n. 121, 1989 (Sala 2ª, rel. Rodríguez-Piñero), JC, n. 24 p. 515, 522 e 523, 1989, voto particular do magistrado Díaz Emil, parágrafos 1º e 3º.

¹² DANTE ALIGHIERI. *A Divina Comédia*. Canto IV, linha 131.

¹³ STEBBING, 1969, p. 36.

algo¹⁴. Por isso, dizia Aristóteles que só é possível ignorá-lo se não se raciocina¹⁵ ou se se nega às coisas toda entidade determinada¹⁶.

Observe-se, nesse sentido, que o princípio de não-contradição encontra-se implícito em todo pensamento que realizamos. Dessa maneira, toda idéia, qualquer afirmação baseia-se, por assim dizer, numa estrutura de caráter binário: afirmamos ou negamos; é ou não é. Assim, desde o simples ato de sair de um quarto – que tem implícita a afirmação do que “é porta” e do que “não é porta” (“é parede”) – até as mais complexas elucubrações científicas e filosóficas baseiam-se, em último termo, nesse princípio. Logo, se o princípio de não-contradição faz possível todo pensamento e distinção, sem ele é impossível também todo raciocínio sobre o mundo do Direito.

Esse princípio fundamental da Lógica postula, segundo sua fórmula mais básica, que “o ser não é o não-ser”, ou, de modo mais elaborado, “não se pode ser e não ser ao mesmo tempo e sob as mesmas considerações”. Outros modos de enunciá-lo logicamente são: “é impossível que algo seja e não seja ao mesmo tempo, no mesmo sentido”, “é impossível que um mesmo atributo pertença e não pertença, ao mesmo tempo e no mesmo aspecto, ao mesmo sujeito”, “é impossível que as afirmações contraditórias, com respeito a um mesmo objeto e ao mesmo tempo, sejam verdadeiras”, “é impossível que duas proposições contraditórias sejam, ao mesmo tempo, verdadeiras e falsas”, “se o mesmo é o mesmo, o mesmo não é o outro”, “as coisas não podem ser o que não são ou não ser o que são”, “não pode ser válida uma coisa e a sua contrária” ou “se A é verdadeiro, não-A deve ser falso”. Dito de outra maneira, “não se pode dizer

¹⁴ ALARCÓN, p. 125, 1990; *ibidem*, p. 271 e 273-274, 1999.

¹⁵ ARISTÓTELES, 1984, p. 3, 1005b 11-23; p. 4, 1007a 20. Para o estudo de Aristóteles utilizei essa cuidada edição acima relacionada. As traduções são minhas. Para o leitor não habituado ao filósofo grego, talvez se deva assinalar que, na citação de seus trabalhos, além da menção ao livro e capítulo dentro da obra de que se trata, o modo mais exato de citar o *corpus aristotelicum* – seguido majoritariamente na atualidade – contém uns números e letras que fazem referência à edição em grego de Immanuel Bekker (1831, v. 5), do seguinte modo: o primeiro número se refere à página dessa edição, a letra *a* ou *b* à primeira ou à segunda coluna de cada página, e o número final à linha dentro da coluna.

¹⁶ *Ibidem*, IV, p. 4, 1007a 21-25.

que um predicado, tomado no mesmo sentido, corresponde e não corresponde a um sujeito” ou, o que é o mesmo, “se S é P, então S não é P é falso” (onde S é sujeito e P, predicado)¹⁷.

Indo às fontes, o próprio Aristóteles expunha o princípio de não-contradição do seguinte modo:

O princípio mais certo de todos é aquele sobre o qual é impossível estar equivocado; tal princípio deve ser o mais bem conhecido – porque todos os homens podem estar equivocados sobre as coisas que não conhecem – e não hipotético. [...] Evidentemente, tal princípio é o mais certo de todos; que princípio é este, nós vamos dizê-lo. Trata-se de que *o mesmo atributo não pode, ao mesmo tempo e no mesmo sentido, ser e não ser sobre o mesmo sujeito*. [...] Por ele é impossível para qualquer um pensar que a mesma coisa é e não é [...]. Se é impossível que atributos contrários possam corresponder, no mesmo tempo, ao mesmo sujeito, e se uma opinião que contradiz outra é contrária a ela, obviamente é impossível para o mesmo homem, no mesmo tempo, pensar que a mesma coisa é e não é; porque se um homem estivesse equivocado neste ponto poderia ter opiniões contrárias ao mesmo tempo. É por essa razão que todos os que estão levando a cabo uma demonstração se referem a ele como a uma convicção última; por isso é, naturalmente, o ponto de partida mesmo para todos os outros axiomas. [...] É impossível que possa haver demonstração de absolutamente todas as coisas; haveria um infinito regresso, de tal modo que não haveria demonstração alguma. Mas, se existem coisas das quais não se demanda demonstração, as pessoas não podem dizer qual princípio podem ver como mais indemonstrável que o presente¹⁸.

Após o trecho transcrito, o Estagirita refuta os filósofos e sofistas que negam esse princípio, mostrando de que modo – a partir de

¹⁷ Alguns desses modos de enunciar o princípio estão em SANGUINETI (1994, p. 105-106). Ver também ALARCÓN (1999, p. 275). Como assinalam Alvira, Clavell e Melendo (1984, p. 44), introduz-se as idéias de “ao mesmo tempo” e de “no mesmo sentido”, ou outras análogas, porque não há contradição em que, de modo sucessivo, uma coisa seja primeiro de um modo e depois de outro – uma folha, verde numa época, escarlate em outra –, ou que, tomada a partir de pontos de vista diversos, uma coisa seja diferente de si mesma – um homem, sábio em algumas coisas, ignorante em outras.

¹⁸ ARISTÓTELES, 1984, IV, p. 3-4, 1005b 11 a 1006a 12. Ênfase acrescentada.

sua negação, sendo tudo indistinguível – é impossível que possam pensar ou raciocinar com algum sentido sobre algo e, além disso, que é impossível que possam agir com alguma finalidade ou direção¹⁹.

Em outro lugar, Aristóteles volta a expor com precisão o princípio de não-contradição e, novamente, a refutar os sofistas:

Existe um princípio nas coisas sobre o qual não podemos ser enganados, mas sim que se deve sempre, pelo contrário, reconhecer a sua verdade: que *a mesma coisa não pode ser e não ser sobre o mesmo aspecto e ao mesmo tempo*, ou admitir qualquer outro par similar de opostos. Acerca de tais assuntos não existe prova no sentido pleno, ainda que existam provas *ad hominem*. Dele não é possível inferir sua mesma verdade a partir de um princípio mais certo [...]. Quem diz que isto é e não é denega o que ele afirma, de maneira que o que a palavra significa ele diz que ela não o significa; e isso é impossível. Portanto, se “isto é” significa algo, não se pode verdadeiramente afirmar o contraditório. [...] Mais ainda, se não é possível afirmar nada como verdadeiro, isto em si mesmo será falso: a afirmação de que não existem afirmações verdadeiras. Mas, se existe uma afirmação verdadeira, isso parece refutar o que é dito pelos que levantam tais objeções e destroem totalmente o discurso racional²⁰.

Certo é que, como reconhece o próprio Aristóteles, existe quem negue o princípio de não-contradição. Contudo, estamos, aí, em presença do irracionalismo radical, que nega toda possibilidade de intelecção e compreensão de algo. Em boa conclusão, esse pensamento condena, se for coerente, o total quietismo, não só filosófico como também físico ou material.

¹⁹ ARISTÓTELES, IV, p. 3-6, 1006a 1 a 1011b 23.

²⁰ *Ibidem*, XI, p. 5, 1061b 34 a 1062b 11. Ênfase acrescentada. Depois, refuta também, de modo concreto, vários filósofos que encarnavam o que Aristóteles critica (ver *ibidem*, XI, p. 6, 1062b 12 a 1063b 35). Além dos dois lugares citados, podem-se ver exposições do princípio de não-contradição e de sua derivação no princípio de terceiro excluído, ou referências explícitas a eles, em *ibidem*, X, p. 4, 1055a 34 a 1055b 29, e p. 7, 1057a 34. Também há alguma referência em sua *Poética*, p. 25, 1461b 15-18. Por outro lado, o princípio está implícito sempre que Aristóteles trata da contradição das proposições – que logo se verá –, em especial no *Perihermeneias* e nos *Analytica Posteriora*.

Conseqüentemente, quando se afirma algo definido, determinando claramente o sentido do enunciado e de suas partes – precisando concretamente quem é o sujeito, como é o predicado quando esse admite graus e sustentando que S é ou não é P –, entre verdade e falsidade não há termo médio, já que não se pode ser e não ser, no mesmo sentido e ao mesmo tempo. Por isso, diz-se também que, nesse caso, não há termo médio entre o ser e o não-ser, algo conhecido em Lógica e em Metafísica como “princípio do terceiro excluído”²¹.

Essa primeira lei do pensamento, a de não-contradição, tal como já se apontou, fundamenta-se, por sua vez, no primeiro princípio metafísico, do qual é o seu correlato lógico²². Esse princípio ontológico baseia-se na apreensão, sem necessidade de raciocínio, do conceito de “ser” e do conceito de “não ser”²³. Dito princípio é também o de não-contradição: “o ser não é o não-ser”²⁴. A formulação desse princípio, como é o primeiro princípio, é também indutiva e espontânea, evidente a partir de qualquer experiência, sem que caiba, propriamente, uma demonstração dele a partir de verdades anteriores²⁵. É um princípio absolutamente universal, isto é, não admite exceção²⁶. Em último termo, trata-se de que as coisas, tomadas em seu sentido mais amplo, não podem ser contraditórias

²¹ SANGUINETI, 1994, p. 106-107. Como assinalam Millán Puelles (1978, p. 443-444) e Alvira, Clavell e Melendo (1984, p. 49), no fundo, esse princípio do terceiro excluído é um giro, uma explicitação do princípio de não-contradição, ao qual pode ser reduzido.

²² ALVIRA; CLAVELL; MELENDO, 1984, p. 35-36 e 44; ALARCÓN, 1999, p. 274.

²³ GRENET, 1973, p. 208.

²⁴ LOTZ, 1963, p. 94. Como expõe esse autor (p. 90-91 e 93), o princípio de não-contradição se baseia tanto numa qualidade transcendental do ser, chamada “unidade”, como no princípio de identidade, que, de alguma maneira, é a enunciação positiva do princípio de não-contradição: “o ser é, e o não-ser não é”, ou “todo ser é idêntico a si mesmo e diverso de outros entes”. Por sua vez, todo ente, como derivação do princípio de identidade, não pode ser separado sem deixar de ser o que é. Mais adiante, exponho brevemente, no texto, o conceito de qualidades transcendentais do ser.

²⁵ ALVIRA; CLAVELL; MELENDO, 1984, p. 45-46. Sobre o princípio metafísico de não-contradição, exposto em forma de proposição ou juízo, ver também, mais em geral, *ibidem*, 43-50; MILLÁN PUELLES, 1978, p. 439-442.

²⁶ LOTZ, 1963, p. 89.

consigo mesmas²⁷. Por isso, não é só que o contraditório é impensável, mas que é uma regra do pensamento, porque primeiro é uma regra do real: o ente mesmo é o que não é contraditório²⁸.

Em definitivo, o ser não se opõe ao ser, mas ao não-ser, tanto no pensamento como na realidade.

6 Uma repassagem pelas proposições categóricas

Assentado o que foi dito, revisemos algumas noções fundamentais da Lógica das proposições, que é a que nos interessa com relação à problemática dos conflitos de direitos.

Em primeiro lugar, a Lógica trabalha com conceitos ou termos: gato, dragão, mesa, branco, mortal etc. Eles são a matéria-prima com a qual se forma a enunciação ou proposição, que é a expressão verbal do juízo que atribui um predicado a um sujeito²⁹.

A proposição é um tipo de oração – a oração enunciativa ou indicativa – que afirma ou nega algo. Por isso, nos juízos – como assinalava Tomás de Aquino – a mente “compõe e divide, pois toda proposição ou aplica a forma significada pelo predicado à coisa significada pelo sujeito, ou então a remove dela”³⁰; ou – como explicava antes Aristóteles – na proposição deve haver, essencialmente, um ato de afirmar ou de negar uma relação ou várias mediante o verbo ser ou o verbo não ser, isto é, afirmar algo como verdadeiro ou negá-lo como verdadeiro, ou afirmar algo como falso ou negá-lo como falso³¹.

