

Matéria Especial

Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate

Glauco Gumerato Ramos

Entrevista

Jarbas Soares Júnior: Ex-
procurador-geral de Justiça do
MPMG conta um pouco de sua
trajetória institucional e apresenta
os desafios para 2010

Público Constitucional, Administrativo e Institucional

Coletivo Material e Processual

Civil Material e Processual

Penal Material e Processual

Informações Variadas

Disseminare

18



Ano IV - N.º 18
outubro/novembro/dezembro - 2009
ISSN 1809-8673
Circulação Nacional e Internacional

Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Expediente

Procurador-Geral de Justiça

Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Corregedor-Geral

Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Procurador de Justiça Evandro Manoel Senra Delgado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Procurador de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis

Secretário-Geral

Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado

Chefe-de-Gabinete

Promotor de Justiça Paulo de Tarso Morais Filho

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP

Promotor de Justiça Flávio Alexandre Correa Maciel

Diretor-Geral

Fernando Antônio Faria Abreu

Coordenação Editorial

Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento

Fernando Soares Miranda

Diretoria de Produção Editorial

Alessandra Souza Santos

Revisão

Daniela Paula Alves Pena

Hugo de Moura

Beatriz Garcia Pinto Coelho (estágio supervisionado)

Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

Redação

Samuel Alvarenga Gonçalves

Projeto Gráfico

Marcia Odete Corrêa da Silva

Diagramação

Marcia Odete Corrêa da Silva

Os artigos e textos publicados neste boletim são de responsabilidade exclusiva de seus autores e não representam, necessariamente, a posição ou ideologia do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



Editado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Av. Álvares Cabral, 1740, 1º andar, Bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte – MG, CEP: 30170-916

Fones: (31) 3330-8299 e (31) 3330-8182 / E-mail: mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	6
II APRESENTAÇÃO	6
III CONVITE DO COORDENAÇÃO EDITORIAL	7

1. MATÉRIA ESPECIAL	8
1.1 Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate Glauco Gumerato Ramos	8

2. ENTREVISTA	16
2.1 Jarbas Soares Júnior	16

3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	20
---	----

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	20
---	----



3.1.1 Algumas considerações sobre a posição atual do Ministério Público na sociedade brasileira Rafael de Araújo Gomes	20
---	----

3.1.2 Crime político no Estado Democrático de Direito: o <i>nocrim</i> a partir de Hannah Arendt Gustavo Pamplona	22
--	----

3.1.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	27
--	----

A) Obras Doutrinárias	27
-----------------------	----

3.1.3.1 BRANDÃO, Adelino. (Org.). <i>Os direitos humanos</i> : antologia dos textos históricos.	27
---	----

B) Artigos	27
------------	----

3.1.3.2 SILVA, Alexandre Garrido da. <i>Minimalismo, democracia e expertise</i> : o Supremo Tribunal Federal diante das questões políticas e científicas complexas.	27
---	----

3.1.4 Jurisprudência da área	28
------------------------------	----

3.1.4.1 TJMG, 2ª Câmara Cível. <i>Propaganda Institucional irregular. Improbidade Administrativa</i>	28
--	----

3.1.4.2 STF, Pleno. <i>Foro por prerrogativa função. Perda do mandato. Julgamento iniciado. Conservação da competência do Tribunal</i>	29
--	----

3.1.4.3 STF, Pleno. <i>Foro por prerrogativa função. Perda do mandato. Julgamento iniciado. Irrelevância. Deslocamento da causa</i>	29
---	----

3.1.4.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. <i>Cassação de mandato do Chefe do Poder Executivo Municipal. Devido Processo Legal</i>	29
--	----

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL	30
-------------------------------------	----



3.2.1 Conexão, continência e litispendência no processo coletivo Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau Bruno José Silva Nunes	30
---	----

3.2.2 Ação civil pública na Justiça Militar estadual Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha	36
3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	42
<i>A) Obras Doutrinárias</i>	42
3.2.3.1 BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça.	42
<i>B) Artigos</i>	42
3.2.3.2 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. O papel dos mercados na proteção ambiental.	42
3.2.4 Jurisprudência da área	43
3.2.4.1 TJMG, 4ª Câmara Cível. <i>Tombamento. Defesa do Patrimônio Cultural. Atuação do Município</i>	43
3.2.4.2 TRF5, 3ª Turma. <i>Ação Popular. Perícia. Adiantamento dos honorários periciais. Impossibilidade</i>	43
3.2.4.3 TJMG, 8ª Câmara Cível. <i>Ação Popular. Perícia. Adiantamento dos honorários periciais. Possibilidade</i>	43
3.2.4.4 TJMG, 2ª Câmara Cível. <i>Defesa do meio ambiente. Dano moral Coletivo</i>	43
3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL	44
3.3.1 Interpretação da legitimação segundo o Estado Democrático de Direito Juliana Maria Matos Ferreira Wellington Pereira	44
3.3.2 A ponderação de valores como supressora do contraditório: por um decisionismo participativo Guilherme César Pinheiro	50
3.3.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	54
<i>A) Obras Doutrinárias</i>	54
3.3.3.1 ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Co-autor e Coord). Código das Famílias Comentado (atualizado de acordo com as Leis 12.004/2009 e 12.010/2009).	54
<i>B) Artigos</i>	54
3.3.3.2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial e ações de família.	54
3.3.4 Jurisprudência da área	55
3.3.4.1 TJMG, 9ª Câmara Cível. <i>Função social da propriedade. Ação possessória. Meio inadequado para a análise da questão</i>	55
3.3.4.2 TJMG, 4ª Câmara Cível. <i>Instrumentalidade das formas. Adequação de sentença ultra petita</i>	55
3.3.4.3 TJMG, 11ª Câmara Cível. <i>Direito à intimidade e à privacidade. Agente político. Liberdade de imprensa. Direito de informar (1)</i>	55
3.3.4.4 STJ, 4ª Turma. <i>Direito à intimidade e à privacidade. Agente político. Liberdade de imprensa. Direito de informar (2)</i>	55

3.3.4.5 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Cassação de mandato de prefeito. Aplicação do sistema de impedimento e suspeição previsto no CPC* 55



3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL 56

3.4.1 A aplicação da teoria da imputação objetiva aos delitos de perigo abstrato 56
Flávio Ribeiro da Costa

3.4.2 No Brasil, só é preso quem quer! 61
Marcelo Cunha de Araújo

3.4.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área 62

A) Obras Doutrinárias 62

3.4.3.1 ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**: Comentários à Lei 12.015/2009. 62

B) Artigos 62

3.4.3.2 SILVA, Klarissa Almeida. **Tipologia dos homicídios**: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais. 62

3.4.4 Jurisprudência da área 62

3.4.4.1 STF, 1ª Turma. *Porte ilegal de munição desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade da conduta. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento* 62

3.4.4.2 STJ, 5ª Turma. *Porte ilegal de munição desacompanhada de arma de fogo. Tipicidade da conduta. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento* 63

3.4.4.3 STJ, 6ª Turma. *Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito para os crimes de tráfico de drogas cometidos antes da vigência da Lei 11.343/06. Possibilidade* 63

3.4.4.4 STF, Pleno. *Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito para os crimes de tráfico de drogas cometidos antes da vigência da Lei 11.343/06. Impossibilidade* 63

4. INFORMAÇÕES VARIADAS 64

4.1 DIREITO E EFETIVIDADE 64

4.1.1 A desnecessidade de alvará judicial para recebimento do seguro obrigatório em caso de acidente de trânsito (DPVAT) 64

Luciana Teixeira Guimarães Christofaro

4.2 SOCIEDADE EM DEBATE 64

4.2.1 A inconstitucionalidade do pagamento de gratificação natalina a secretários municipais 64

Rodrigo Alves Barcellos

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO 67

4.3.1 Aspectos processuais e instrutórios da Nova Lei Antidrogas: limitações de garantias 67

Érico de Oliveira Della Torres

4.4 ANÁLISE CRÍTICA 70

4.4.1 Apelação no Tribunal do Júri e as novas decisões do Superior Tribunal Federal 70

Roberto Atílio Jávare

4.5 TÉCNICA PROCESSUAL	72
4.5.1 Grupo de combate aos crimes praticados por agentes políticos municipais com foro especial José Fernando Marreiros Sarabando	72
4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR	74
4.6.1 Complexidade da linguagem jurídica e possibilidades de simplificação Daniela Paula Alves Pena	74
4.6.2 Indicação de obra de outra área	76

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Alceu José Torres Marques
Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

Estimados(as) leitores(as),

É com enorme prazer que transmito aos leitores esta mensagem com o lançamento de mais um exemplar do MPMG Jurídico, fruto do árduo trabalho de nossos colaboradores e também da equipe responsável.

Nessa perspectiva, ressalto a importância de o Ministério Público mineiro disponibilizar este precioso instrumento de informação jurídica, de maneira pluralista e inovadora. Nesta edição, ressalto a matéria de capa, de autoria de Glauco Gumerato Ramos, que nos propicia uma profunda reflexão acerca do ativismo e garantismo no processo civil. Enfatizo também a estimulante entrevista do Procurador-Geral de Justiça Jarbas Soares Júnior, que nos trouxe um relato das experiências que vivenciou ao longo de seu trabalho como membro do Ministério Público.

Esperamos que o MPMG Jurídico continue sendo um importante espaço para a discussão do Direito e de suas instituições em Minas Gerais e em todo o Brasil.