Ao pensar, então, adjudica-se um predicado *P* a um sujeito *S* ou se nega que *P* pertença a *S*. Fazem-se afirmações de ser e de não ser. Assim, como assinalou Tomás de Aquino, nas proposições ou enun-

²⁷ ALVIRA; CLAVELL; MELENDO, 1984, p. 43.

²⁸ Ibidem, p. 44.

²⁹ JOLIVET, 1976, p. 75; STEBBING, 1969, p. 37; SANGUINETI, 1994, p. 104.

³⁰ TOMÁS DE AQUINO, 1888-1906, I, q. 16, a 2.

³¹ ARISTÓTELES, 1984, *Perihermeneias*, p. 1, 16a 10. Esse livro é também chamado *De Interpretatione* ou *Tratado da Proposição*. Sobre o que foi assinalado no texto, ver, igualmente, JOLIVET (1976, p. 75).

ciações abrigam-se a verdade e a falsidade, sendo diferentes, por isso mesmo, das orações imperativas, deprecativas, vocativas e interrogativas, nas quais não há, propriamente, verdade ou falsidade³². Desse modo, a propriedade principal dos juízos é a sua verdade ou falsidade, que em virtude deles se introduz na Lógica, já que essa questão está ausente no estudo dos termos ou conceitos³³.

Logo, compreender-se-á que os princípios de não-contradição e de terceiro excluído se manifestam de modo claro nas proposições, que é onde têm sua sede própria, já que nos juízos é onde se afirma que algo é ou não é³⁴.

Dentro das proposições, denominam-se “simples” ou “categóricas” as que compõem ou dividem – predicam – um atributo ou predicado com relação a um sujeito – ou a vários sujeitos – mediante um termo cópula, que sempre se pode reduzir ao verbo “é” ou à sua negação. Por exemplo, “essa mesa é de madeira”. Essas proposições possuem, primeiro, o quantificador – todos, nenhum, alguns –, depois o termo que faz o papel de sujeito, posteriormente a cópula e, por último, o termo predicado³⁵.

Quanto à sua qualidade, as proposições simples são afirmativas – também chamadas positivas – ou negativas, conforme a atribuição que realiza a cópula seja uma relação de conveniência ou de não-conveniência. Por sua vez, levando em conta a quantidade, podem ser universais, particulares ou singulares. As universais tomam o sujeito em toda a sua extensão – “todo elefante é paquiderme” –, as particulares o tomam de modo restringido – “alguns elefantes são da África” – e as

³² TOMÁS DE AQUINO, 1955, Lib. 1, lect. 7, n. 5. Sobre o ponto, ver, igualmente, MILLÁN PUELLES (1978, p. 129-130) e STEBBING (1969, p. 30), que também esclarece que as perguntas retóricas são, em definitivo, uma afirmação).

³³ VERNAUX, 1964, p. 81.

³⁴ SANGUINETI, 1994, p. 111.

³⁵ COPI, 1999, p. 172-173; JOLIVET, 1976, p. 73-76 e 79; MILLÁN PUELLES, 1978, p. 130; SANGUINETI, 1994, p. 112; VERNAUX, 1964, p. 81-83. Esse último autor agrega, por um lado, que “categórica” tem o sentido de atributiva ou predicativa e, por outro, que também são proposições categóricas aquelas que atribuem uma relação, como “Paris é maior que Grenoble”, e não só as que atribuem uma qualidade própria do sujeito.

singulares têm por sujeito um indivíduo – “Dumbo é elefante”, “esta rosa é branca”. Quanto ao predicado, às vezes não é tomado em toda a sua extensão – coisa que ocorre nas proposições afirmativas, já que não se afirma algo de toda essa classe – e às vezes sim – o que acontece nas negativas, nas quais se exclui a pertença de *S* a toda a classe *P*³⁶.

Convém observar que, em Lógica, “algum” ou “alguns” são equivalentes a “alguns, talvez todos” e a “algum pelo menos”. Não são comparáveis, portanto, a “somente alguns”, como é usual na fala corrente³⁷.

As proposições compostas, por outro lado, são também chamadas “hipotéticas”, porque supõem as categóricas e a sua verdade depende delas. Trata-se de combinações de várias proposições simples mediante uma cópula “e” – as proposições compostas copulativas –, “ou” – as disjuntivas –, “se” ou “então” – as condicionais – ou outras análogas³⁸. Essas proposições compostas se expressam gramaticalmente em orações complexas, coordenadas ou subordinadas.

No que segue, defrontar-nos-emos com as proposições categóricas, pois grande parte das afirmações sobre um direito podem ser expressas por meio delas. Porém, cabe esclarecer aqui duas coisas. Em primeiro lugar, as proposições que expressam um direito sujeito a uma condição não são redutíveis aos enunciados categóricos. Em segundo lugar, em Direito são usadas – ao menos implicitamente –

³⁶ Sobre essas características das proposições simples ver COPPI (1999, p. 173-175 e 358-360); STEBBING (1969, p. 37 e 52); SANGUINETI (1994, p. 112); e JOLIVET (1976, p. 82 e 84-85). Deve-se notar, como assinala Copi (1999, p. 366), que há diferentes modos logicamente corretos de dizer algo. Por exemplo, uma proposição universal positiva enunciada classicamente como “todos os homens são mortais” pode ser substituída por outras muitas expressões com o mesmo significado, como “os homens são mortais”, “um homem é um mortal”, “todo homem é mortal”, “cada homem é mortal”, “nenhum homem é não mortal”, “toda coisa que é homem é mortal”, “qualquer coisa que seja homem é mortal”, “se qualquer coisa é homem, é também mortal”, “se algo é homem, também é mortal”, “tudo o que seja homem é mortal”, “os homens são todos mortais”, “somente os mortais são homens”, “nada que não seja mortal é homem”, “nada pode ser homem a menos que também seja mortal”, “não há nada que seja homem que não seja mortal”, “os homens são sempre mortais” etc., ou, apelando a substantivos abstratos, “a humanidade implica a mortalidade”.

³⁷ Ver, a respeito, STEBBING (1969, p. 40).

³⁸ MILLÁN PUELLES, 1978, p. 131.

muitas proposições compostas, como, por exemplo, “ou obedeces ou serás castigado”. Salvaguardando isso, o importante é sublinhar que o que aqui se expõe também pode ser aplicado, *mutatis mutandis*, às proposições compostas, já que elas também seguem as regras de inferência e de verdade e, por isso, ao se utilizá-las, não se pode violar o princípio de não-contradição³⁹.

7 O quadro de oposição lógica e as inferências imediatas

Com a bagagem anterior, podemos abordar o “quadro de oposição lógica”. Nesse quadro ou quadrado, combinando proposições categóricas conforme a qualidade – afirmativas e negativas – e a quantidade – universais e particulares –, estão contidas as diversas relações de oposição que admite um enunciado e as várias regras de inferência imediata que derivam dessas relações. Por inferência deve-se entender o processo de passar corretamente de certa proposição à asseveração de outra, porque se apreendem relações de evidência vigentes entre a primeira, que é a premissa, e a segunda, que é a conclusão. Aqui, na Lógica das proposições, trata-se de inferências *imediatas*, porque nelas a conclusão surge a partir de *uma só* premissa, de uma proposição simples, de modo diferente ao das inferências silogísticas argumentativas ou *mediatas*, próprias da Lógica do raciocínio, na qual a conclusão surge da premissa maior *por intermédio* de outra premissa, chamada menor⁴⁰.

Antes de seguir adiante, convém assinalar que, em Lógica, quando se fala de “oposição”, se o faz num sentido técnico, pelo qual mesmo as proposições compatíveis entre si são também “opostas”, pois se “opõem” todas as proposições que diferem em quantidade, em qualidade ou em ambas⁴¹.

As regras de inferência imediata foram desenvolvidas em prosa pelo próprio Aristóteles e, posteriormente, grafadas na Idade Média,

³⁹ JOLIVET, 1976, p. 74, 79 e 83-84; SANGUINETI, 1994, p. 119.

⁴⁰ Sobre o quadro de oposição e essa distinção entre inferências imediatas e mediatas, ver COPI (1999, p. 176 e 178-179); STEBBING (1969, p. 36, 52 e 55); SANGUINETI (1994, p. 112-113); e JOLIVET (1976, p. 84).

⁴¹ STEBBING, 1969, p. 52.

dando lugar ao mencionado quadro, que, em versão completa, se oferece na Figura 1.

Desse modo, o relevante do quadro de oposição é que, em toda relação enunciativa entre um sujeito e um predicado, conhecida a verdade ou falsidade de qualquer um dos quatro tipos de proposições categóricas – distribuídas segundo qualidade e quantidade – com relação a esse caso, *podem, validamente, deduzir-se ou inferir-se imediatamente várias conclusões sobre a verdade ou falsidade de algumas das outras*. E a consistência dessas conclusões, como se poderá advertir, está baseada no princípio de não-contradição⁴².

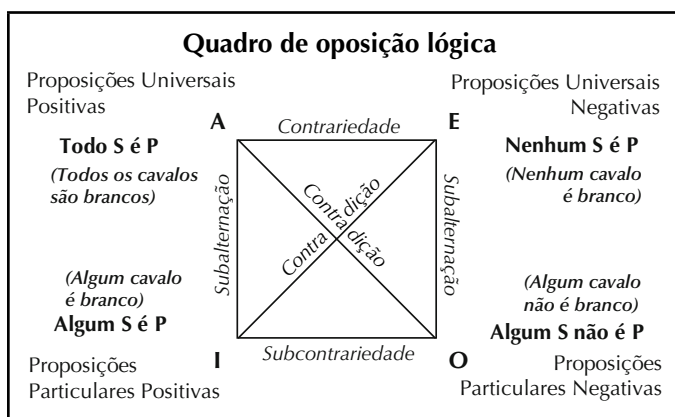


Figura 1

Têm-se, por um lado, as proposições positivas *A* – universal – e *I* – particular. Essas letras têm sido usadas desde a Idade Média para simbolizá-las, e provêm da locução latina *Affirmo*. Por outro lado, há as proposições negativas *E* – universal – e *O* – particular –, que se derivam, por sua vez, de *nEgO*⁴³. Nas *A*, há uma relação de inclusão completa da classe *S* na classe *P*, nas *E* uma exclusão completa, nas *I* uma relação de interseção em que ao menos um membro de *S* pertence à classe *P*, e nas *O* a exclusão de ao menos um membro de *S* com respeito ao grupo *P*⁴⁴.

⁴² SANGUINETI, 1994, p. 105.

⁴³ MARITAIN, 1967, p. 177; STEBBING, 1969, p. 38.

⁴⁴ COPI, 1999, p. 168-172.

As oposições ou modos de excluir-se ou relacionar-se duas proposições a que dá lugar o quadro anterior – dispostas em grau decrescente de rechaço mútuo – são as seguintes:

- ✱ Contraditórias (A e O ; I e E): diferem tanto em quantidade como em qualidade. Uma nega tudo o que a outra afirma. *Não podem ser verdadeiras nem falsas ao mesmo tempo.* Se uma é verdadeira, a outra é falsa; se uma é falsa, a outra é verdadeira. A razão é que não admitem graus intermediários.
- ✱ Contrárias (A e E): são universais, que diferem em qualidade. *Não podem ser ambas verdadeiras, mas podem ser ambas falsas.* Se se demonstra que uma é verdadeira, a outra é falsa. Se se demonstra que uma é falsa, nada se prova da outra. A razão é que admitem graus intermediários, que são as particularidades subalternas.
- ✱ Subcontrárias (I e O): são particulares, que diferem em qualidade. *Podem ser ambas verdadeiras, não podem ser ambas falsas.* Por isso, se uma delas é falsa, a outra é verdadeira, mas se se determina que uma delas é verdadeira, nada se diz da outra, que pode ser verdadeira ou falsa.
- ✱ Subalternas (A e I ; E e O): é a passagem de uma universal à particular com o mesmo sujeito e predicado. Só diferem, por isso, em quantidade. *Se a universal ou subalternante é verdadeira, o é a particular ou subalternada,* já que participa de seu conteúdo. Se a particular é verdadeira, a universal pode ser verdadeira ou falsa. *Se a particular é falsa, também é falsa a universal.* Se a universal é falsa, a particular pode ser verdadeira ou falsa.

Simplificando o anterior, pode-se afirmar que, se se logra conhecer a verdade ou falsidade de alguma dessas proposições, obtém-se que:

- ✱ A verdade de A conduz a que E é falsa, I é verdadeira, O é falsa.
- ✱ A verdade de E leva a que A é falsa, I é falsa, O é verdadeira.