Meus votos de um ano novo repleto de realizações para cada um de vocês.

Até o próximo número do nosso MPMG Jurídico!

II APRESENTAÇÃO

Gregório Assagra de Almeida
Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

O MPMG Jurídico chega ao final de mais um ano em que procurou disseminar a cultura jurídica de nossa instituição, objetivo que o trouxe a lume. A divulgação do pensamento jurídico-científico e o conseqüente aperfeiçoamento político no País são alvos sempre perseguidos por este periódico, o que faz esta edição apresentar, novamente, assuntos variados.

Como entrevistado, o ex-procurador-geral de Justiça Jarbas Soares Júnior, a quem gostaria de fazer um agradecimento especial pelo apoio na criação e implementação da Revista MPMG Jurídico, na reestruturação da Revista De Jure e na reestruturação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional como um todo. Nesta edição de nº 18, o Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior, de forma brilhante, conta sua trajetória no MPMG, fala dos projetos idealizados e implantados na Instituição durante sua gestão e ainda nos revela os próximos passos de sua vitoriosa carreira.

Na matéria de capa, o advogado Glauco Gumerato Ramos nos brinda com uma instigante discussão entre ativismo judicial e garantismo processual, como diz o autor, “procurando dar visibilidade ao debate que existe com reflexos em toda a América Latina” e abraçando os postulados ativistas.

Contamos ainda com interessantes artigos nas áreas sistematizadas do MPMG Jurídico: Direito público, coletivo, civil e penal, além da seção de informações variadas, em que o leitor encontrará um leque de matérias, incluindo o diálogo multidisciplinar, sempre aberto às mais diversas áreas do conhecimento humano.

Esperamos que a leitura da revista seja prazerosa, tornando-se auxílio à formação intelectual e à reflexão de idéias.

Grande abraço a todos vocês, leitores. Desejo a todos um Feliz Natal e um Ano Novo de realizações!

III CONVITE DO COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prezados(as) Senhores(as),

A Coordenação Editorial reitera o convite para que você também faça parte das nossas publicações como colaborador.

Para isso, você pode enviar os seus artigos ou comentários a fim de que eles sejam publicados em um boletim que, a cada dia que passa, consolida-se como um importante veículo de propagação da cultura jurídica no Brasil e no exterior.

Como sempre lembramos, os textos devem ser redigidos de forma clara, pontual, direta e de fácil compreensão, bem como digitados no formato *Word (Windows)* – versão mais atual – com, aproximadamente, 60 (sessenta) linhas; fonte *Times New Roman*; corpo 10 para o texto principal, corpo 9 para as citações que possuam mais de três linhas, as quais deverão vir destacadas do texto; entrelinhamento simples; parágrafos justificados; recuo de 1,00 para o texto principal e 1,50 cm para as citações; folha em tamanho A-4 (210 mm x 297 mm); utilizando-se da mesma fonte do texto, os títulos em corpo 12, em negrito; e, por fim, a indicação da fonte bibliográfica completa, em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” como nota de rodapé, em corpo 8.

O autor deverá identificar-se e, caso seja da sua vontade, também poderá encaminhar a sua foto 3x4 (ou digital com boa resolução) e titulação correspondente para serem divulgadas junto ao corpo do texto. É necessário ainda fornecer endereço (o qual não será divulgado) para fins de encaminharmos um exemplar do boletim e certificado (ISSN) em que constar a sua contribuição.

Os textos deverão ser enviados, preferencialmente, para o e-mail mpmgjuridico@mp.mg.gov.br, ou para a Coordenação Editorial – Av. Álvares Cabral, nº 1.740, 1º andar, Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30170-916, Belo Horizonte (MG).

Envio de artigos e outras informações:

mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

1. MATÉRIA ESPECIAL

1.1 Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate^{1,2}

Glauco Gumerato Ramos

Mestrando em direito processual na

Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina)

Professor de direito processual civil (graduação, extensão e pós-graduação lato sensu)

Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Iberoamericano (IIDP) e Panamericano de Direito Processual (IPDP)

Advogado em Jundiaí-SP

www.glaukogumerato.com.br



“Aggiungo queste poche parole solo per sottolineare uno degli spunti di riflessione, che il Tuo importante saggio ha ridestato in me.” (GIUSEPPE TARZIA, trecho final de carta enviada a Juan Montero Aroca, o principal porta-voz europeu da atual mirada que se pode dar ao processo civil da atualidade. E porque refletir é preciso!)³.

1. Colocação do problema e advertência

Pouco – ou quase nada⁴ – versado pela doutrina do processo civil brasileiro, o debate ativismo judicial *versus* garantismo processual é bastante intenso e conhecido por toda América espanhola, inclusive com relevante repercussão na Europa (Espanha, Itália e Portugal).^{5,6}

¹ Agradeço ao Prof. Gregório Assagra de Almeida – conhecido estudioso do processo civil coletivo – que me convidou a escrever sobre o tema ativismo/garantismo a partir da minha experiência junto à Universidad Nacional de Rosario (UNR). Também agradeço a Cristine Druve (mestranda em processo civil na PUC/SP), mineira, hoje radicada em Jundiaí, que se incumbiu da revisão e propôs importantes alterações ao texto.

² Em homenagem a dois dos principais processualistas da Argentina, meus amigos Jorge W. Peyrano (ativista) e Adolfo Alvarado Velloso (garantista). Na esperança de que a síntese das respectivas idéias antagônicas potencialize soluções cada vez mais democráticas e úteis ao processo civil da atualidade.

³ “Acrescento estas poucas palavras apenas para sublinhar o despontar de algumas reflexões que o Teu importante ensaio despertou em mim.” (tradução nossa) Carta reproduzida no prólogo subscrito por Juan Montero Aroca ao livro de coletâneas por ele coordenado, *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 20. Montero Aroca confiou-me a tradução ao português desta obra. Comparto a honrosa tarefa com o processualista e desembargador carioca Alexandre Freitas Câmara e, até o final do primeiro semestre de 2010, a tradução será publicada no Brasil.

⁴ Na literatura brasileira há um texto importante que deve ser conhecido para que se conheça um pouco mais do debate. BARBOSA MOREIRA, “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, em *Temas de direito processual (nona série)*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55-67.

⁵ Cf. *Proceso e ideología, passim*.

⁶ Importante destacar que, no Brasil, Rosemiro Pereira Leal há tempo chama a atenção para o fato de que o *devido processo legal* muitas vezes é aviltado diante das posturas *instrumentalistas* que preponderam na doutrina interna. Dogmaticamente, ao meu ver, as ponderações do professor da UFMG e da PUC/MG alinham-se ao postulado *garantista* demonstrado no presente trabalho. Cf. *Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 8. ed., *passim*.

Em linhas gerais, é um debate em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil; ii) dos seus sistemas de enjuizamento⁷ – inquisitivo ou dispositivo⁸ (*inquisitorial system* e *adversarial system*)⁹; iii) do papel do juiz e da atitude das partes na relação processual; iv) da dimensão constitucional da jurisdição; v) do conteúdo e do significado do devido processo legal; vi) da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, dentre outros.

Na atualidade, o debate ativismo *versus* garantismo divide a doutrina do processo civil da América hispanoparlante e gera disputas ou polêmicas doutrinárias – às vezes até com “chumbo trocado” –, o que acaba por apartar os processualistas em verdadeiras “trincheiras ideológicas”.

Aqueles que, com certa regularidade, freqüentam congressos internacionais de direito processual nos países que nos são vizinhos na América Latina podem certificar *in loco* a intensidade do debate que, repito, não é tratado com o mesmo vigor – a mim me parece que tampouco é tratado – no universo do processo civil brasileiro. Não sei se apenas pelas naturais razões idiomáticas que separam os hispanoparlantes de nós, os lusoparlantes, ou mesmo se por alguma razão político-científico-processual¹⁰, ou, ainda, se pelo fato de que as posturas sustentadas e defendidas pelos chamados *garantistas*, efetivamente, não encontram eco na doutrina interna do processo civil. Quanto a este último aspecto – ausência de eco das posturas *garantistas* –, afirmo, sem medo de errar, que a grande maioria dos processualistas do nosso país está filiada ao que se apregoa pela voz dos chamados *ativistas*, conforme tentarei demonstrar no decorrer do texto. Nós no Brasil – e obviamente aqui eu me incluo – fomos forçados a pensar e a refletir o processo civil na perspectiva da *Escola processual de São Paulo*¹¹, que muitas e boas contribuições nos

⁷ *Enjuizamento*, numa tradução livre da palavra espanhola *enjuiciamiento*, e não *ajuizamento*, que em português tem significado distinto do pretendido no texto. *Ajuizamento* para nós tem significado de propositura da ação; *enjuizamento*, por sua vez, aqui é utilizado em referência à dinâmica de desenvolvimento do processo até sua conclusão. Será *inquisitivo*, o processo que se desenvolve sob a direção inflexível do juiz. *Dispositivo*, quando em seu desenvolvimento há destaque para a atuação e iniciativa *dispositiva* da parte, ou seja, a parte arca com o ônus de sua eventual falta de diligência.

⁸ Os sistemas *inquisitivo* e *dispositivo* também são identificados pela doutrina como sistema *publicístico* e sistema *privatístico*, respectivamente. Nesse sentido, inclusive advertindo que nenhum sistema é “quimicamente puro no plano normativo”, JUAN MONROY GÁLVEZ, *Teoría General de Proceso*, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 155-160. O professor da *Universidad de Lima* ainda elenca alguns princípios que fariam parte de cada um destes sistemas. Seriam princípios procedimentais do *sistema publicístico*: direção judicial do processo, impulso oficial, imediação, concentração, boa-fé e lealdade processual, celeridade processual, socialização do processo, integração do direito processual, vinculação e elasticidade, aquisição (os atos praticados pelas partes se incorporam ao processo e, desde então, já não beneficiarão ou prejudicarão apenas o responsável pela produção do ato), preclusão. Seriam princípios procedimentais do *sistema privatístico*: iniciativa da parte, defesa privada, congruência e impugnação privada.

⁹ Sobre o *inquisitorial system* e o *adversarial system*, cf. BARBOSA MOREIRA, “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo.” em *Temas de direito processual civil (nona série)*, p. 39-54. Ver, ainda, FERNANDO GAJARDONI, *Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 107-132.

¹⁰ Assim me refiro às posturas que são adotadas pelo *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, que inegavelmente goza de maior destaque entre seus congêneres na América Ibérica, além de exercer satisfatória influência na doutrina nacional, até porque congrega vários processualistas brasileiros que – cada qual dentro de seu respectivo nível de projeção – têm dado sua colaboração à nossa ciência.

¹¹ Como dito por Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, ao se referir ao pensamento processual brasileiro após a forte influência aqui exercida por Liebman, notadamente sobre seus – então – discípulos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Cf. ALFREDO BUZUID, *Grandes processualistas*, São

legou, mas cujos fundamentos, até por força da *Reforma do CPC* e dos notáveis avanços doutrinários do processo civil brasileiro, atualmente vêm sendo revistos e, muitos deles, até mesmo postos em xeque.¹²

Essas “trincheiras ideológicas” a que me referi acima podem ser observadas quando se analisa, num ambiente macroscópico, aquilo que é postulado pelos dois principais institutos de direito processual da América Ibérica, o *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* (IIDP, www.iidp.org) e o *Instituto Panamericano de Derecho Procesal* (IPDP, www.institutoderechoprocesal.org). O primeiro, de maior impacto no plano nacional, atualmente é presidido pelo processualista chileno e professor da *Universidad de Chile*, Raúl Tavolari Oliveiros, conhecido defensor das posturas ativistas, cujo nome está ligado à reforma do processo penal em vários países da América Latina. O segundo, de menor impacto no Brasil, até porque são menos os brasileiros que o integram,¹³ é presidido pelo professor da *Universidad Nacional de Rosario* (UNR)¹⁴, e um dos principais processualistas da Argentina – e por isso mesmo também da América espanhola – Adolfo Alvarado Velloso.¹⁵

Para uma primeira – e genérica – compreensão do que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o *ativismo judicial* defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao juiz um poder criativo que, em última análise, valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o *garantismo processual* defende uma maior valorização da categoria fundamental *processo* e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a sua atuação. Para o *garantismo*, o processo é um

Paulo: Saraiva, 1982, p. 10, nota 6.

¹² Basta que se tenha em mente a reformulação do sistema de execução civil, com a opção pelo processo sincrético e o abandono do processo de execução autônomo para a satisfação do título executivo judicial, para que seja possível diagnosticar que estão sendo fortemente revisitadas antigas doutrinas que nos foram apresentadas como dogmaticamente intangíveis.

¹³ Os brasileiros que integram o IPDP são: Marcus Vinícius Abreu Sampio (SP), Flávio Buonaduce Borges (GO), Marcos Afonso Borges (GO), Petrônio Calmon (DF), Min. Castro Filho (DF), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (RS), Luiz Manoel Gomes Jr. (SP), José Miguel Garcia Medina (PR), Glauco Gumerato Ramos (SP), Roberto Rosas (DF), Eduardo Talamini (PR), Luiz Rodrigues Wambier (PR), Teresa Arruda Alvim Wambier (SP). Neste ano de 2009, quando do XXII Congresso Panamericano de Direito Processual, realizado entre os dias 26 e 28 de agosto, na cidade de Goiânia – vale destacar: o primeiro Congresso realizado pelo IPDP no Brasil –, foram aprovados para integrar o Instituto os nomes de Alexandre Freitas Câmara (RJ), Antonio Gidi (BA, atualmente radicado em Huston, Texas, onde é professor de direito processual da respectiva universidade) e Osmar Mendes Paixão Côrtes (DF).

¹⁴ Importante destacar que a *Universidad de La Plata* – dá a conhecida Escola processual de *La Plata*, cujo principal representante foi o recém-falecido Augusto Mario Morello –, a UNR e a *Universidad Católica de Argentina*, ambas sediadas na cidade de *Rosario*, Província de Santa Fé, detêm os principais núcleos do pensamento processual civil argentino.

¹⁵ No volume I de suas *Instituições*, ao fazer um balanço da história e evolução do direito processual na América Latina, Cândido Dinamarco destaca alguns nomes de importância no processo civil argentino, entre eles o de Adolfo Alvarado Velloso, o principal porta-voz do garantismo processual naquele país. Cf. *Instituições de direito processual civil*, v. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 264-265.

método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Os *garantistas* buscam aplicar as bases dogmáticas do *garantismo* de Luigi Ferrajoli – originariamente voltado às ciências penais (direito material e processo) – ao direito processual civil.^{16, 17}

Mas, como dito logo no subtítulo, aqui também cabe uma advertência, essa de cunho pessoal. Deixo claro que sou produto da – assim a chamemos – *Escola brasileira de direito processual* e por isso não empresto adesão a todos os postulados que eventualmente são professados pelo *garantismo*. Porém, após algum tempo lendo e ouvindo seus defensores, confesso que alguns aspectos daquilo que propugnam merecem uma reflexão na perspectiva do que os processualistas brasileiros pensam e concretizam no plano doutrinário. O presente texto não é um panegírico quer do *ativismo judicial*, quer do *garantismo processual*, até porque ambas as posturas não são infensas às influências recíprocas. Não há um purismo dogmático a legitimar orientações maniqueístas nesse tema. Penso que as reflexões em torno do direito processual civil, desde que circunscritas aos confins das diretrizes constitucionais, devem ser receptivas e potencializar ao máximo novas posturas propositivas para a melhora da nossa ciência.

Nesse panorama, não me parece proveitoso que as posturas *garantistas* voltadas ao processo civil não sejam conhecidas, tratadas e trabalhadas – naquilo que convier – pela competéssima doutrina do direito processual civil brasileiro. Até porque a ciência também evolui com o auxílio da dialética fomentada por idéias antagônicas; do debate, portanto. E a minha intenção com este escrito é dar maior visibilidade a esse debate.

2. Antecedentes históricos do debate

Ao que tudo indica, a *queda da Bastilha* a representar o debate internacional aqui tratado foi a coletânea na qual Juan Montero Aroca reuniu vários textos sobre o tema, escritos por processualistas de vários países da América Ibérica e também da Itália: *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. E, por esse momento ter sido a *queda da Bastilha*, é evidente que, antes disso, alguns outros antecedentes importantes podem ser aqui elencados.

¹⁶ Nesse sentido, “O autodenominado garantismo processual civil – porque, afinal, qual corrente do pensamento processual não vai defender as garantias constitucionais – se apóia em um equivocado transplante ao processo civil do ideário de Luigi Ferrajoli, concebido por e para o processo penal” (tradução nossa), PEYRANO, *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Buenos Aires: La Ley, 13/8/2009, nota “9”, disponível em: www.laley.com.ar/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf. Nessa mesma nota “9”, Peyrano lembra outro estudo – que liga as idéias do garantismo processual ao *garantismo* de Ferrajoli – do professor da *Universidad de Lima*: JUAN MONROY GALVEZ, *Qué es el garantismo procesal civil?* In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, ano 2006, n. 9, p. 7 e ss.

¹⁷ Ver, ainda, ALVARADO VELLOSO: “A dicção *garantista* – ou seu sucedâneo: *garantidor* – provém do subtítulo que Luigi Ferrajoli pôs em sua magnífica obra *Direito e razão* e que quer significar que, acima da *lei*, com minúscula, sempre está a *Lei*, com maiúscula (a Constituição). Em outras palavras: é guardar adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica.” (tradução nossa). Cf. “El garantismo procesal”. In: *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 145.

2.1 1995: O artigo de Franco Cipriani¹⁸

Um provável marco a inspirar o debate ativismo *versus* garantismo no processo civil foi o – hoje clássico – texto de Franco Cipriani¹⁹ intitulado *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*²⁰. Nesse estudo o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) fez um profundo levantamento histórico dos aspectos ideológicos em que se radicou o CPC austríaco projetado por Franz Klein.