- ☛ A verdade de *I* implica que *E* é falsa, ao passo que a verdade ou falsidade de *A* e *O* não se chega a conhecer.
- ☛ A verdade de *O* traz consigo que *A* é falsa, ao passo que *E* e *I* permanecem indeterminadas.
- ☛ Se *A* é falsa, chega-se à conclusão de que *O* é verdadeira, mas *E* e *I* são indeterminadas.
- ☛ Se *E* é falsa, supõe-se que *I* é verdadeira, ao passo que *A* e *O* ficam indeterminadas.
- ☛ A falsidade de *I* implica que *A* é falsa, *E* verdadeira e *O* verdadeira.
- ☛ Se *O* é falsa, isso conduz a que *A* é verdadeira, *E* falsa e *I* verdadeira.

Essas são, portanto, as relações de oposição e suas correspondentes regras de inferência imediata elaboradas por Aristóteles⁴⁵. Desde então, vêm sendo seguidas tanto pela Lógica clássica como pela Lógica simbólica⁴⁶.

Lamentavelmente, enquanto muitos cultores da Lógica moderna seguem todas essas regras de inferência⁴⁷, alguns – em razão de uma má derivação lógica de pressupostos metafísicos nominalistas – acabam descartando algumas dessas regras e concentrando-se tão-somente na regra da não-contradição das relações diagonais do quadro. O raciocínio desses autores seria o seguinte: como para o nominalismo não existem os universais – os gêneros são somente nomes, sem que haja um substrato comum que seja a essência de todos os indivíduos dos quais se predica –, disso resulta que *A* e *E*, a rigor,

⁴⁵ Para essas relações e regras ver ARISTÓTELES (1984, *Perihermeneias*, *passim*, p. 6, 17a 25; p. 7, 17b 1; p. 10, 20a 15; p. 14, 23a 30-24b 10; *Analytica Posteriora*, p. 2, 72a 12; e *Metaphysica*, X, p. 4, 1055a 34-1055b 29).

⁴⁶ COPI, 1999, p. 176-180 e 363-364; STEBBING, 1969, p. 51-52; VERNAUX, 1964, p. 85-86; JOLIVET, 1976, p. 85-87; SANGUINETI, 1994, p. 113; e MARITAIN, 1967, p. 177-184 (que faz notar que a maior oposição é a de contradição, que se dá em nível de quantidade e de qualidade, pelo qual duas contrárias podem comungar a falsidade, mas não duas contraditórias).

⁴⁷ Ver, por exemplo, STEBBING (1969, p. 51-52).

não existem, pois pressupõem a existência dessa classe ou gênero. Conseqüentemente, *A* e *E* não dão lugar a inferências *imediatas*, mas sim necessitam de outra proposição, *intermediária*, que seria o *juízo de existência*, isto é, um enunciado que as afirma como reais, e esse juízo é impossível, pois não há entes individuais que compartilhem uma essência comum⁴⁸. No entanto – e em primeiro lugar –, é de relevância absoluta que todos os lógicos, clássicos ou matemáticos, têm aceitado sempre, sem dúvidas, o princípio de não-contradição⁴⁹. Por outro lado, não se pode derivar do que foi dito que existe uma posição nominalista que seja intrínseca à Lógica matemática⁵⁰. Seja como for, uma vez que a Lógica tem certa autonomia ante a Metafísica – já que se refere à coerência nos modos de pensar sobre entes *reais* ou *possíveis* e às suas derivações válidas –, as regras de inferência conservam todas as suas virtualidades, para além das discussões ontológicas sobre a existência ou não dos universais⁵¹.

⁴⁸ Nessa postura encontra-se Copi (1999, p. 191-194, 200-201 e 369), que, partindo de uma concepção de tipo nominalista no ontológico e seguindo George Boole (1815-1864), sustenta que não se pode fazer um juízo de existência sobre as proposições universais – que, como tais, tornam-se vazias ou nulas –, mas sim somente com respeito às afirmações ou negações particulares. Disso deriva que, em última instância, só são propriamente válidas as regras da contradição, não se podendo deduzir leis das relações de contrariedade – nas quais, entende ele, ambas podem ser verdadeiras – e de subalternação – nas quais sustenta que *A* não leva a concluir nada de *I* etc. As razões que dá não se mostram em nada concludentes, e tampouco se logra entender de que modo, aceitando as regras de inferência imediata das contraditórias, não logra compreender as regras da contrariedade e da subalternação, que se baseiam sobre análogas considerações.

⁴⁹ Copi, 1999, p. 176-180 e 363-364.

⁵⁰ Com efeito, ainda que – como é sabido – alguns lógicos matemáticos tenham uma posição metafísica nominalista, daí não se deve concluir que a Lógica matemática seja, em si, nominalista, nem derivar disso que ela faça cair por terra a Lógica não-matemática, já que, como dizia Lukasiewicz, “há só uma lógica, fundada por Aristóteles [...] e é esta lógica a que desenvolve a lógica matemática”. Ver a respeito ZANOTTI (1988, p. 43-44 e 51).

⁵¹ Como se assinalou no texto, logicamente toda proposição, ao estudar a conformidade ou a impossibilidade de compor os conceitos que se vinculam como sujeito e predicado, refere-se ao ser, no sentido do que é ou do que pode ser. Por isso, todo juízo contempla ou a existência real – juízo de existência: “a Ave Fênix não existe” – ou a existência possível, afirmando-a ou negando-a com relação a um sujeito, ou enunciando uma determinação sua, *sem supor a existência real do sujeito, mas sim contemplando meramente a possibilidade de sua existência*. Assim, podem-se fazer operações lógicas sobre

Logo, a verdade de qualquer uma das premissas universais determina a verdade ou falsidade das outras três, a falsidade de qualquer uma das particulares determina a verdade ou falsidade das outras três, ao passo que a verdade das particulares e a falsidade das universais permitem fazer inferências válidas sobre um dos casos, ao mesmo tempo em que deixam dois casos indeterminados⁵².

Antes de passar ao próximo ponto, é interessante fazer notar aqui algo que terá sua utilidade quando aplicarmos essas considerações ao Direito. Trata-se de que as proposições singulares – nas quais o sujeito é um indivíduo, seja coisa ou pessoa – são análogas

fadas, cronópios ou Chapeuzinho Vermelho, que, a rigor, não existem realmente, mas só de modo ideal. Em infinidade de proposições, além disso, a referência à existência é implícita. Por essas razões, assinala Jolivet (1976, I, p. 74, 76-78 e 89) que a negação por alguns lógicos simbólicos da legitimidade da inferência imediata na passagem de A a I , por exemplo, como ocorre na conversão e na subalternação de A , é devida, na verdade, às suas premissas metafísicas nominalistas e não a motivos rigorosamente lógicos. Mais ainda, como assinalou Zanotti (1988, p. 46-48), a derivação de I por subalternação a partir de A , ou seja, “se todo X é Y , então algum X é Y ” – se bem observada – funciona de modo similar na Lógica não-matemática e na Lógica matemática, como uma inferência imediata, em que o conseqüente está derivado de só *um* antecedente, como acontece também com as leis da contradição; sendo, além disso, a (possível) existência do ente S , que tem a propriedade P , um *antecedente* em ambas as formas da Lógica – ainda que seja normalmente tácito na não-matemática – como já estava implícito em Aristóteles. Conseqüentemente, nenhuma dificuldade ou impugnação ao princípio de não-contradição e às suas diferentes derivações pode-se coligir das proposições relativas a meros entes de razão, porque esse princípio é independente da existência ou não dos sujeitos na realidade, de que realmente *sejam*, ou *existam*, os entes que o verificam ou aplicam em concreto. Ver, a respeito, SANGUINETI (1994, p. 104). A razão não é outra senão a de que – ainda que a existência não escape ao pensamento, e se pode, portanto, fazer juízos de existência – a Lógica pode fazer abstração da existência real (ver JOLIVET, 1976, p. 78), algo que já expunha Tomás de Aquino quando afirmava que “*logicus enim considerat modum praedicandi, et non existentiam rei*”, ou seja, os lógicos consideram o modo de predicar, e não propriamente a existência das coisas (TOMÁS DE AQUINO, 1971, VII, lec. 17, n. 11). Por isso, logicamente, a relação entre S e P não implica a existência de nenhum indivíduo que satisfaça essa relação. Ver ZANOTTI (1988, p. 48). É a mesma idéia que, a partir da Lógica moderna, assinala Stebbing (1969, p. 34-35), para quem é diferente asseverar uma proposição como real que o mero ato de contemplá-la, sendo o importante e próprio da Lógica o segundo, vendo sua relação com outras proposições, e até aceitando, às vezes, uma proposição só de modo hipotético, para chegar a assinalar que, se se dá uma série de hipóteses, então se pode chegar a fazer uma asseveração.

⁵² STEBBING, 1969, p. 54.

às proposições universais, já que o predicado é afirmado de todo o sujeito, que é tomado em toda a sua extensão⁵³. Pois bem: Aristóteles assinala que, no caso das proposições singulares, a similitude com as universais chega até aí, pois a negação da cópula é a contraditória – e não meramente a contrária – da proposição afirmativa (é ou não é), pelo que só cabe que uma seja verdadeira e a outra falsa⁵⁴. Por isso, sustenta-se que nas proposições singulares só se admitem proposições *A* se forem positivas e *E* se forem negativas, mas funcionando como contraditórias⁵⁵.

8 Os transcendentais e sua não-oponibilidade

Resta ainda introduzir um último ponto, antes de traduzir ao Direito as idéias que se vêm expondo.

Como se disse, o ser não se opõe ao ser, mas ao não-ser. Isto é, o princípio de não-contradição veda a possibilidade de que na realidade se atualizem, simultaneamente, num objeto duas características opostas⁵⁶.

Pois bem, em virtude da unidade do ser, da substância, existe unidade nos transcendentais ontológicos, que são algumas características necessariamente predicáveis de todo ente, seja ele qual for, transcendendo suas possíveis particularizações.

A bondade é uma das características transcendentais de todo ente. De acordo com esse transcendental, tudo o que é também é ontologicamente bom – não necessariamente eticamente bom –, ou seja, tem alguma perfeição e, por isso, é de alguma maneira apetecível

⁵³ SANGUINETI, 1994, p. 114; JOLIVET, 1976, p. 82-83 (que delimita que, por outro lado, na Lógica do silogismo isso não é assim, já que ali uma premissa maior singular não cumpre a mesma função que uma maior universal: de “este homem é mortal” e “Pedro é um homem”, como premissas maior e menor, intercambiáveis, não se conclui “Pedro é mortal”).

⁵⁴ Ver ARISTÓTELES (1984, *Perihermeneias*, p. 7, 17b 25-18a 10).

⁵⁵ SANGUINETI, 1994, p. 114.

⁵⁶ ALARCÓN, 1999, p. 274.

à vontade⁵⁷. Por isso se diz que *ens et bonum convertuntur*: ser e bem são idéias intercambiáveis, já que se predicam de qualquer ente.

Logo, o fato de que o ser não se opõe ao ser tem por correlato o fato de que o bem não se opõe ao bem. Desse modo, o bem – como qualidade de todo ente de ser, em algum sentido, um objeto que atraia a vontade – não pode ser contrário a si mesmo, sendo não apetecível à vontade sob essas considerações. Ou seja: uma derivação do princípio de não-contradição leva a afirmar como impossível que realmente se oponham qualidades transcendentais do ser, como é, entre outras, o bem.

Isso conduz, por sua vez, à conclusão de que as diferentes particularizações da noção de bem – o ser resistente uma coisa, o ser agradecida uma pessoa etc. – não possam opor-se a si mesmas: não se pode ser e não ser bom – resistente, agradecido – ao mesmo tempo e com relação aos mesmos pontos de vista.

9 O princípio “lógico-jurídico” de não-contradição

Uma das particularizações do bem de que se falava ao final do título anterior é o bem jurídico ou bem próprio do Direito. Como lógica consequência do exposto, chega-se à conclusão de que esse tipo de bem – chamado “o justo” ou “o direito” – não pode opor-se ao justo, ou, o que é o mesmo, a que o ser direito não pode opor-se ao ser direito.