Apoiado em escritos de Menestrina (*Francesco Klein*, 1926, I, p. 270) e Chioyenda (“Loralità e La prova”, 1924, em *Saggi di diritto processuale civile – 1894-1937* –, org. PROTO PISANI, II, Milão, 1993, p. 205), Cipriani afirma que o *Regulamento de Klein* teve um longo período de *vacatio legis* para bem preparar os juizes com “mão dura”, ao mesmo tempo em que pretendeu “amansar” os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento.²¹ No desenvolvimento desse importante texto sobre a história do processo civil europeu, Franco Cipriani adverte sobre a influência do *Regulamento de Klein* na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazi-fascismo naquele país, bem como da influência desse CPC austríaco em outros diplomas processuais que se lhe seguiram.²²

Em síntese, Cipriani demonstra que o *Regulamento Klein*:

i) encara o processo civil como um “mal social” a gerar influência na economia nacional; ii) tratou o processo como objeto social; iii) conferiu viés *publicista* ao processo civil, com “negação” às partes; iv) reforçou os poderes do juiz no processo. É dizer: “(...) um processo construído com menoscabo das partes (...)”²³ cujo respectivo *Regulamento* foi tachado por parcela expressiva e respeitável da doutrina de, no mínimo, inconstitucional.²⁴

¹⁸ Quanto à importância do texto de Cipriani na evolução histórica entorno dos fundamentos do debate, ver: BENABENTOS, *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Rosario: Juris, 2001, p. 90-96.

¹⁹ Franco Cipriani é conhecido na Itália como importante pesquisador da história do processo civil. A ele coube recuperar fragmentos de uma pequena apostila intitulada *Lezioni di diritto amministrativo*, de autoria de Chioyenda, referente a aulas que ministrou na Universidade de Roma nos anos de 1909 e 1910. Cf. CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 258, nota 3.

²⁰ Este texto foi publicado originalmente na Itália em 1995, na *Revista di Diritto Processuale*, p. 969 e ss. Há duas traduções para o espanhol, uma na Argentina e outra no Peru. Na argentina: ALVARADO VELLOSO, “En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad u autoridad)”, *Revista de Derecho Procesal*, Córdoba, N° 2, p. 31 e ss, 2001. A tradução do Peru é de Eugenia Ariano Deho, tendo o mesmo título; foi publicada na *Revista Jurídica del Peru*, LI, N° 18, p. 119 e ss, 2001.

²¹ Cf., na tradução argentina de Alvarado Velloso, *En el centenario del Reglamento...*, p. 31.

²² Inclusive no CPC brasileiro de 1973: “(...) ainda no derradeiro quartel do século XIX, dois Códigos – o da Alemanha e o da Áustria – que tiveram grande ascendência sobre os monumentos jurídicos dos tempos atuais. Dado o rigor científico dos seus conceitos e precisão técnica de sua linguagem, impuseram-se como verdadeiros *modelos*, a que se seguiram as elaborações legislativas dos Códigos do século XX.” em “Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro – Conferência proferida na Universidade de Keyo (Tóquio)”, BUZAID, *Estudos e pareceres de direito processual civil* (com notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33. Ver, ainda, da pena do mesmo BUZAID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Capítulo II – Do sistema do Código de Processo Civil vigente, n° 3.

²³ KÖNIG, *La ZPO austríaca dopo La novella del 1983*, 1988, p. 173, conforme lembra Cipriani, op. cit., p. 32, sempre da tradução argentina.

²⁴ CIPRIANI: “Assim, alguns o tacharam de *inconstitucional*; outros – como o Reitor da Universidade de Viena, Schrutka – lamentaram que “aos crescentes poderes e a nobre posição do juiz não correspondera a um aumento proporcional das garantias de independência” --; outros – como Adolf Wach, valente defensor

Em seu *texto histórico*, Franco Cipriani ressalta que o CPC austríaco de Klein ultradimensionou o caráter *publicista* do processo civil, onde os juizes tiveram seus poderes “(...) substancialmente aumentados e com a obrigação de ser (também) *capitães* em todas as causas”.²⁵ Ou seja, criou-se um juiz com grandes poderes de direção no processo.

2.2 2000/2001: A conferência de Montero Aroca nas XVII Jornadas do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e seu posterior livro *Princípios políticos do novo processo civil espanhol*

Ex-aluno de Salvatore Satta na especialização da Universidade de Roma, Juan Montero Aroca escreveu *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*.²⁶ Esse livro representa uma versão revista e ampliada em “quinze mil palavras”²⁷ da – polêmica – conferência de encerramento que o processualista espanhol proferiu nas XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, organizada pelo IIDP e pela Corte Suprema da Costa Rica em 20 de outubro de 2000, na cidade de San José.

Os dirigentes do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal encarregaram Montero Aroca de ditar uma conferência sob o título “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo (para Iberoamérica) y la oralidad*”, já que, naquele mesmo ano de 2000, tinha sido publicada a Ley 1/2000, em 7 de janeiro, que reformulou o processo civil espanhol. Na dita conferência, em suma, Aroca consignou sua constatação de que a nova LEC espanhola não assumia a idéia da *publicização* do processo civil, concepção tão em voga na doutrina do século XX, além do que – para o autor – a recente legislação processual de seu país não guardava nenhuma relação com as diretrizes que orientaram o *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, cujo projeto foi apresentado pelo IIDP em 1988, em Montevideú.

Essa conferência de encerramento teria sido o despertar de um novo enfoque do direito processual civil, na qual foi proposto, a partir das diretrizes políticas que, segundo Montero Aroca, orientaram a nova LEC espanhola, que o processo civil estaria passando por um momento de mudança de paradigma, com a observação do esvaziamento de seu conteúdo *publicístico*. O processualista espanhol chegou mesmo a afirmar que a ele foi imputado o fato de “dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo”.²⁸

da concepção liberal do processo – acusaram-lhe de estar contra a natureza dispositiva do processo civil; outros, ainda – como o trentino Francesco Menestrina –, de ter sido concebido ‘num momento de ingênuo otimismo’; finalmente outros – como o então jovem Giuseppe Chioyenda –, e sem dissimular sua perplexidade, preferiram não se pronunciar” (tradução nossa), op. cit., p. 33.

²⁵ Op. cit., p. 61.

²⁶ Livro clássico do processo civil espanhol publicado pela Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Esse livro está sendo traduzido por mim ao português, sob o título *Princípios políticos do novo processo civil espanhol – Poderes do Juiz e oralidade*.

²⁷ Cf. *Los principios políticos...*, em *Introducción*, nota 1, p. 11.

²⁸ *Proceso e ideología...*, *Prólogo*, p. 17. Nessa mesma página 17, vale destacar o que escreveu Montero Aroca: “No mesmo momento da conferência, e logo a partir daquele dia, adverti que algo raro estava a acontecer ao meu redor. Já ao finalizar a intervenção me pareceu que parte dos membros do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal não estava muito de acordo com o que haviam escutado, e

2.3 Ainda em 2000: “II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista”

Organizado em conjunto pela *Universidad Nacional de Rosario* (UNR) e pela *Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires*, o *Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista* foi um importante evento no calendário científico do direito processual argentino. Realizado desde sua primeira edição na *cervantina* cidade de Azul²⁹, a 300 km da capital, Buenos Aires, esse Congresso realizou sua 10ª edição no ano de 2008,³⁰ quando se deliberou que os encontros não mais serão anuais, mas sim bienais.

Em novembro de 2000, portanto alguns dias após a conferência de Montero Aroca ditada no Congresso do IIDP na Costa Rica, foi realizada a 2ª edição do *Congreso de Derecho Garantista de Azul*. Nessa ocasião, devido à repercussão do que dissera Aroca no congresso da Costa Rica, o texto-base daquela conferência foi copiado e distribuído a todos os então congressistas.

Além da presença de Juan Montero Aroca como conferencista no evento, essa 2ª edição também contou com a participação e conferência de Franco Cipriani. Devido ao eco de suas idéias a favor do *garantismo* no processo civil italiano, foi aquele seu texto sobre o centenário do *Regulamento de Klein* traduzido ao espanhol por Adolfo Alvarado Velloso³¹ e, no congresso, distribuído a todos os presentes.

E foi nessa ocasião que Cipriani, após tomar conhecimento da conferência de Montero Aroca, viu que suas idéias libertárias e *garantistas* em torno do processo civil coincidiam com aquilo que o processualista espanhol havia falado alguns dias atrás nas *XVII Jornadas do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*.

Alguns meses depois, já em 2001, foi publicado na Espanha o livro *Los principios políticos*. Franco Cipriani toma conhecimento da obra e se encarrega de traduzi-la ao italiano.

2.4 2002: A tradução de Franco Cipriani – “I principi politici del nuovo processo civile spagnolo” – do livro de Montero Aroca, o primeiro de um processualista espanhol traduzido ao italiano³²

O mesmo Cipriani que escreveu sobre as diretrizes

se pode ver entre eles mostras de desconformidade não habitual em conferências de encerramento de congressos, enquanto outra parte aplaudia com convicção pouco habitual nesses atos e exteriorizava sua conformidade de maneira mais expressiva do que de costume. Desde então ocorrem acontecimentos que podem ser qualificados de insólitos e que seguem me surpreendendo; a algum deles me referirei a seguir, mas adianto que já me acusaram de dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo.”

²⁹ A cidade de Azul é a única da América Latina que tem o “certificado *cervantino*”, conferido por autoridades culturais da Espanha para cidades de outros países com expressivo acervo das várias edições da obra de Miguel de Cervantes. É caso de um colecionador particular de Azul.

³⁰ Nesse *X Congreso de Derecho Procesal Garantista* de Azul, em 2008, estive presente e ministrei palestra sobre o tema *Panorama de las tutelas de urgencia en el proceso civil brasileño*, onde, após fazer uma exposição sistemática da tutela de urgência no Brasil, sustentei – como não poderia deixar de ser – a total constitucionalidade delas, o que, por alguns fundamentos dogmáticos que arrolarei neste texto, não é aceito sem críticas pelos *garantistas*.

³¹ O professor Alvarado Velloso é um dos organizadores do *Congreso* de Azul.

³² Nesse sentido o texto de Ignacio Díez-Picazo Jiménez: “Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español”, em *Proceso e ideología*, p. 29-30.

autoritárias e *publicistas* do *Regulamento de Klein*, após tomar conhecimento do texto-base da conferência de Montero Aroca em São José da Costa Rica, e de seu então recém-lançado livro *Los principios políticos...* (2001), encarregou-se de traduzi-lo – não pessoalmente – ao espanhol.³³

A esse livro, Franco Cipriani fez agregar um prefácio³⁴ – um tanto quanto ácido, diga-se de passagem – no qual lembra que vem sendo tachado na doutrina do processo civil de seu país, ao lado, dentre outros, de Girolamo Monteleone, de *revisonista*,³⁵ devido à sua defesa em prol de um novo processo civil italiano adequado à Constituição em vigor desde 1948, já que o CPC de 1940, influenciado pelo *Regulamento de Klein*, além de produto da era fascista de Mussolini, teria um viés *antiliberal e autoritário*.³⁶

Cipriani chama a atenção para o fato de que, na Itália, em contraposição aos *revisonistas*, estão os *negacionistas*, como Proto Pisani, para quem o CPC de 1940 “(...) se excedeu um pouco ao reforçar os poderes do juiz a despeito das garantias das partes”, e Sergio Chiarloni. Negam esses, segundo Franco Cipriani, que o CPC italiano de 1940 seja autoritário e que precise ser adequado à Constituição de 1948.

No prefácio à tradução italiana no livro de Montero Aroca, o professor da Universidade de Bari afirma que a substancial identidade entre o autoritarismo *fascista* e *comunista* explica o porquê de estudiosos notoriamente de esquerda, como Proto Pisani e Chiarloni, procurarem legitimar o CPC italiano de 1940.³⁷

A apresentação da tradução italiana do livro ocorreu no ensejo de um seminário internacional celebrado entre os dias 16 e 18 de maio de 2002, em Roma, onde, entre outros, esteve presente Giovanni Verde, à época vice-presidente do *Consiglio Superiore della Magistratura*. Poucos meses após esse conclave, Verde faz publicar um artigo na *Revista di Diritto Processuale*³⁸ integralmente dedicado – embora assumidamente não emparelhado – ao livro de Montero Aroca e ao – nas palavras do próprio Verde – “polêmico” prefácio de Cipriani.

2.5 2006: “Proceso e ideologia – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”, coletânea organizada por Montero Aroca

Após a publicação do artigo de VERDE na Itália e sua tradução ao espanhol pelo então presidente do IIDP, Roberto

³³ Trata-se de *I principi politici del nuovo proceso civile spagnolo*, tradução italiana de Bratelli-Magrino, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

³⁴ “El proceso civil italiano entre revisonistas y negacionistas”, tradução ao castelhano de Eugenia Ariano Deho, em *Proceso e ideología*, p. 51-64.

³⁵ A adjetivação de *revisonista* foi dada por Sergio Chiarloni, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, em *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 410, em nota-de-rodapé, *apud* CIPRIANI, op. cit., p. 55, nota 12.

³⁶ Op. cit., p. 53.

³⁷ Op. cit. p. 59-60.

³⁸ “Le ideologie del processo in un recente saggio”, *Rivista di Diritto Processuali*, 2002, pp. 676-687. Esse texto foi vertido ao castelhano e publicado na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2003, 3, p. 31-44, “Las ideologías del proceso em um reciente ensayo”. A tradução foi feita pelo então presidente do *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, o processualista argentino Roberto Berzonze. Cf., *Proceso e ideología*, Prólogo, p. 18.

Berizonce, e respectiva publicação na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (vide nota 33), uma série de textos versando sobre essa temática ideológica do processo civil se seguiu na América Latina e na Europa.

Assim é possível arrolar os autores, os títulos, o país e as respectivas épocas de publicação desses textos³⁹, e todos na seqüência do já mencionado artigo de Giovanni Verde: Franco Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, 2003, Itália; Girolamo Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni de um "revisionista"*, 2003, Itália; Joan Picó Y JunoY, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, 2003, Espanha; Juan Montero Aroca, *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, 2004, Espanha; Giovanni Verde, *Postilla*, 2004, Itália; Girolamo Monteleone, *El actual debate sobre las "orientaciones publicísticas" del proceso civil* (traduzido ao espanhol por José Luis Gabriel Rivera), 2005, Itália; José Carlos Barbosa Moreira, *O neoprivatismo no processo civil*, 2005, Brasil⁴⁰; Adolfo Alvarado Velloso, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, 2005, Argentina; Luís Correia De Mendonça, *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, 2006, Portugal.⁴¹

No interregno dessa cadeia, houve um incidente ocorrido na jurisprudência argentina, especificamente quanto a um acórdão proferido pela Suprema Corte da Província de Buenos Aires, datado em 29 de outubro de 2003.

Nesse acórdão discutiu-se sobre a possibilidade de ser "relativizada a coisa julgada", já que um aspecto da sentença de primeiro grau não foi objeto de recurso, no caso específico, a utilização de um determinado índice de correção. Quando da execução do julgado, o devedor alegou que o índice que prevaleceu na sentença era o errado e que isso traria uma grande "injustiça" na situação concreta. Houve recurso, provido em segundo grau. Em sede de recurso extraordinário, foi pedido que fosse mantida a decisão de primeiro grau e que o tribunal, como não houve recurso específico no momento oportuno, não pudesse alterar o que estava definido pela coisa julgada. Na instância extraordinária – Suprema Corte da Província – os respectivos ministros dividiram-se quanto à solução do caso. Metade dos 8 (oito) magistrados rejeitou o recurso extraordinário por entender que o tribunal *a quo* teria a possibilidade de "relativizar a coisa julgada"; a outra metade entendeu por acolher o recurso para que fosse mantida a decisão de primeiro grau, não impugnada à época quanto ao capítulo que tratava do índice de correção. Para dirimir a controvérsia, e dentro das respectivas regras de organização judiciária, foi necessário o voto do Presidente do *Tribunal de Casación Penal*, Federico Domínguez.

Em seu voto de Minerva – de cunho inegavelmente *garantista*, na ótica do debate ideológico neste texto tratado –, Federico Domínguez deu provimento ao recurso extraordinário por

³⁹ Limite-me a informar apenas esses dados (autor, título, país e ano da publicação), já que as respectivas fontes e mesmo os textos na integralidade encontram-se reunidos em *Proceso e ideología, passim*.

⁴⁰ Ao leitor brasileiro interessará saber que este texto está publicado, entre outros lugares, nos clássicos e imprescindíveis *Temas de direito processual (nona série)*, p. 87-101.

⁴¹ Este texto do processualista português foi escrito, a pedido de Montero Aroca, para inclusão na coletânea *Proceso e ideología*, e representa uma resenha do livro do mesmo autor, *Direito Processual Civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002.

entender que a "relativização da coisa julgada" era uma gravíssima afronta ao devido processo legal previsto na Constituição, e que ao juiz é vedado "(...) revisar uma questão fenecida pela inatividade, em tempo oportuno, de uma das partes", e segue afirmando que: "Ao mudar, o órgão jurisdicional, as regras do jogo, necessariamente rompe com a igualdade que deve existir entre as partes".⁴²

Após a publicação desse acórdão – lembre-se, datado em 29 de outubro de 2003 – foi publicada uma nota comentando-o, no periódico *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, de 18 de fevereiro de 2004. Esse comentário foi assinado por Augusto Mario Morello, falecido em abril deste ano de 2009⁴³, e, sem dúvida alguma, um dos principais processualistas da história da Argentina. Representante da chamada *Escola processual de La Plata*, também foi um dos principais defensores do *ativismo judicial* em seu país e no plano internacional. Em seu comentário,⁴⁴ Morello teceu severas críticas ao posicionamento externado naquele voto dirimente por Federico Domínguez e aos fundamentos que alicerçaram a respectiva solução, baseada, inclusive, em citações e referências expressas à obra e ao pensamento de Aroca.

Em 5 de maio de 2004, na mesma *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, Montero Aroca "pede a palavra"⁴⁵ e publica uma espécie de prêdica em favor da postura jurisprudencial adotada por Domínguez em seu voto de desempate, ao mesmo tempo em que chama a atenção para o fato de que o comentário de Morello ao acórdão exteriorizava a imposição de um único modo de pensar.⁴⁶

Após esse texto de Aroca "pedindo a palavra", Augusto Mario Morello dirige uma carta ao professor valenciano, datada em 4 de junho de 2004, com nítido propósito de – ao menos assim me pareceu quando de sua leitura – rumar o "barco do debate" para águas calmas, iniciando sua breve missiva esclarecendo os motivos que o levaram a lançar a nota ao julgamento da Suprema Corte da Província de Buenos Aires:

Prezado Montero Aroca: Minha nota ao acórdão da SCPBA teve um claro e único propósito: tentar que não se instale entre nós um método e estilo de exposição crítica excessivamente ideológica e carregado de adjetivações desqualificadoras em relação àqueles que pensam diferente.⁴⁷

Dias após, em 23 de junho de 2004, Montero Aroca responde a Morello no mesmo tom conciliatório, mas com tomada de posição – ao menos assim também me pareceu da leitura da respectiva carta – e aproveita para fazer um apelo ao professor argentino para que o debate autoridade/liberdade no processo (*ativismo X garantismo*)

⁴² Cf. *Proceso e ideología*, p. 262.