A partir de todos os elementos expostos, no campo do Direito pode-se afirmar, por exemplo, que “as coisas não podem ser e não ser de seu proprietário ao mesmo tempo e no mesmo sentido”, ou que “as coisas não podem ser e não ser reivindicáveis pelos seus donos, ao mesmo e sob o mesmo ponto de vista”, isto é, sem que, por exemplo, se tome num caso a proposição com respeito a usufrutos legítimos e, em outro, com relação a possuidores de má-fé. Pela

⁵⁷ Sobre os transcendentais em geral e a bondade como característica transcendente de todo ente, ver GRENET (1973, p. 210-215); MILLÁN PUELLES (1978, p. 433-434 e 438-439); e ALVIRA; CLAVELL; MELENDO (1984, p. 131-140 e 157-164).

mesma razão, “o negar-se a entregar as coisas não pode ser e não ser um direito do demandado, ao mesmo tempo e sob as mesmas considerações”. Outra coisa seria impensável. Assim, não podem ser válidas, num mesmo momento, tanto a proposição “o fundo Juliano é propriedade de Tício” (e, como tal, ele tem direito a exigí-lo) como a proposição “o fundo Juliano não é propriedade de Tício” (e, como tal, ele não tem direito a exigí-lo). Tais enunciações são antitéticas e, portanto, não podem ser ambas verdadeiras. Observe-se que, na vida ordinária do Direito, a segunda dessas proposições sobre Tício é equivalente a dizer que “o fundo Juliano é de Caio” ou “de Semprônio” ou de outro, e, por isso, o dono tem direito a negar-lhe a Tício o fundo, já que não lhe pertence.

O corolário do que se acaba de dizer é que existe uma sorte de *princípio lógico-jurídico de não-contradição* de caráter geral, que poderia ser enunciado de várias maneiras: “não é possível que uma mesma coisa, ação ou omissão seja e não seja juridicamente devida a um sujeito, ao mesmo tempo e à luz das mesmas considerações”, “não se pode ser e não ser titular do direito a exigir algo, simultaneamente e de acordo com as mesmas normas”, “um direito subjetivo legitimamente exercido pelo sujeito X não pode opor-se a um direito subjetivo legitimamente exercido pelo sujeito Y”, “não se pode ser justo e injusto ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto” ou, entre outras, “não pode ser justa uma coisa e justa a sua contrária ou a sua contraditória, ao mesmo tempo e de acordo com as mesmas considerações”.

10 Aplicação ao Direito das regras lógicas de inferência imediata

Corresponde agora ver detidamente de que modo podem ser traduzidas ao mundo do Direito as regras lógicas de inferência estudadas e, em particular, de que modo podem ser aplicadas à temática dos conflitos de direitos.

Um direito subjetivo pode ser expresso logicamente com proposições categóricas de caráter universal – como é usual nos enun-

ciados lingüísticos das constituições –, particular – tal como se faz ao se indicar exceções aos princípios expressos de modo geral – ou singular – como nas pretensões processuais de um caso concreto. As três possibilidades mostram distintos modos de predicar a pertença ou não a uma coletividade indeterminada de pessoas, a algumas pessoas ou a uma só pessoa de certo direito subjetivo ou da coisa que é objeto dele. Assim, são exemplos de proposições universais o que estabelecem os arts. II-3.1 e II-50 do Projeto de Tratado pelo qual se institui uma Constituição para a Europa (2003), segundo os quais, respectivamente, “toda pessoa tem direito à sua integridade física e psíquica” – que, em termos lógicos, daria lugar a “toda pessoa é titular do direito à integridade física e psíquica” – e “ninguém poderá ser acusado ou condenado penalmente por uma infração com relação a qual já tenha sido absolvido ou condenado na União mediante sentença penal firme conforme à lei” – que poder-se-ia pronunciar, em benefício do purismo lógico, como “ninguém é acusável ou condenável”. A segunda possibilidade, relativa às proposições particulares, pode-se ver no art. II-17.1 desse Projeto de Constituição europeia, relativo ao direito de propriedade. Ali, após se estabelecer, de modo geral, que “toda pessoa tem direito a desfrutar da propriedade de seus bens adquiridos legalmente, a usá-los, a dispor deles e a legá-los”, assinala-se, como exceção, que “ninguém pode ser privado de sua propriedade a não ser em razão de utilidade pública, nos casos e condições previstos na lei e em troca, num tempo razoável, de uma justa indenização pela sua perda”. Essa última oração é, em definitivo, uma proposição particular que pode ser expressa, simplificadamente, dizendo-se que “alguma propriedade é passível de expropriação em razão de utilidade pública e sendo justamente indenizada”. Ela é oposta a uma visão absoluta do direito de propriedade e, se se aceita sua verdade, converte em inválida a proposição contraditória segundo a qual “nenhuma propriedade é passível de expropriação” e, igualmente, a translação generalizante dessa última, conforme a qual “toda propriedade é absoluta”. Por último, são exemplos de proposições singulares as afirmações de direitos subjetivos sobre bens concretos, das quais as pretensões processuais

são uma espécie, como “este bem registrável é propriedade de João” ou “João é titular do direito a assistir a essa aula” etc.

Logo, em termos lógicos de ser e não ser, as proposições categóricas que afirmam direitos mostram se uma pessoa – ou todas as pessoas, ou algumas delas –, agindo como sujeito da enunciação, é credora de uma coisa, ação ou omissão, ou, invertendo os termos, se uma coisa, ação ou omissão – ou toda a categoria envolvida, ou alguma parte dela – lhe pertence, agindo como sujeito da proposição o ser exigível por uma pessoa, por todas elas ou por uma classe de pessoas.

Embora aqui não se vá desenvolvê-lo, recorde-se que os direitos também podem ser enunciados mediante proposições compostas, também chamadas hipotéticas ou não-categóricas. A elas se aplicam, como foi dito, todas as regras lógicas vistas, porque não podem violar o princípio de não-contradição. Desse tipo são, por exemplo, os direitos sujeitos a condições suspensivas ou resolutivas.

Pois bem, na tarefa de interpretação constitucional e de tomada de decisões sobre direitos fundamentais – como em toda a interpretação jurídica – deve-se realizar uma determinação ou juízo prático sobre se o sujeito ativo que pretende uma coisa, uma ação ou uma omissão é possuidor do título jurídico habilitador para isso, ou se o título pertence a quem lhe denega sua pretensão. Isso ocorre de modo paradigmático e concretizado na decisão judicial e, de modo mais genérico e abstrato, no labor legislativo – que também é interpretação constitucional – e na tarefa doutrinária. Ao fazê-lo, para obter um resultado materialmente valioso – que corresponda ao reclamo pela “verdade real” que já há tempo vem sendo sentido no Direito – deve-se aplicar uma série de processos da Lógica do razoável, próprias da prudência jurídica, que são alheias a esse trabalho. Naturalmente, ao fazê-lo, também devem ser aplicadas todas as regras da Lógica do racional que foram estudadas, tal como se verá em seguida. Exemplifiquemo-lo, primeiro, com proposições universais e particulares de Direito Privado relativas a se os créditos líquidos e exigíveis são ou não disponíveis à cobrança de seu titular:

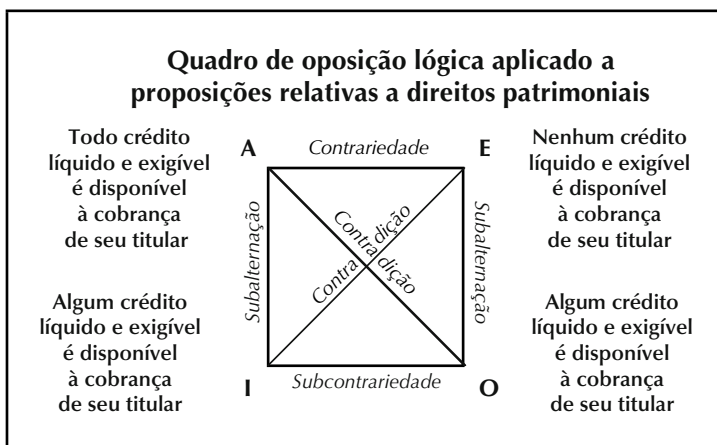


Figura 2

Nesse caso, *A* é verdadeira, o que determina a verdade de *I* e a falsidade de *E* e *O*. É impossível que um crédito líquido e exigível esteja e não esteja disponível à cobrança, ao mesmo tempo e nas mesmas circunstâncias. Por isso, *A* e *E* não podem ser ambas verdadeiras, nem *A* e *O*. Não é possível que os titulares de créditos líquidos e exigíveis estejam facultados a apresentar-se à cobrança e a obter o pagamento, e todos ou alguns dos devedores desses créditos estejam facultados a negar-se a satisfazê-los. Poder-se-ia objetar isso dizendo que é cabível que alguns devedores possam opor uma exceção de compensação, por exemplo. Todavia, nesse caso, por um lado, as considerações estarão sendo *modificadas*, e então serão verdadeiras *O* e *I*, e falsas *A* e *E*. Por outro lado, é possível lançar mão de outras considerações, observando que, quando o credor vê compensado o seu crédito, cobra o que se lhe deve ao ver-se, ele mesmo, liberado de uma dívida, e, à luz desse ponto de vista, continuam sendo verdadeiras *A* e *I*, e falsas *E* e *O*.

Agora, troquemos o exemplo do quadro por um de Direito Público, partindo da proposição “todo cidadão tem direito a um passaporte de seu país”. Esta pode ser transladada a uma enunciação universal equivalente, mais técnica do ponto de vista lógico, segundo a qual “os passaportes de um país são exigíveis pelos seus cidadãos”, ou à sua análoga “todo cidadão é titular do direito a obter um passaporte de seu país”. Desse modo:

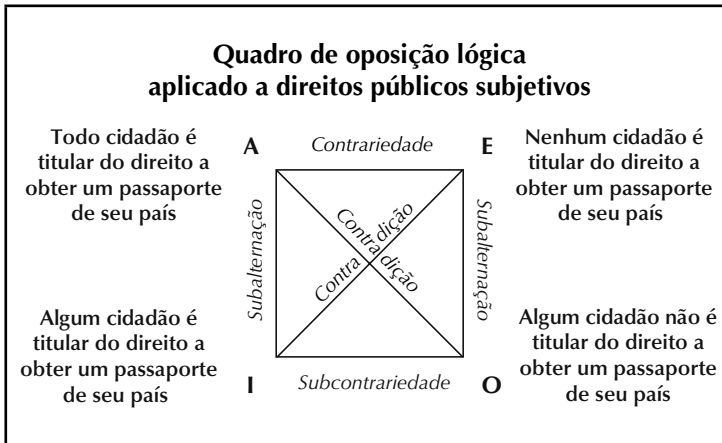


Figura 3

Neste quadro, se o ponto de vista é afirmar que os direitos relativos à cidadania – com a correlativa interdição da condição de apátrida – e à liberdade de circulação implicam que todo cidadão pode pedir um passaporte para ter o instrumento necessário para demonstrar sua pertença nacional e para deambular de um a outro país, as proposições verdadeiras seriam *A* e *I*. Em virtude disso, suas contraditórias *E* e *O* seriam falsas, já que não se pode ser e não ser titular de um direito, ao mesmo e sob as mesmas circunstâncias. Essa derivação lógica se confirma a partir de uma análise substancial ou material, ao considerar que *E* e *O* – tomando as proposições no sentido indicado – implicariam totalitarismo e desprezo pelos direitos da pessoa.

Diversa seria a solução específica – não as regras lógicas de inferência que a regem – se se abordasse o tema a partir de outro ponto de vista, introduzindo matizes, e se fossem examinadas as exclusões a esse direito. Nessa hipótese, teríamos que, em alguns casos, não se pode exigir um passaporte, como ocorre, por exemplo, na situação de se ter pendente o cumprimento de uma condenação penal de privação de liberdade de caráter efetivo. Por isso, alguns passaportes são exigíveis – aqueles que correspondem aos cidadãos habilitados, tomando “alguns” como “alguns, praticamente todos” – e outros não – aqueles que correspondem a cidadãos não habilitados a fazê-lo. A partir dessa perspectiva, seriam verdadeiras *I* e *O*, e, por isso, falsas *A* e *E*. Se, finalmente, fossem novamente modificadas as con-

siderações tidas em conta e se falasse de classes específicas de pas-saportes – como a dos diplomatas –, dar-se-ia também essa última solução, dado que não são exigíveis por todos os cidadãos, mas sim tão-somente pelos que têm determinadas condições.

11 Os litígios concretos e uma particularidade de algumas proposições singulares

Se o que foi dito é projetado num litígio concreto, as proposições de caráter universal dão lugar a proposições de caráter singular que, como se viu, funcionam, no entanto, como contraditórias e não como contrárias. Isso significa que não podem ser ambas falsas nem ambas verdadeiras, mas sim que, necessariamente, uma é verdadeira e a outra falsa. Desse modo:

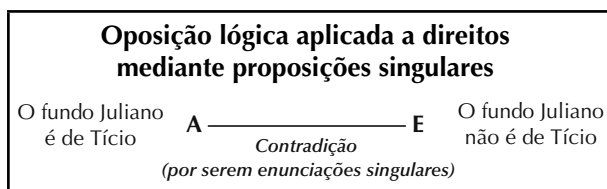


Figura 4

Porém, aqui há um problema. De acordo com Aristóteles essas enunciações singulares deveriam ser logicamente contraditórias: uma necessariamente verdadeira, a outra necessariamente falsa, com princípio de terceiro excluído. Mas é possível que no exemplo ambas as proposições sejam falsas, se Tício for parcialmente proprietário desse fundo. Isso daria lugar à verdade de uma terceira possibilidade: a do enunciado “algum setor do fundo Juliano é de Tício”, com a sua correlativa proposição subcontrária, também verdadeira, que afirmaria que “algum setor do fundo Juliano não é de Tício”.

A solução é a seguinte. A doutrina de Aristóteles sobre as proposições singulares, exposta ao final do título 7, sustenta que nas proposições singulares a negação da cópula só admite a contradição e não a contrariedade. Cabe, porém, matizar essa afirmação, fazendo aqui uma importante distinção sobre esse tipo de proposições. Se se analisa com vagar a questão, poder-se-á ver que, a rigor, existem três

casos e que o afirmado por Aristóteles se dá em duas das hipóteses, e não no terceiro caso possível.

O primeiro caso em que se verifica o que afirma o filósofo grego ocorre quando se trata de matérias necessárias, ou seja, quando intervêm juízos analíticos. Aí, o atributo é essencial, necessário ou próprio do sujeito e, por isso, *P* é obtida “analisando” *S*. Nesse caso, portanto, dá-se uma oposição de contradição entre proposições singulares: uma proposição deve ser verdadeira e a outra falsa.

O segundo caso ocorre se se trata de matérias contingentes, nas quais o juízo é sintético: *P* não é essencial a *S* e, por isso, une-se ou se “sintetiza” ambos os termos mediante o verbo cópula. Nessa hipótese, a verdade de uma proposição faz concluir a falsidade da outra – relação de contradição – *sempre e quando S e P forem elementos indivisíveis*.

Por sua vez, as proposições singulares de caráter sintético funcionam como contrárias – e não como contraditórias – na hipótese de que um dos dois termos dessas enunciações – *S* ou *P* –, ou ambos, for divisível real ou idealmente. E, portanto, ao serem divisíveis não se dão somente as proposições *A* e *E*, isto é, uma proposição singular e a sua correlativa negação, mas sim é também possível *que se dêem proposições particulares relativas a essas enunciações singulares – e não a juízos universais, como é usual* –, nas quais o predicado é afirmado ou negado só de um lado do sujeito singular⁵⁸.

Detenhamo-nos um momento nesse ponto. Aqui se sustenta que, se ambos elementos são indivisíveis, como no enunciado “João é músico”, as proposições singulares sintéticas funcionam como contraditórias, com terceiro excluído, já que só é possível que João seja músico ou que não o seja tomando a expressão “músico” sempre num mesmo sentido. Naturalmente, isso pode ser expresso em proposições particulares, como “algum músico é João”, mas essa enunciação é, a

⁵⁸ Para o conceito de proposições analíticas e sintéticas, ver Jolivet (1976, p. 80, 85 e 87), ainda que, em divergência com a postura diferenciadora que tomo no texto, esse autor entenda que tanto nas primeiras como nas segundas, sem distinção, dão-se sempre relações de contrariedade, e não de contradição.

rigor, a mesma que aquela, e só é particular da universal “todo músico é João”; além disso, essa proposição não é comparável com a já estudada de “algum setor do fundo Juliano é de Tício”, que, realmente, “particulariza” ou secciona o sujeito singular, que é o fundo Juliano.

Nas proposições jurídicas singulares, usualmente, o bem jurídico de que se trata é de natureza divisível, tanto de modo real – de um total de dez hectares, tem-se direito só a quatro deles – como de modo ideal – um condomínio de indivisibilidade forçosa. E é essa divisibilidade de um dos dois elementos da proposição – somada a sua união de caráter sintético, e não analítico, ao outro elemento – que dá como resultado a possibilidade de que se gerem proposições de tipo *I* e *O*, sendo ambas verdadeiras, complementando, assim, nesse ponto, o marco teórico aristotélico, que só vislumbrou nas proposições singulares os juízos *A* e *E* funcionando como contraditórios.

Note-se que se afirmou que a divisibilidade deve ser “um dos dois” membros da proposição: *S* ou *P*, e não só de *S*. A razão é que, para efeitos do que se vem explicando, é indiferente que o objeto do direito subjetivo funcione, na proposição, como *S* ou como *P*, já que ambas as enunciações são convertíveis entre si. Assim, por exemplo, dizer que “João é proprietário deste terreno” – em que João, o sujeito, é indivisível, e, enquanto funcionar como *S*, não pode dar lugar a proposições particulares válidas que dividam João como sujeito – é o mesmo que sustentar que “este terreno é de João” – em que o objeto do direito, que é divisível, funciona como *S*, e se pode proceder a derivar dele uma proposição particular correta, que expressaria que “algum setor do terreno é propriedade de João”, ou que esse terreno é parcialmente de João.

Por último, deve-se reparar que a divisibilidade ou não de algum dos termos só tem relevância no caso das proposições singulares sintéticas, pois nas proposições singulares analíticas é indiferente que o objeto do direito seja divisível, pois, sendo *P* algo próprio de *S*, suas diferentes partes serão pertencentes a ele, sem que caiba outra possibilidade.

12 A oposição de proposições jurídicas singulares de caráter analítico

A diferenciação realizada no título anterior tem muita relevância com respeito ao Direito. Vejamos, primeiro, o que ocorre quando a proposição jurídica é do tipo das analíticas, nas quais o predicado é algo próprio, necessário, devido, em razão de sua própria noção ao sujeito.

São enunciações jurídicas analíticas aquelas relativas à atribuição ao homem de certos direitos humanos, que são aqueles em que o seu *fundamento* funciona, ao mesmo tempo, como *título* específico do direito em toda a sua extensão possível. Cabe assinalar que aqui se entende por fundamento do direito aquilo que lhe dá base justificatória, e essa é a normatividade impressa em sua “hominidade”, em seu ser pessoa humana, em sua especial dignidade como tal, dignidade que é de caráter universal, possuída por todo ser humano; por título, entende-se o elemento que dá razão imediata ao direito, conectando o sujeito e o objeto ao atribuir o segundo ao primeiro. Um conceito relacionado com os anteriores é o de medida do direito, que é a caracterização e determinação *in concreto* dos perfis do direito genericamente estabelecido pela norma⁵⁹. Uma vez que nesses direitos que dão lugar a proposições analíticas o seu fundamento faz também as vezes de título – e esse fundamento baseia esses direitos em todo ente que possui a dignidade humana, isto é, em todo ser humano, nascido ou por nascer –, segue-se que todo homem é titular de tais direitos, isto é, que são possuídos em ato, invariavelmente, mesmo que alguma circunstância – como a idade, por exemplo – não permita o seu exercício imediato. E, dado que o objeto do direito – que, usualmente, é o predicado da proposição – é algo próprio e essencial do sujeito, disso deriva que, nesse tipo de direitos, o seu conteúdo, em termos gerais, surge da análise do sujeito de Direito, do próprio homem.

O que se acaba de dizer – que o fundamento funcione como título; a dignidade, como elemento de atribuição direta de direitos –

⁵⁹ Sobre esses conceitos de fundamento, título e medida dos direitos humanos, ver HERVADA (1993, p. 48-50, 64-69, 83-89 e 97). Interessantes precisões sobre fundamento e título dos direitos podem-se ver, igualmente, em MASSINI CORREAS (1994, p. 66, 68, 70-71 e 74-75).

não ocorre em todos os direitos. Por exemplo, não ocorre com o direito de propriedade. Ocorre, sim, por sua vez, com o resto dos direitos fundamentais, sejam ou não “absolutos”. Tomo aqui a expressão “direitos absolutos” como predicável de alguns poucos direitos, como o direito à vida do inocente ou o direito de qualquer um a não ser torturado, nos quais a sua *medida* concreta não admite modalização alguma. Dito de outro modo, seriam direitos absolutos aqueles em que o âmbito formal ou jurídico do direito é igual ao âmbito material ou físico, isto é, em que o âmbito de funcionamento razoável, protegido legitimamente pelo direito, coincide com as ações e omissões enunciadas em seu *nomen iuris*. Isso não se verifica na maioria dos direitos fundamentais, nos quais há ações que materialmente fazem referência ao direito de que se trata – por exemplo, expressar-se de certa maneira – e que não estão cobertas por esse direito constitucional, e ainda podem ser anti-jurídicas e até delitivas. Seguindo o exemplo da liberdade de expressão, algumas expressões estão cobertas pelo âmbito formal do direito, que protege a sua esfera de funcionamento razoável – como publicar uma informação de interesse público – e outras não – como usar uma bomba como mecanismo de protesto e de manifestação, defraudar um transeunte ou publicar deliberadamente uma calúnia⁶⁰.

Logo, quanto à titularidade em abstrato dos direitos nos quais fundamento e título coincidem, é de plena aplicação o princípio de terceiro excluído, já que só há a possibilidade de ser ou não ser titular, sem ser factível uma posição intermediária. Por isso, funcionam logicamente de modo contraditório.

Vejamos isso num exemplo, relativo a se X tem ou não direito à honra, que, exposto com melhor qualidade lógica, leva ao seguinte gráfico:

⁶⁰ Uma explicação mais detida dessa distinção que postulo entre âmbito formal e âmbito material de um direito – que soluciona muitos problemas de “conflitos de direitos”, pois eles só se dão entre os âmbitos materiais de diferentes direitos ou entre o âmbito material e o âmbito formal de dois direitos, mas nunca entre os âmbitos formais – pode ser vista em Toller (2005, p. 1262-1271).

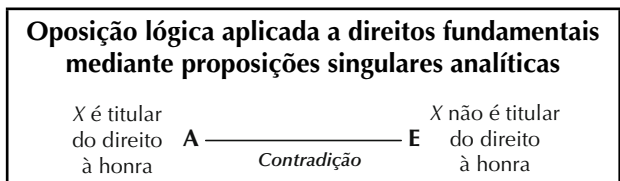


Figura 5

Nessa figura, *A* é verdadeira e *E* só pode ser falsa. Dito de outro modo: como ambas são contraditórias, *E* é falsa e, portanto, só resta que *A* seja verdadeira, não podendo ser ao mesmo tempo falsa, sem que tenha cabimento uma terceira possibilidade.

Por sua vez, esses enunciados analíticos singulares relativos a direitos fundamentais podem ser grafados no quadro de oposição completo, com proposições universais e particulares:

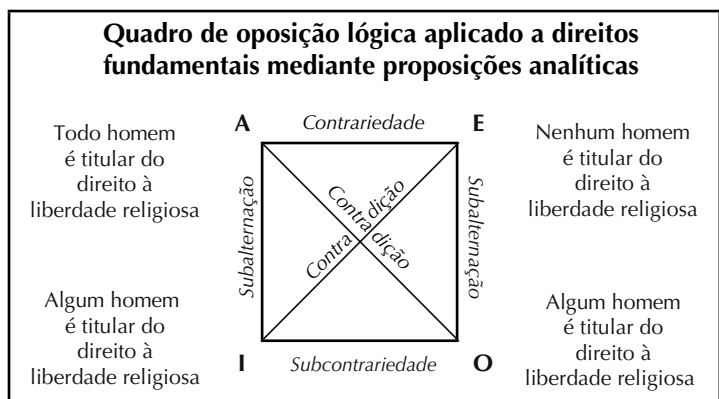


Figura 6

Aqui, *A* e *I* são verdadeiras – “todo homem...” e “algum homem...” – e, logicamente – e moral e juridicamente –, *E* e *O* são falsas. Como se trata de proposições que, vistas detidamente, são analíticas – pois é próprio do ser humano o ser imune de coação e impedimentos para poder seguir a religião que lhe dita a sua consciência –, aqui *A* e *E* têm uma particularidade, tampouco vislumbrada por Aristóteles: uma delas é verdadeira e a outra falsa, não podendo ser ambas falsas – como é usual –, já que nesse tipo de proposições analíticas as universais têm uma relação de contradição, e não de contrariedade.