⁴³ Sobre importância de Morello para o processo civil de seu país e da América Ibérica, v. a homenagem póstuma que lhe prestou Roberto O. Berizonce, em *Augusto Mario Morello, RePro 174/376*.

⁴⁴ Salienta-se que Augusto Morello não permitiu que este seu comentário fosse publicado na coletânea organizada pelo processualista espanhol. Cf. MONTERO AROCA, *Proceso e ideología*, Prefácio, p. 23-23.

⁴⁵ "La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones pido la palabra", cf. em *Proceso e ideología*, p. 263-276.

⁴⁶ Montero Aroca: "A nota do Dr. Morello deve ser lida sob duas perspectivas: uma concreta, referente ao voto do Dr. Dominguez, e outra geral, atinente aos estudiosos e a suas conferências ou publicações. A cada um sem seu âmbito, o Dr. Morello os censura basicamente da mesma forma, mas que me seja permitido ficar no lado que me afeta, que é o âmbito da comunidade de estudiosos." (tradução nossa), op. cit., p. 271.

⁴⁷ Cf. op. cit., p. 277-278.

fosse sugerido por ambos, ao Presidente do IIDP, como tema central das *Jornadas Iberoamericanas* que se realizariam em 2006.

Por isso me atrevo a fazer uma proposta. Organizar um debate público nas próximas Jornadas Iberoamericanas, as de 2006, sobre 'Autoridade e liberdade no processo (civil e penal)', onde teríamos 4 conferencistas: dois (um civil e outro penal) por cada uma das posições. Se te parece bom, poderíamos tentar convencer ao Presidente do Instituto, e que assim fique combinado nas Jornadas de Caracas, em outubro próximo, depois nós finalizaríamos os detalhes. Poderíamos ir adiantando ao assunto em minha próxima visita à Argentina, no mês de setembro. Com a amizade de sempre.⁴⁸

A partir do acórdão, da nota de Morello em *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, da pré-dica de Montero Aroca no mesmo periódico, e das cartas trocadas entre ambos, o processualista espanhol teve a iniciativa de compilar os principais textos até então publicados na América Latina e Europa sobre a temática *ativismo/garantismo*, autoridade/liberdade no processo civil. Enfim, sob um novo e possível enfoque que pode ser dado a nossa ciência, sempre na perspectiva de sua melhora. Temos aqui a evolução histórica do debate.

3. Jurisdição e processo (devido processo legal) na perspectiva ativista e garantista

É pacífico na doutrina que a chamada Teoria Geral do Processo deve ser estudada a partir de seus três institutos⁴⁹ – ou categorias – fundamentais: ação, processo e jurisdição.⁵⁰

No universo do debate *ativismo versus garantismo*, facilmente se observa que as categorias fundamentais *jurisdição* e *processo* têm peso e importância diferenciada a depender da perspectiva de análise. Para os ativistas, a *jurisdição* se sobreleva. Para os garantistas, é a categoria fundamental *processo* (entendido como devido processo legal) que merece distinta proeminência.

3.1 Jurisdição: categoria fundamental para o ativismo

É na categoria *jurisdição*⁵¹ em que são estudadas, entre outras

⁴⁸ Cf., op. cit., p. 279-280. Em nota de rodapé, Montero Aroca relembra que o debate proposto na carta não foi levado a cabo pelo IIDP, como jamais se realizou.

⁴⁹ Cf., por exemplo, HERMES ZANETI JR: "Os estudos do direito processual se esteiam nos três conceitos básicos de ação, jurisdição e processo.", *Processo constitucional*, p. 184.

⁵⁰ Sempre me pareceu mais correto estudar o fenômeno nessa ordem (ação-processo-jurisdição). Entenda-se o raciocínio: a *ação* é o direito que tem o jurisdicionado de provocar o Poder Judiciário para entrar em atividade regrada por ampla defesa e contraditório (= *processo*), viabilizando que ao final (= tutela definitiva), ou no curso dessa atividade (= tutela de urgência), possa o Judiciário exercer de forma legítima e democrática o poder que lhe é próprio, a *jurisdição*. A mim me parece que essa é a maneira mais simples de visualizar e explicar a dinâmica do fenômeno objeto da nossa ciência. A *ação* inicia o *processo* (= atividade mediante ampla defesa e contraditório) que viabilizará o exercício da *jurisdição*. E essas três categorias, embora possam ser – e são – estudadas em compartimentos estanques, completam-se e interligam-se.

⁵¹ FREDIE DIDIER JR: "A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo/situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)." *Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e*

questões, as tutelas jurisdicionais, voltadas para a tutela de direitos mediante o exercício do poder que é típico do Poder Judiciário.⁵² Para o *ativismo judicial*, o exercício do poder – da *jurisdição*, portanto – habilita o juiz a buscar, a qualquer custo, fazer "justiça" nos casos que lhe são submetidos. E, por mais aciano que possa soar a afirmação de que ao juiz toca fazer "justiça", para os *ativistas*, essa busca por "justiça" não encontra obstáculo nem mesmo na eventual falta de autorização do legislador para que o juiz aja em determinadas situações. Para os *ativistas*, é normal que o sistema dote o juiz de maiores poderes de atuação na relação processual e mesmo na condução do processo.⁵³ E, mesmo quando a legislação – muitas vezes porque ultrapassada – ainda não se tenha aperfeiçoado para permitir ao juiz o manejo mais contundente de seus poderes⁵⁴, mesmo assim teria o magistrado de atuar com coragem e fazer tudo que estivesse ao seu alcance para, com criatividade, potencializar sua atuação no processo para fazer com que seu resultado seja "justo". O *ativismo judicial*, conforme afirma Jorge W. Peyrano, um de seus maiores defensores na Argentina, "(...) confia nos magistrados".⁵⁵

Nessa perspectiva fica fácil concluir que a categoria fundamental *jurisdição* ganha importante relevo na dinâmica de atuação do *ativismo judicial*. A tutela jurisdicional – expressão de poder – deve ser operada para atingir o resultado "justo" como produto de sua atuação.

Note-se que, por várias vezes, fiz menção ao "justo", à "justiça", ao "processo justo", e isso porque tais expressões fazem parte do discurso dogmático dos *ativistas*. Chamo a atenção para esse dado, mas sem querer entrar no terreno do que é ou o que deve ser entendido por "justiça" – o que deve ser trabalhado pela Filosofia do Direito, e não por um texto que, como este, é de direito processual –, creio seja oportuno ressaltar que o direito e o processo não buscam outra coisa senão a "justiça". Porém, de que "justiça" estamos falando?⁵⁶

processo de conhecimento, vol. 1, Salvador: JusPodium, 2008, 9. ed., p. 65.

⁵² Sobre a missão da tutela jurisdicional na perspectiva do Estado contemporâneo de viabilizar a tutela de direitos, cf., entre outros, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 2ª ed., pp. 113-116, e *Teoria geral do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 132-139.

⁵³ Sobre a tendência atual de valorização dos poderes do juiz, cf., por exemplo, Roberto Bedaque e Carlos Roberto Carmona, "A posição do juiz: tendências atuais – Relatório geral brasileiro para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (Viena, 23-28 de agosto de 1999)", *RePro* 96/96. Ainda à guisa de Relatório Geral entregue no mesmo Congresso de Viena, ROBERTO OMAR BERIZONCE, "Recientes tendencias en la posición del juez", *RePro* 96/125, em especial p. 146-149. Por fim, o Informe Nacional também apresentado em Viena, desta vez por JORGE W. PEYRANO, "Tendencias modernas en el rol de juez", em *Procedimiento civil y comercial 1 – Conflictos procesales*, Rosario: Juris, 2002, p. 61-82.

⁵⁴ Vale lembrar que, na federação argentina, o direito processual é provincial (= estadual), tal como foi no Brasil desde a primeira Constituição republicana (1891) até o CPC-39, quando a Constituição de 1937 de Getúlio Vargas dotou a União de poderes legislativos para sistematizar, entre outras matérias, o direito processual. Esse fato faz com que o processo civil argentino seja, em algumas províncias, mais atualizado do que em outras.

⁵⁵ PEYRANO: "O *ativismo judicial* confia nos magistrados. É sabido que os códigos processuais civis mais recentes depositam na mão dos juízes civis um amplo número de faculdades-deveres para melhor cumprir sua incumbência de distribuir o pão da Justiça." (tradução nossa), cf. "Sobre o *ativismo judicial*", na coletânea *Activismo y garantismo procesal*, p. 12.

⁵⁶ Apenas para suscitar reflexões, EDUARDO BITTAR e GUILHERME ASSIS DE ALMEIDA: "A idéia de justiça, independente de qualquer tomada de posição, traduz uma complexidade de expectativas que tornam difícil sua conceituação. Reconhecendo a pluralidade de perspectivas em que se desdobra a idéia de justiça, podem-se detectar, no curso da história do pensamento ocidental, inúmeras correntes sobre o justo e o injusto, que se assinalam como habilitadas à

É evidente que todos nós, operadores do processo (= práticos ou dogmáticos), pensamos-lo e manejamo-lo de modo que, com ele, possamos realizar “justiça” – mas certamente a “justiça” que, na situação concreta, pareça-nos que deva prevalecer. E o *ativismo judicial*, certamente, busca a concretização da “justiça” dos juizes, aliás, daquele juiz que, motivado pelo *ativismo*, opera com a *jurisdição* de modo a fazer com que a sua noção de “justiça” prevaleça no caso concreto. É evidente que isso tende a ser positivo. Mas será que sempre o será?