13 A oposição de proposições jurídicas singulares de caráter sintético

A maioria das proposições que enunciam pretensões jurídicas concretas – quer sejam sobre direitos subjetivos de caráter não fundamental, quer sejam relativas a direitos humanos, ou seja, a direitos subjetivos de natureza fundamental – *são do tipo das singulares sintéticas*: *P* não é algo necessário de *S*. No caso de direitos cujo título é de caráter meramente positivo, dos quais, como foi dito, é paradigma o direito de propriedade – embora tenham fundamento na dignidade humana, como também é o caso do direito de propriedade, considerem-no ou não um direito fundamental –, a razão é clara e não oferece maior dificuldade: o título que confere direito ao objeto não é algo próprio ou necessário do sujeito, mas algo externo a ele, que foi obtido de algum modo “posto” por decisão humana, seja por meio de uma lei que confere um subsídio, da vontade humana de um sujeito – que obtém uma propriedade por compra, doação, acessão, apropriação etc. – ou de tantas outras possibilidades.

Pois bem, na maioria dos direitos fundamentais o título pode ser deduzido da consideração da natureza do sujeito, pois é algo próprio dele. Isso implicaria o fato de que grande parte das proposições relativas a direitos fundamentais seria de caráter analítico. Não obstante, é viável que se possua o título *in abstracto* – por ser um direito inerente à pessoa –, mas que ocorra uma ação específica que – embora pareça enquadrada em seu âmbito de proteção – não esteja realmente coberta pelo direito em concreto. Ou seja, poderia não haver título em concreto. Existe, além disso, outro ponto: diferentemente dos direitos de título natural que podem ser considerados “absolutos” – que implicam a posição necessária do título e não admitem regulação ou modalização alguma –, em boa parte dos direitos humanos, por um lado, sua medida admite um mais e um menos, e, por outro lado, o bem jurídico sobre o qual recaem pode ser divisível em concreto.

Por exemplo, na proposição “esta ação de culto *C* é parte da liberdade religiosa de *Y*”, ainda que qualquer sujeito humano seja titular em abstrato ou em geral desse direito, é preciso avaliar em concreto, atendendo a todas as circunstâncias do caso, se o ato específico

está compreendido no âmbito de exercício legítimo e razoável da liberdade religiosa, ou se não pode reclamar a proteção desse título, pois se trata, a rigor, de um ato antijurídico. Assim, não é o mesmo – para esse e outros efeitos – que a ação presumidamente pertencente à liberdade religiosa seja pôr-se de joelhos a rezar em um templo ou realizar um sacrifício humano. Conseqüentemente, embora as proposições universais relativas a direitos humanos – nas quais o título coincide com o fundamento – sejam de natureza analítica, as proposições singulares relativas a esses direitos são de natureza sintética.

Demos outro exemplo. “Todos têm direito à educação” é uma proposição analítica. Se se afirma, porém, que “*X* é titular do direito a voltar a cursar matérias na universidade”, essa é já uma enunciação sintética, que haverá que se demonstrar argumentativamente e se concretizar no que tange a modos, número de vezes etc.

Dessa maneira, dá-se a peculiaridade de que nos direitos cujo título e fundamento coincidem – que se expressam em abstrato em proposições analíticas – pode-se dar lugar a proposições singulares analíticas – como “esta tortura é ilegítima” – e a outras que são sintéticas – como “esta ação é um ato de tortura”. No exemplo dado, a razão é, no primeiro caso, que a proposição singular “esta tortura é ilegítima” é analítica, pois é derivação direta da universal “toda tortura é ilegítima”, que também é analítica, já que na noção mesma de “tortura” se engloba a sua ilegitimidade, ao passo que se deve realizar um ato de adjudicação de *P* a *S* para dizer que essa ação em concreto é uma tortura – e, portanto, é imoral e delitiva – pois não o seria, por mais que alguém o alegasse, por exemplo, a privação de liberdade ambulatoria em decorrência de condenação razoável firme.

Como as proposições singulares sintéticas, conforme foi visto, podem dar lugar a proposições particulares quando o objeto é divisível, ao se partir de proposições singulares desse tipo relativas a direitos – absolutos ou não – pode-se reproduzir diretamente todo o quadrado de oposição e todas as suas possíveis relações. É o que se expõe na seguinte figura, relativa à reivindicação do fundo Juliano por parte de Tício. Como se vê, dado que o ser propriedade de Tício é contingente, e não necessário, para o fundo – e também para Tício, se a proposição inicial fosse invertida –, trata-se de proposições sintéticas:

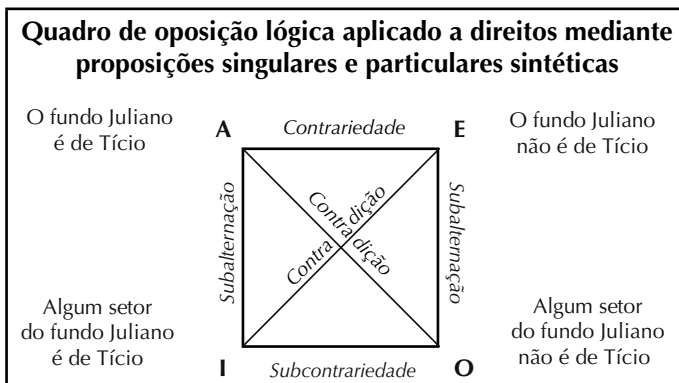


Figura 7

Ficará por se resolver se, em concreto, o fundo pertence ou não, inteiro ou em parte, a Tício, mas, nesse quadro, suas regras de inferência imediata indicam que se parte do axioma de que não podem ser corretas, de modo simultâneo, *A* e *E*, *I* e *O* e *A* e *O*.

Esclarecido o fato de que grande parte das enunciações jurídicas é de natureza sintética, deve-se agregar agora que *boa parte dos bens jurídicos é de caráter divisível*. Isso se verifica especialmente no caso da propriedade, que admite subdivisão, ainda que também se possa predicar muitos outros bens. Assim, tomando o caso da educação, uma pessoa pode se educar em muitos lugares, de muitas maneiras e em muitos níveis, e, nesse sentido, é um bem jurídico divisível e não um bem de caráter monolítico. Dessa forma, o direito à educação, em geral, se expressa numa enunciação analítica, e as afirmações sobre bens educativos singulares serão formuladas em proposições sintéticas. E não há só o fato de que os bens jurídicos ou objetos do direito sejam realmente, de modo usual, divisíveis, mas também *é possível que sejam divisíveis os próprios atos de realização*, ou de suposta realização, de um direito fundamental. Desse modo, por exemplo, um objeto *prima facie* relativo à liberdade religiosa pode ser um ato complexo, no qual parte da ação é constitucional e outra parte é antijurídica, e até delitiva.

Pelo que se acaba de dizer, não tem cabimento que os bens jurídicos divisíveis sejam introduzidos em proposições singulares que funcionem como contraditórias, nas quais, necessariamente, uma seja

verdadeira e outra falsa (Figura 5), tal como ocorre com as enunciações analíticas e com as sintéticas com elementos não divisíveis. Assim seria, por exemplo, se se afirmasse que “o príncipe Felipe de Bourbon é sucessor do trono de Espanha”, ou que “João é único proprietário deste automóvel”. Por sua vez – como aqueles bens divisíveis dão lugar, logicamente, a proposições nas quais ao menos um de seus elementos é separável, real ou intelectualmente –, é possível que em muitas hipóteses as proposições singulares *A* e *E* sejam ambas falsas, por se tratar, a rigor, de contrárias e não de contraditórias, e que, por isso, só sejam verdadeiras as proposições particulares subalternadas por aquelas, ou seja, as enunciações de tipo *I* e *O*. Nessas últimas, enuncia-se que só alguma parte de *S* é ou não é *P*, que, em termos jurídicos, implica que só uma parte do rechaçado na contestação da demanda é ou não é do demandado. Isso pode suceder na Figura 7, na qual teria cabimento que Tício fosse dono tão-somente de uma parte do fundo, e não de todo, como ele reclamava. E isso não é um mero jogo mental, mas sim algo que se verifica em muitíssimos pleitos em que – por razões de erro, ambição ou de estratégia processual – o demandante peticiona mais do que legitimamente lhe corresponde ou o demandado denega mais do que realmente é cabível que rechace.

14 Uma “possibilidade” impossível e o final da demonstração lógica da inexistência dos conflitos de direitos

Corresponde agora expor com detalhe por que a teoria que afirma a existência de conflitos de direitos implica que se “realize” nos casos aquilo que, a rigor, é *impossível*.

Tomemos, por exemplo, um litígio relativo a direitos fundamentais, nos quais o título abstrato acompanha sempre o sujeito. Trata-se, portanto, de uma hipótese parcialmente diferente à do direito de propriedade – já vista, com o caso de Tício –, na qual o fundamento se encontra em todo sujeito – todos podem adquirir bens –, mas não o título, pelo qual para ser proprietário é necessário um título concreto a mais, que outorgue determinada propriedade específica ou que, em termos lógicos, lhe atribua um predicado.

Tomemos, por exemplo, o direito à honra e à liberdade de imprensa. Suponhamos um caso em que uma pessoa demanda outra por entender que certas afirmações foram caluniosas à sua honra, e outra contesta a demanda sustentando que publicou essas expressões amparada pelo direito à liberdade de imprensa, e que, portanto, não há dano jurídico que deva ser ressarcido. Esse caso, levado a proposições lógicas, pode-se ver tanto a partir do ponto de vista do demandante X – que considera que a sua honra foi violada – como do ponto de vista do demandado Y – que entende que se encontra legitimado pelo direito à livre expressão. Assim se expõe o caso nas figuras seguintes:

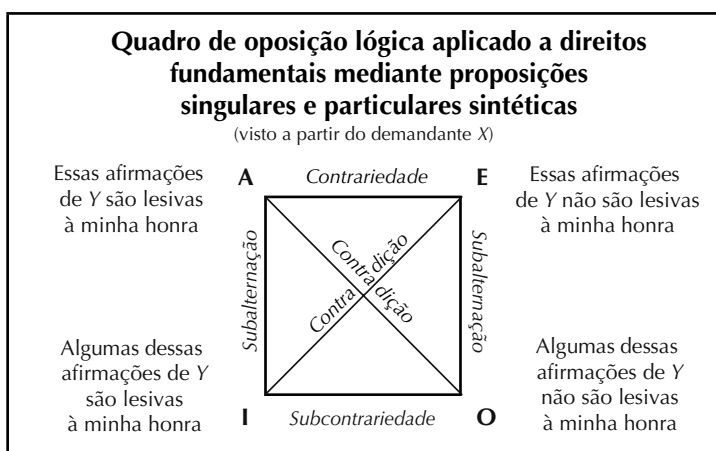


Figura 8

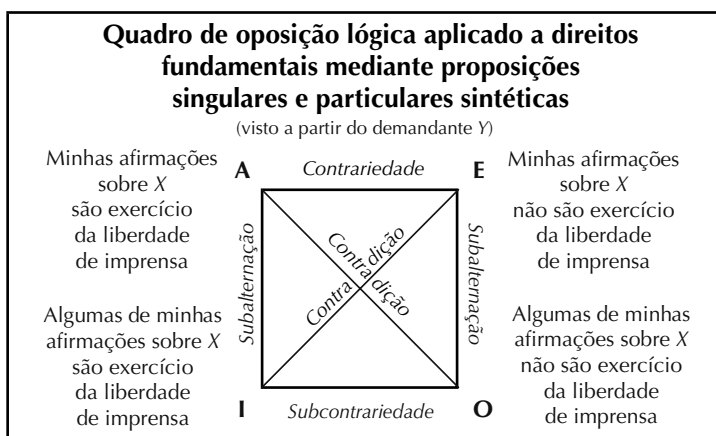


Figura 9

Antes de analisá-las, cabe dizer que A e E são proposições singulares, ainda que nelas se pudesse falar de “todas essas afirmações...” e de “nenhuma dessas...”, ao modo das universais. A razão disso é que o sujeito, nesses casos, é singular ou individual: trata-se dessas afirmações concretas, já vertidas, não de toda informação possível. Portanto, essas proposições individualizam uma generalidade. Por outro lado, se fossem universais – que não é o caso dos litígios concretos –, as regras lógicas seriam as mesmas.

Todavia, cabe fazer notar que aqui a proposição A da Figura 8 é correspondente à E da Figura 9, e a A da Figura 9 é correlativa à E da Figura 8. O mesmo ocorre com as proposições I e O . A razão é que sustentar que se lesou a honra é um modo de dizer que as afirmações não são legítimas de acordo com a liberdade de imprensa, e dizer que as afirmações estão legitimadas por essa liberdade implica negar que sejam expressões antijurídicas em relação ao direito à honra. Do mesmo modo, afirmar, na Figura 7, que o fundo é de Tício implica negar que é de Caio – e de qualquer outro –, e afirmar que é de Caio – possível proposição A de uma nova figura – implicará que, na Figura 7, é verdadeira a proposição E – que nega que seja de Tício – e que, portanto, a A é falsa.