Se pensarmos a questão na perspectiva da ordem constitucional brasileira, o *ativismo* procura se legitimar radicado no chamado *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, decorrente da promessa contida no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, de onde se extrai a compreensão de que a missão democrática e constitucional do Poder Judiciário é atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos, tenha o legislador infraconstitucional dotado, ou não, o juiz para concretizar o respectivo ditame constitucional.

Neste momento creio seja oportuno lembrar Calmon De Passos para, ao menos neste instante, formular um juízo crítico quanto ao agigantamento que o *ativismo judicial* confere aos poderes do juiz e conseqüentemente à categoria *jurisdição* (= tutela jurisdicional). Para o contundente processualista baiano, que daqui partiu em 18 de outubro de 2008⁵⁷ – e ninguém no Brasil (ninguém!) negará a lógica contundente de sua verve, o *processo*, mais do que mero instrumento, participa de forma “integrativa, orgânica, substancial”,⁵⁸ na formação do direito. É dizer: deve-se manejar o *processo* na perspectiva das garantias constitucionais para que o produto da respectiva atividade (= direito, ou sua tutela) tenha legitimidade democrática.

Quanto à dinâmica da engrenagem *jurisdição* e *processo*, vejamos o que disse Calmon:

Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a *tutela jurídica*, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é *produzido* socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, que atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do *devido processo legal*, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional.

(...)

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre

discussão e à resposta para a pergunta: o que é justiça? De fato, são inúmeras as tendências acerca da justiça, e entre elas podem-se apontar as seguintes: teoria sofista; teoria socrática; teoria platônica; teoria aristotélica; doutrina cristã; teoria agostiniana; teoria tomista; teoria rousseauiana; teoria kantiana; teoria hegeliana; teoria kesleniana; teoria rawlsiana.”, cf. em *Curso de filosofia do direito*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 428.

⁵⁷ Sobre o passagem e importância de Calmon de Passos, cf. a comvente homenagem póstuma que lhe prestou aquele que considero seu “sucessor intelectual” no processo civil da Bahia, FREDIE DIDIER JR., “José Joaquim Calmon de Passos (1920-2008)”, *RePro* nº 165.

⁵⁸ Cf., J.J. CALMON DE PASSOS, *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, mas sim *um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.*”⁵⁹ (grifo do autor).

Evoquei aqui o ensinamento de Calmon de Passos de modo provocativo e, para que possamos refletir criticamente sobre o *ativismo judicial*, que, certamente, tal como o *garantismo processual*, não pode ser manejado e concretizado de forma absolutamente maniqueísta.

3.2 Processo (= devido processo legal): categoria fundamental para o garantismo

O *garantismo processual* é uma posição doutrinária firme (= *aferrada*) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adéque com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (= grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais.

Essa é a conceituação que Adolfo Alvarado Velloso dá ao *garantismo*.⁶⁰

Note-se que as garantias constitucionais a que se refere o chamado *garantismo processual* são fundamentalmente aquelas afirmadas pela cláusula do *devido processo legal* e suas derivações,⁶¹ como ampla defesa, contraditório, imparcialidade, bilateralidade e a própria inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em linhas gerais, o *garantismo* reforça a importância do devido processo legal – da categoria fundamental *processo*, portanto – como legitimador do produto da tutela jurisdicional. Para os garantistas, reside aí a garantia da segurança jurídica a que todos fazem jus como postulado constitucional democrático, de tal modo que as investidas do *ativismo judicial* abalariam essa dinâmica de funcionamento das coisas, com o comprometimento, ao final, não apenas do devido processo legal, mas também da segurança jurídica que se espera seja mantida pela ordem constitucional. Ou seja, postula-se que é temerária a substituição do processo, como método de debate, pela manifestação *ativista* do juiz, que acaba pondo de lado certas garantias constitucionais em nome da solução que lhe parece mais “justa” ao caso concreto.⁶²

⁵⁹ Cf., op. cit., pp. 68-69. Para ilustrar sua preocupação com o tema, Calmon De Passos insere nota de rodapé na página 69 para uma observação, *in verbis*: “Ouvi de um eminente mestre da USP, em palestra proferida na cidade de Campinas, que precisamos, em nosso país, libertarmo-nos do *fetice* do devido processo legal, que às vezes opera negativamente em confronto com o valor maior da efetividade e da celeridade processual, vale dizer, da tutela jurídica. Afirmativa desta natureza preocupa duplamente. Ela faz suspeitar haver identidade entre a garantia do devido processo legal e o formalismo jurídico em detrimento da segurança jurídica, o que é manifestamente falso, sem esquecer que aponta, em verdade, para o endeusamento do *arbítrio judicial*.” (grifo nosso).

⁶⁰ Tradução nossa. Cf. “El garantismo procesal”, em *Activismo y garantismo procesal*, p. 145.

⁶¹ Quanto a ser a cláusula do *devido processo legal* a raiz de outros princípios constitucionais, cf., NELSON NERY JR., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 6. ed., p. 31. V., também, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19-21.

⁶² ADOLFO ALVARADO VELLOSO: “Já faz tempo que – à custa da falsa

Mas essa ligação atávica do *garantismo* com a cláusula do *due process* faz com que seus seguidores rejeitem certas atitudes do juiz, sem apresentar, contudo, soluções satisfatórias como contrapartida. Para ficar em dois exemplos, são eles contrários: i) às tutelas de urgência satisfativa concedidas *inaudita altera parte* e ii) à atividade probatória *ex officio* – situações, num primeiro momento, impensáveis na ótica da doutrina e jurisprudência do processo civil brasileiro.

No primeiro caso – e aqui me refiro àquilo que no processo civil argentino é chamado de *medida autosatisfativa* –, pelo fato de que a concessão da tutela de urgência se dá sem o necessário estabelecimento da bilateralidade e do conseqüente contraditório; concede-se a tutela de urgência satisfativa sem que tenha sido dada a oportunidade de defesa (= ampla defesa) à parte contra a qual é concedida. Viola-se, portanto, o devido processo legal que legitima a concretização da tutela jurisdicional.

No segundo caso – prova de ofício, parte-se do princípio de que o juiz, quando determina a produção de provas sem prévio requerimento da parte interessada em provar determinado fato, estaria, ainda que sutilmente, tomando partido a favor dessa parte de modo a romper a igualdade e a imparcialidade que a Constituição também lhe exige. E o juiz, assim agindo, romperá com a estrutura dialética básica que orienta todo o processo. Ou seja, dois sujeitos *parciais* (= demandante e demandado), buscando a tutela de seus respectivos direitos em atividade isonomicamente dialética, diante de um terceiro *imparcial* (= juiz). Nota-se aí a importância que é dada para a categoria fundamental *processo* (= devido processo), que, se violado, fulminaria a própria legitimidade do exercício da *jurisdição* (= tutela jurisdicional).

Contudo – e mais uma vez de modo a fomentar o debate –, os garantistas não trabalham com a hipótese de que, muito além do devido processo legal, a ordem constitucional consagra uma série de outros valores/garantias, que, ao invés de se repelirem, integram-se e necessitam conviver harmonicamente para que a *jurisdição* (= tutela jurisdicional) seja útil e proveitosa ao jurisdicionado que se socorre do Poder Judiciário para buscar a tutela do seu direito.

Afinal de contas, e outra vez voltando os olhos para a Constituição brasileira de 1988, da mesma maneira que se garante a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz, e todas as demais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal, esta mesma Constituição também garante, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III), o compromisso da *jurisdição* de atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVII). E o balanço de tudo isso, não

antinomiana ineficiência processual *versus* constitucionalidade das soluções judiciais (1) que se instalou como tema central de discussão na doutrina argentina – muitos processualistas têm aceitado pacífica e des preocupadamente a eliminação do processo, em si mesmo, como método de discussão, e sua substituição pela exclusiva e solitária decisão de um juiz tomada à base de sua mera sagacidade, sapiência, dedicação e honestidade.” (tradução nossa). “La sentencia autosatisfactiva”, em *La Ley*, año LXXIII, nº 123, de 1º/jul/2009 (www.laley.com.ar). O autor inclui a nota 1 – referida no texto acima – com a seguinte explicação: “A falsidade que aponto no texto é óbvia: o constitucional se contrapõe ao inconstitucional; a eficiência à ineficiência. Como, então, que se pode sustentar validamente que o constitucional – leia-se: a garantia do processo, que assegura a vigência do direito de todo cidadão a gozar de uma inviolável defesa em juízo – não pode ser levado em conta, e pode ser deixado de lado, se o cumprimento das etapas necessárias é moroso devido à ineficiência dos homens que manejam o sistema?”

há dúvida, mais uma vez conspira contra os posicionamentos maniqueístas que apartam por completo o *ativismo judicial* do *garantismo processual*.

Mas – também não tenho dúvida – voltando os olhos para o quê é postulado por ambas as correntes, tenho para mim que muito do que propugnam deve ser compatibilizado, sob pena de praticarmos um *processo* que viabilize o exercício da *jurisdição* de maneira não integralmente compatível com a ordem constitucional. Ou – caso se prefira – que o exercício da *jurisdição* esbarre em certos aspectos do *processo* que inviabilizem a concretização de sua missão constitucional, que é a tutela de direitos.