Nos litígios concretos em que intervêm proposições singulares sintéticas com um termo divisível – da mesma forma que nos casos de quadros com proposições universais sintéticas –, como é o caso exemplificado nas Figuras 8 e 9, existem quatro soluções logicamente possíveis. Vamos analisá-las partindo da Figura 8 – o mesmo exercício poderia ser feito partindo da Figura 9 –, salvo que se esclareça outra coisa:

- A e I verdadeiras, E e O falsas: X tem razão contra Y .
- A e I falsas, E e O verdadeiras: Y tem razão contra X .
- A e E falsas, I e O verdadeiras: X e Y têm ambos elementos diferentes de razão, aplicados a diferentes partes da discussão. Poderia acontecer que um segmento das afirmações foi calunioso para com X , e outra parte estava protegida pela liberdade de expressão. Mais ainda: há casos em que um dos litigantes tem parte de

razão – por exemplo, direito a uma seção de um fundo – e o outro não tem nenhum direito que possa ser invocado sobre o objeto em discussão, mas sim está litigando sem razão; de um ponto de vista lógico, nessas hipóteses, também *I* e *O* são verdadeiras e ambos adversários têm parte de razão. Isso se explica porque o litigante que não possui direitos sobre o objeto disputado tem, no entanto, razão naquela parte de sua proposição – explícita ou implícita – em que nega ao seu opositor direito a toda a sua pretensão processual, que, no caso, seria o direito a todo o fundo.

- *A e I falsas, E e O verdadeiras (e, por sua vez, A e I da Figura 9 também falsas, e E e O verdadeiras): Nem X nem Y têm direito ao objeto do processo.* Viu-se, no ponto anterior, que *A* e *E* podem ser ambas falsas. No caso que agora nos concerne, no entanto, trata-se de uma quarta possibilidade. Não se verifica aqui, como nos dois primeiros pontos, uma correlação entre as Figuras 8 e 9, em que a verdade de *A* e a falsidade de *E* da primeira figura levaria à falsidade de *A* e à verdade de *E* da segunda e vice-versa, assim como a verdade de *I* ou de *O* na primeira implicaria a verdade de suas correlativas *O* e *I* na segunda e vice-versa. Trata-se, aqui, de outra possibilidade: nesse caso, diferentemente do que se apresentou como segunda possibilidade lógica (*A* e *I* falsas, *E* e *O* verdadeiras, na Figura 8; e *A* e *I* verdadeiras, *E* e *O* falsas, na Figura 9), a falsidade de *A* na Figura 8 não leva à verdade de *A* da Figura 9, nem mesmo à verdade de *I* na Figura 8 ou na Figura 9, mas tão-somente à falsidade de *E*. Como se verifica isso? Em Direito existem muitos litígios em que, consideradas a demanda e a contestação como *conjuntos unitários*, nenhum dos adversários tem razão, como pode ser o caso de dois falsos herdeiros que litiguem entre si para ficar com uma herança jacente que não lhes corresponde. Nesses casos, se se fazem dois quadros para ver a situação a partir de ambos os adversários, são verdadeiras as proposições negativas em ambas as hipóteses, tanto singulares como particulares, já que são falsos ambos os pares de proposições singulares e particulares afirmativas que resumem

a demanda ou a contestação da demanda de cada adversário. Essa verdade das enunciações *E* e *O* de ambos os quadros é a negação – como contrárias ou contraditórias – das proposições *A* e *I* falsas, isto é, da completa ou parcial demanda ou contestação da parte adversária ou, o que é o mesmo, do direito total ou parcial da contraparte no caso.

Dito o anterior, chega-se agora a um ponto de capital importância. Há uma quinta alternativa para analisar os quadros de oposição expostos nas Figuras 8 e 9 que, a rigor, não é uma “possibilidade”, já que é, literalmente, *impossível de um ponto de vista lógico*. É impossível porque romperia o princípio de não-contradição e, junto com ele, as regras das inferências imediatas do quadro relativas às proposições contrárias e contraditórias. Trata-se da seguinte:

❖ *A e E verdadeiras na Figura 8 (o que conduz, por correlação, à verdade de A e E na Figura 9): X e Y têm ambos razão completa em tudo o que litigam, postulando ambos proposições contrárias com respeito à mesma coisa, ao mesmo tempo e sob as mesmas circunstâncias.*

Isso implicaria, por sua vez, que, pela regra de inferência imediata da subalternação – se a universal ou singular é verdadeira, o é também a particular subalterna –, sendo *A* e *E* verdadeiras, como ocorreria nessa quinta alternativa, também o serão, reciprocamente, *I* e *O*. Dão-se, portanto, novas “impossibilidades”:

❖ *As contraditórias A e O são ambas verdadeiras.*

❖ *As contraditórias E e I são ambas verdadeiras.*

Dessa sorte, chega-se ao absurdo de que as contraditórias *A* e *O* e, da mesma forma, as contraditórias *E* e *I* – *que ninguém, na Lógica clássica e na Lógica simbólica, jamais negou que, necessariamente, em cada um desses pares uma deve ser verdadeira e a outra falsa – são, no entanto, as quatro verdadeiras, o que é impossível*. O mesmo ocorre com a Figura 9.

Logo, *não existem os conflitos de direitos. Não é possível que possam existir dois direitos, ao mesmo tempo e sob o mesmo ponto de vista, avalizando pretensões jurídicas processuais ou extraprocessuais que podem ser enunciadas como proposições contrárias ou contraditórias*, já que não

podem ambas as pretensões – ao mesmo tempo e em plenitude – ser justas, eficazes e presentes.

Desse modo, como foi exposto, nos quadros das Figuras 7, 8 e 9, é logicamente possível que tenha razão Tício ou Caio, o demandante *X* ou o demandado *Y*, no todo ou em parte, ou que não tenham razão ambos os adversários em tudo o que pretendem, como deveriam admitir aqueles que aderem à teoria dos conflitos de direitos.

Com efeito, fossem quais fossem as considerações que se dessem, o fundo Juliano será de Tício, ou de Caio, ou em parte de Tício e em parte de Caio, ou nenhuma parte de nenhum dos dois, porque é de Semprônio. Mas, logicamente, o fundo nunca poderá ser completamente só de Tício e completamente só de Caio. Cabe esclarecer que na Figura 7, diferentemente do que acontece nas Figuras 8 e 9, a verdade da proposição *E* não tem por correlato lógico a verdade de uma enunciação *A* de um possível quadro subsequente que olhasse o litígio a partir de Caio – ao modo da Figura 9 –, já que o fundo pode ser de um terceiro, com respeito ao qual existiria esse correlato. Isso não ocorre nas Figuras 8 e 9 porque ali se trata da vinculação entre direitos fundamentais correlativos, e a afirmação de *Y* se refere concretamente a *X*, e não há terceiros interessados ou interessáveis.

Concentrando-nos agora no caso dos direitos fundamentais à honra e à liberdade de informação, fossem quais fossem as razões que se dessem, ou tudo o que foi expresso por *Y* causou dano antijurídico a *X* – pois, realmente, não tinha direito em concreto a informar sobre essa questão do modo em que o fez e, ao fazê-lo, agravou a *X* –, ou tudo o que foi dito foi correto – pois *Y* terá exercido legitimamente o direito à livre expressão e, por isso, *X* não verá atingido, efetivamente, o exercício de seu direito à honra –, ou o que foi expresso foi em parte legítimo e em parte ilegítimo – já que a publicação será, em parte, agravante a *X* e, em outra parte, será um exercício legítimo da liberdade de imprensa de *Y*. Finalmente, poderia acontecer – embora não ocorra correntemente em hipótese relativa a direitos fundamentais correlativos – que, nesse caso, nem *X* nem *Y* tivessem o direito que invocam em suas pretensões. Assim sucederia, por exemplo, se quem aciona penalmente, em razão de calúnias que

agravam o seu direito à honra, devia ter iniciado, a rigor, só uma demanda civil, por intromissão em outro direito – como poderia ser o seu direito à intimidade –, e quem defende o seu direito a expressar-se em função do interesse público cometeu, a rigor, uma violação da intimidade, pois não estava em jogo nenhum interesse público. Algo similar aconteceria num litígio entre uma pessoa que se considera agravada em sua intimidade – a qual vendeu previamente – e um meio de comunicação sensacionalista, que tenta defender o seu negócio com argumentos de liberdade de imprensa, democracia e opinião pública, quando, na realidade, negocia com a privacidade alheia, e só poderia ganhar o caso pela ação prévia de renúncia do outro. Nessas hipóteses, as custas, da causa e da Lógica, devem ir por conta de cada um: nenhum dos dois litiga com *razão*, ainda que um deles possa fazer valer a sua negativa de pagar à contraparte.

Dito de outro modo, o que foi afirmado anteriormente significa que não pode haver real conflito entre *X* e *Y*.

15 Antijuridicidade, causas de justificação e o sentido da harmonização dos direitos

Observe-se que o fato de que ambos os opositores não podem ter razão em posições contrárias ou contraditórias tem o seu reflexo num elemento básico da Teoria do Direito, com especial relevância em matéria penal e no âmbito da responsabilidade civil: uma ação não pode ser antijurídica – vista a partir da pessoa danificada *X* – e estar coberta por uma causa de justificação – vista a partir do ofendido *Y*. Por isso, na base da conclusão daqueles que priorizam a liberdade de imprensa – como hierarquicamente superior à honra, ou como se tivesse maior peso nos balanços – encontra-se um inequívoco erro lógico. O mesmo poderia ser dito com respeito à posição antagônica, que prioriza o direito à honra. Com efeito, não se pode raciocinar dizendo que uma parte *tem direito* à honra e o seu adversário *tem direito* à informação, e que, sendo *legítimas ou justificadas* ambas as pretensões, é preciso optar por uma ou por outra, ao passo que a outra deve *ceder*. Não pode haver, por um lado, um *direito* a expressar-se de determinada maneira e, por outro, estar *jus-*

tificada uma regulação civil ou penal que estabeleça que não se pode realizar esse concreto exercício do direito. Não pode haver direito a não ser difamado de determinada maneira e, ao mesmo tempo, ter a obrigação de suportar o agravo, transformado, assim, em exercício de um direito. Se se tem *direito* a algo, isso é o *justo*. Se está *justificada* uma regulação que impede a ação, isso é o *justo*. E não pode ser *justo* tanto uma coisa como a sua contrária. Do contrário, reduz-se a muito pouca coisa o fato de se “ter um direito”. A rigor, optar num litígio por uma das possibilidades logicamente corretas significa que, em concreto, no caso, a outra solução não é justa e que o seu presumido titular não tem, na realidade e na hipótese concreta, *direito*, pois não é *correto* o modo concreto de exercitá-lo que pretende que lhe seja judicialmente reconhecido. Se tem-se direito, a regulação que começa a vigor é ilegítima e inconstitucional. Se a regulação é constitucionalmente correta, por ser razoável, o exercício do direito será tão-somente uma pretensão sem fundamento, pois tratar-se-á, a rigor, de um abuso do direito.

As explicações anteriores têm, em primeiro lugar, o interesse de evitar que se resolvam litígios concretos de um modo contraditório, ou, dito de outro modo, de propender a, à hora de ter que resolvê-los, não se partir do pressuposto errôneo, que viola o princípio de não-contradição, de que ambos têm completa razão. Em segundo lugar, o que se expôs tem importantes conseqüências de tipo teórico, pois os direitos humanos – todos eles meios para que o homem, seu sujeito titular, possa realizar os seus fins – não podem estar em contradição entre si.

Conseqüentemente, nos casos em que, como se disse, existem “pontos de contato” entre direitos, não se trata de ver a hierarquia abstrata, nem de balancear o “peso” concreto dos direitos. Trata-se, na verdade, de determinar, *usando a Lógica do razoável, qual deles comparece no caso e qual não*, ou se existem *em parte um e em parte outro*, ou, como se expôs, se nenhum dos litigantes tem razão e os direitos que invocam são, em concreto, somente ilusórios, sabendo – *pela Lógica do racional* – que ambos não podem ter razão em tudo – *A e E* –, ou que um tenha razão em tudo e outro a tenha em parte – *A*

e O; E e I. Trata-se, pois, de encontrar o *ius* do caso, o justo entre as pretensões contrapostas dos jurisdicionados, justo este que às vezes pertencerá a um, às vezes ao outro, às vezes implicará negar a ambos o que estão pretendendo, e, às vezes, será uma composição equitativa daquelas partes de legitimidade que correspondam a cada adversário. E, uma vez encontrado o justo, trata-se, então, de tutelá-lo de modo efetivo⁶¹.

16 Aplicar Lógica não significa que o Direito seja Matemática

Antes de concluir este trabalho, convém advertir que, ao sustentar que se deve procurar a determinação de qual das partes tem razão ou direito e em que medida o tem, não se quis afirmar uma aritmética jurídica de soluções claras. Nesse sentido, qualquer juiz sábio e probo, que conte com certa experiência, reconheceria o acerto de uma canção que foi popular na Argentina, na qual, em um momento, se diz “*te necesito como el juez a la verdad*”. Esses juízes sabem as dificuldades, dúvidas e cavilações que lhes pode oferecer a dicção de uma sentença e a necessidade premente que muitas vezes tiveram para encontrar a verdade entre as brumas que, frequentemente, apresenta a prática jurídica. Aplicar o método anticonflitivista que postulo⁶² implica, assim, uma boa dose da velha *prudentia iuris* e não poucas dificuldades, já que demanda, ao dizer de Serna, “uma maior exigência na tarefa judicial, que se assemelha mais, então, ao trabalho de Hércules – o juiz filósofo de Dworkin – que ao autômato de Montesquieu”⁶³.

Nessa ordem de idéias, deve-se tomar nota de que a existência de estados da mente em que há dúvida ou mera opinião, e não certeza – isto é, estado nos quais não se afirma categoricamente algo como

⁶¹ Sobre o direito do que tem a razão a que o juiz lhe outorgue, ou seja, o direito à tutela judicial efetiva, e os problemas jurídicos e filosóficos que apresenta, TOLLER (2003a, p. 3225-3280) e, com diversas mudanças e acréscimos, TOLLER (2003b, p. 543-599).

⁶² Ver as publicações supracitadas, nota 8.

⁶³ SERNA, 1994, p. 197 e 231.

verdadeiro ou como falso –, não nega, em absoluto, os princípios de não-contradição e de terceiro excluído⁶⁴. Para além das incertezas que lhe tenham sido geradas nos diferentes momentos processuais, no momento em que um juiz decide num ou noutro sentido, realiza uma afirmação que está sujeita a esses princípios lógicos. Por isso, ao sentenciar, não pode sustentar, simultaneamente, nem sequer implicitamente – coisa que faria ao utilizar os métodos da hierarquização ou do *balancing test*, junto com a incindível doutrina dos limites externos –, que resolver em sentido contrário ou contraditório com relação ao que se elegeu é também legítimo e correto. Se o fizesse de modo expresso, é factível supor o profundo desconcerto do jurisdicionado que perdeu o processo, a quem se diz que, se, em vez de ter tido sua pretensão rechaçada lhe tivesse sido dada a razão, o veredicto teria estado igualmente justificado, sem que consiga entender por que, então, não se resolveu nesse sentido... Por esse motivo, há razões para se confiar que, talvez, com o tempo, se admita que ditar uma sentença que viole o princípio de não-contradição é causa para que se incorra na deficiência constitucional de arbitrariedade de sentença.

Assentados esses esclarecimentos, vale a pena sublinhar que o que se quis pôr nitidamente de manifesto é que, a partir de um ponto de vista lógico – e, portanto, também ontológico ou real –, duas partes não podem ter razão em pretensões contrárias ou contraditórias, e que, portanto, realmente *não existem os conflitos de direitos subjetivos, nem, pelas mesmas razões lógicas, a justaposição antitética de direitos humanos e bens públicos, nem a colisão de interesses gerais entre si*, e que, por isso, é desnecessário e injusto solucioná-los mediante a hierarquização ou o contrapeso dos direitos ou bens presumidamente envolvidos, sob o guarda-chuva legitimador da doutrina dos limites externos.

17 Conclusões

A interpretação constitucional implica tomar decisões, aplicando, entre outras coisas, as regras lógicas do racional vistas aqui,

⁶⁴ SANGUINETI, 1994, p. 106-107.

além das regras da Lógica do razoável, que, como foi dito, não podem ser expostas neste lugar. Decide-se se o autor que pretende uma coisa, ação ou omissão possui, em concreto, um título jurídico para isso ou se o possui em um grau diferente do que afirma.

Se fosse possível que suas proposições jurídicas contrárias ou contraditórias fossem corretas – coisa que se mostrou como impossível, mediante a sua refutação lógica –, então só restaria a hierarquização ou o balanço das pretensões encontradas como métodos para se resolver a aporia. E esses métodos – que, no fundo, são versões sofisticadas da resolução por via de lançar sortes ante o litígio, já que ambas as soluções seriam corretas – ficariam sempre *ad libitum* do decisor, inseguros, arbitrários, subjetivos e, necessariamente, sem uma motivação e uma argumentação adequadas e acabadas, pois não se pode alcançar a justiça e a razão a partir da negação da proteção de um direito subjetivo ou de um interesse público que se reconhece como legítimo e existente no caso. Por isso, é impossível que, num litígio que envolvesse dois presumidos direitos – ou um direito individual e um bem comum, ou dois interesses gerais – que, logicamente, são enunciáveis como proposições contrárias e contraditórias, ambos sejam, ao mesmo tempo e em plenitude, justos, eficazes, razoáveis e presentes, deixando a resolução em mãos da hierarquia ou do contrapeso.

Pelo contrário, se existe o princípio de não-contradição, não se trata, então, de ver hierarquias ou de ponderar pesos, mas de encontrar e determinar “o seu de cada um”, qual é o direito real ou qual parte de direito tem cada um: o *ius* do caso. E essa averiguação do *ius* do caso é uma indagação prudencial e finalista, porque, como foi dito, aplicar Lógica não significa que o Direito seja Matemática.

Desse modo, a refutação lógica que se realizou – se bem compreendida – *fere de morte a possibilidade mesma de entender que há conflitos de verdadeiros direitos*, pois um ou outro, ou parte de um e parte do outro, ou ambos em sua totalidade serão, tão-somente, miragens.

No fundo – e deixando agora de lado a mera Lógica formal –, trata-se de negar a estendida visão de que o Direito é um mecanismo de resolução de conflitos, idéia que se baseia, em definitivo, na visão segundo a qual – com ares tanto hobbesianos como hegelianos e

marxistas – a realidade é, necessariamente, agônica ou disjuntiva. Deve-se passar, pelo contrário – aparentando-se com o pano de fundo ordenado dos gregos –, a se entender o Direito e, nesse caso concreto, o Direito Constitucional, como a ciência e a arte da busca de soluções harmônicas, ou, se se quer, da racionalidade ou inteligibilidade jurídica que se encontra nas coisas, já que a realidade do Direito tem um *telos* que é passível de conhecimento e de aplicação prática, de modo que seja possível, como diziam os clássicos, “dar a cada um o que é seu”.

Referências

AGUIAR DE LUQUE, Luis. Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español. *Revista de Derecho Político UNED*, n. 18-19, 1983.

_____. Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, 1993.

ALARCÓN, Enrique. Naturaleza, espíritu, finalidad: implicaciones del principio de no contradicción en Aristóteles. *Anuario Filosófico*, n. 23, 1990.

_____. El principio de contradicción y la estructura del ente en Aristóteles. *Acta Philosophica: Rivista Internazionale di Filosofia*, n. 8, 1999.

ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Sopena, 1957.

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, n. 96, 1987.

ALONSO, Martín. *Enciclopedia del idioma*. Madrid: Aguilar, 1968. v. 1.

ALVIRA, Tomás; CLAVELL, Luis; MELENDO, Tomás. *Metafísica*. Pamplona: Eunsa, 1984.

ARISTÓTELES. *Metaphysica*. In: BARNES, Jonathan (Ed.). *The Complete Works of Aristotle: the revised Oxford translation*. Princeton University Press, 1984. 2 v. (5. impr. 1995)

BIANCHI, Alberto B. El caso “Texas vs. Johnson” y el dilema de la colisión de los derechos constitucionales. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n. 2, 1990.

BETHGE, Herbert. *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*. München: Verlag Franz Vahlen, 1977.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. 2. ed. Lima: Palestra, 2005.

COPI, Irving M. *Introducción a la lógica*. 4. ed. Tradução da 3. ed. inglesa de N. A. Míguez. Buenos Aires: Eudeba, 1999.

COROMINAS, Joan. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. 3. ed. Madrid: Gredos, 1987.

DANTE ALIGHIERI. *A divina comédia*.

ENCICLOPEDIA *Vox*. Barcelona: Spes, 1961. v. 1.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión. In: AA.VV. *Libertad de expresión y Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1985.

GÓMEZ DE SILVA, Guido. *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Derecho administrativo español*. 2. ed. Pamplona: Eunsa, 1994. v. 2.

GRENET, P. B. *Ontología*. Barcelona: Herder, 1973.

HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 7. ed. Pamplona: Eunsa, 1993.

HESS, Reinhold. *Grundrechtskonkurrenzen: zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

JOLIVET, Regis. *Tratado de filosofía*. Tradução da 5. ed. francesa por L. de Sesma. Buenos Aires: Carlos Lohlé, 1976. t. 1: Lógica y cosmología.

LOTZ, Ioannes B. *Ontologia*. Barcinone; Friburgi Brisgoviae; Romae: Herder, 1963.

MACCHI, Luis. *Diccionario de la lengua latina: latín-español, español-latín*. Rosario: Apis, 1941.

MARITAIN, Jacques. *El orden de los conceptos*. Tradução do francês por Gilberte Motteau de Buedo e Mariano Argüello. Buenos Aires: Club de Lectores, 1967.

MASSINI CORREAS, Carlos I. *Filosofía del derecho: el Derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

MILLÁN PUELLES, Antonio. *Fundamentos de filosofía*. 10. ed. Madrid: Rialp, 1978.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

RÜFNER, Wolfgang. Grundrechtskonflikte. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: JCB Mohr (Paul Siebeck), 1976. Band II.

SANGUINETI, Juan José. *Lógica*. 4. ed. Pamplona: Eunsa, 1994.

SCHLINK, Berhard. *Abwägung Aim Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

SCHNEIDER, Harald. *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodells. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1979.

SERNA, Pedro. Derechos fundamentales: el mito de los conflictos: reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información. *Humana Iura*, n. 4, 1994.

STC n.187, 1999, FJ 12, BOE, n. 286, 30-XI-1999, suplemento.

STC n. 121, 1989, JC XXIV.

STEBBING, L. Susan. *Introducción a la lógica moderna*. Traduzido por José Luis González da 5. ed. inglesa revisada por C. W. K. Mundle. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

TOLLER, Fernando M. Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales. *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, n. 4, p. 225-252, 1998.

_____. Hacia el ocaso del darwinismo jurídico: lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. *El Derecho*, n. 180, p. 1427-1439, 1999a.

_____. *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*. Buenos Aires: La Ley, 1999b.

_____. El derecho a la tutela judicial efectiva: fundamentos, implicaciones y Derecho comparado. In: FERRER MCGREGOR, Eduardo (Coord.). *Derecho procesal constitucional*. 4. ed. México: Porrúa, 2003a. t. 4.

_____. El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales. *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n. 45, 2003b.

_____. La tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad: una aproximación comparatista. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 12-13, p. 181-221, 2. sem. 2003/1. sem. 2004.

_____. La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test. In: FERRER MCGREGOR, Eduardo (Coord.). *Interpretación constitucional*. México: Porrúa; Unam, 2005a. t. 2.

_____. Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005b. p. 495-515.

TOLLER, Fernando M.; SERNA, Pedro. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

TOLLER, Fernando M.; REINA, Gabriel de. Interés estatal y patria potestad en el asesoramiento a menores en materia sexual. *El Derecho*, n. 198, p. 349-366, 2002.

TOMÁS DE AQUINO. *In duodecim libros Metaphysicorum Aristotelis expositio*. 2. ed. Taurini: Marietti, 1971.

_____. *Expositio libri Peryermeneias*. Taurini: Textum Leoninum, 1955.

_____. *Summa Theologiae*. In: *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P. M. Edita*. Romae: Ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, 1888-1906. t. 2-12.

VERNAUX, Roger. *Introduction générale et logique*. Paris: Beauchesne, 1964.

ZANOTTI, Gabriel J. *La unidad de la teoría lógica en su forma no-matemática y en su forma matemática*. Buenos Aires: Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, 1988.

NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de artigos 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. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira (somente para autores estrangeiros), com no máximo quarenta laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, cessão de direitos autorais no *Boletim Científico da ESMPU*, conforme modelo disponível no sítio 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 Núcleo de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos ori-

ginais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelo telefone (61) 3313-5114.

2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. 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.