Em miúdos: *ativismo* e *garantismo* pretendem o mesmo, cada qual desde um respectivo ponto de vista, seja fortalecendo a *jurisdição* (= ativismo), seja com o fortalecimento das regras que ordenam o *processo* (= garantismo). Apesar da carga ideológica que possa estar por detrás de cada uma dessas posturas dogmáticas – eventual *autoritarismo* na condução *ativista* do processo pelo juiz, ou eventual *liberdade* na condução do processo com a observância irrestrita das garantias constitucionais – não se pode perder de vista que, no atual ambiente constitucional dos povos ocidentais, espera-se que o Poder Judiciário atue de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos, sempre com a observância do devido processo legal. E é nessa perspectiva que se deve pensar e concretizar o processo civil. Não temos como fugir disso.

4. Fechamento

Que meus colegas processualistas brasileiros possam tirar suas próprias conclusões, ainda que seja para prosseguir engrossando o coro uníssono que parece ecoar tranqüilo e suave na doutrina interna – da qual sou fruto e faço parte! – e que em linhas gerais perfilha-se aos postulados ativistas.

O certo é que me pareceu razoável descrever e dar notícia de um debate que existe com importantes reflexos por toda a América Latina, além de Espanha, Portugal e Itália, e que ao seu redor divide a comunidade de processualistas em verdadeiras “trincheiras ideológicas”.

A minha intenção – como dito logo de início – foi dar maior visibilidade a esse debate, cujos fundamentos serão mais bem trabalhados pela competentíssima doutrina brasileira, se assim lhe convier – até porque é do enfrentamento dialético das idéias que a ciência evolui e se transforma.

2. ENTREVISTA

2.1 Jarbas Soares Júnior

Jarbas Soares Júnior é um dos nomes mais influentes do Ministério Público brasileiro. Detentor de um histórico profissional impecável, foi procurador-geral de Justiça no MPMG por dois mandatos consecutivos, e, atualmente, é presidente da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente (Abrampa), além de presidente da Comissão Permanente de Assuntos Legislativos e de Defesa das Prerrogativas Institucionais do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União. No âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça do MPMG, é o coordenador da Secretaria Especial de Planejamento Estratégico (Sepe).

Nesta entrevista, iremos saber um pouco da sua história, os primeiros contatos com o Direito, a sua caminhada profissional, os grandes projetos implantados à frente do MPMG e os planos institucionais para os próximos anos.

Fotos: Alex Lanza

MPMG JURÍDICO: Na sua opinião, o que um Ceaf forte representa para a Instituição?

JARBAS SOARES JÚNIOR: No Ministério Público, que tem como matéria-prima principal o conhecimento jurídico, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional torna-se o cérebro da Instituição – o órgão principal de capacitação, informação e atualização dos membros e servidores. Assumi a Procuradoria-Geral de Justiça com essa visão e destinei grandes investimentos para equipar adequadamente o Centro de Estudos, que hoje tem uma estrutura própria invejável, com plenas condições de desenvolver a área do conhecimento. Resumindo em uma única expressão: o Ceaf é o cérebro da Instituição.

MPMG JUR: Como se deu o seu primeiro contato com o Ministério Público e, mais tarde, o seu ingresso na Instituição?

JSJ: Passei a infância em São Francisco, no norte de Minas, e me lembro dos promotores de Justiça que visitavam minha casa, pois o meu pai exerceu uma função na

época conhecida como adjunto de promotor de Justiça. Tenho um tio que foi promotor de Justiça em Minas Gerais. Ele foi o segundo colocado no seu concurso, na década de 50. Esses foram os primeiros contatos que tive com o Ministério Público. Depois fui morar em Brasília e, quando resolvi estudar Direito, optei por fazer o curso em Belo Horizonte, onde tive, entre meus professores, o procurador de Justiça Joaquim Cabral Neto, que já era então um grande nome nacional. Ele falava muito do MP na sala de aula, e aquilo foi me despertando para a Instituição.

Tentei fazer estágio no Ministério Público, mas não consegui, e acabei estagiando na Defensoria Pública, uma grande escola. Na época, houve até um encaminhamento para que eu fosse contratado pela Defensoria, mas eu havia me despertado para o MP. Depois de formado, meu professor de Direito Constitucional, o procurador da República José Carlos Pimenta, assumiu a chefia de MPF em Minas e me convidou para ser seu chefe de gabinete. Naquele instante, abriram-se as inscrições para o XXV Concurso para ingresso na carreira do Ministério Público e eu me inscrevi nele. Fui nomeado promotor de Justiça e, em menos de um ano depois de formado, já estava na Comarca de Januária, no norte de Minas. Lá eu conheci o verdadeiro Ministério Público.

MPMG JUR: O que mudou na sua carreira profissional após os quatro anos como procurador-geral de Justiça (biênios 2005/2006 e 2007/2008)?

JSJ: Após essa experiência, eu me tornei uma outra pessoa, completamente melhorada no sentido profissional, institucional, pessoal e humano. Como procurador-geral de Justiça, tem-se uma visão diferente do mundo, das coisas do Estado, das relações pessoais, do papel e da importância da Instituição. Acredito que todos os membros do MP deveriam passar por uma experiência na administração. Isso lhes proporcionaria uma visão macro da Instituição, o que ela representa e como está inserida no contexto sociopolítico. O Ministério Público ainda está em processo de construção e de afirmação de seus princípios, valores e doutrina, mas possui uma representação política e social extraordinária. Quem passar pelo cargo de procurador-geral de Justiça nunca mais será o mesmo.

MPMG JUR: Ao longo de sua carreira, o senhor foi responsável pela implantação de projetos institucionais de extrema relevância (ou para ela cooperou): o sistema de divisão de atribuições ministeriais por bacias hidrográficas, a ampliação da estrutura física do

O planejamento estratégico é uma necessidade das instituições públicas e privadas para que otimizem os seus recursos e ações em busca de uma finalidade a curto, médio e longo prazo.

Ministério Público na capital e no interior, o sistema de audiências públicas, o projeto de publicações científicas (revistas jurídicas e *Manual de Atuação Funcional*), provimento de várias comarcas em regiões pobres de Minas, fortalecimento das prerrogativas institucionais dos membros do MPMG, ajuizamento de ações judiciais e outras medidas extrajudiciais na defesa da sociedade etc. Resumidamente, conte-nos um pouco sobre esses dois biênios na Procuradoria-Geral de Justiça. Quais foram os principais valores e princípios que o senhor buscou solidificar na Instituição?

JSJ: Quando me candidatei ao cargo de procurador-geral de Justiça, eu tinha a noção exata de para qual direção eu deveria conduzir o Ministério Público. Apresentei os princípios da gestão à classe ainda como candidato e, depois, executei firmemente aquilo que propus. Eu parti de alguns pressupostos, e a primeira premissa foi a de que a Instituição é muito maior do que as pessoas e que eu, no momento, era apenas um instrumento para dar prosseguimento à sua trajetória. Em segundo lugar, sabia que caberia a mim e aos meus colegas de gestão dar sequência ao que tinha sido feito de bom nas gestões anteriores. Administrar um Ministério Público em construção é como uma corrida de revezamento 4x4: você pega o bastão, faz sua parte e, depois, passa para outro. Desde o começo, eu tinha a visão de que cabia a mim e à minha equipe realizar uma etapa da história do MP.

MPMG JUR: O que mais foi significativo?

JSJ: Trabalhamos com critérios objetivos, respeitamos as divergências que existem, com uma paciência além da que eu pudesse imaginar que tivesse, ciente de que os interesses da Instituição eram superiores aos meus. Sabia que tinha de agregar valor a tudo que estava sendo feito e que teria de inovar, principalmente, por se tratar do MP de Minas Gerais, um estado de importância histórica extraordinária, de grande relevância econômica e política.

Como administrador, eu tive esses parâmetros e, como membro do MP, eu sabia que era importante fortalecer os órgãos de defesa da cidadania já criados. Também busquei estimular a especialização de outros órgãos, como a Promotoria de Defesa do Patrimônio Cultural, uma área que necessitava de uma referência mais forte em Minas Gerais, berço da cidadania brasileira. Tínhamos de fortalecer a atuação do MP como órgão agente e manter forte a sua ação nas áreas tradicionais: os de órgãos de persecução penal e os de fiscal da lei na área cível.

Procurei fazer uma administração democrática, com foco nas prioridades que estabelecemos e, no final, acho, o resultado foi positivo.

MPMG JUR: O senhor estabeleceu prioridades, o Projeto Sedes Próprias, por exemplo?

JSJ: Em quatro anos, não conseguiríamos avançar em todos os pontos; portanto era preciso estabelecer prioridades e aí chegar até o final, mas sem achar que tínhamos de resolver todos os problemas. Um ponto que achei prioritário era o de construir sedes próprias dos órgãos do MP, pois a PGJ gastava muito dinheiro com o aluguel de imóveis que não ofereciam condições apropriadas para o trabalho de membros e servidores. O Ministério Público precisa de sua identidade. Essa foi uma de



nossas prioridades e fizemos todos os encaminhamentos para solucionar o problema.

MPMG JUR: O senhor é presidente da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente. Quais têm sido as principais causas abraçadas pela Abrampa e quais os principais trabalhos realizados por essa associação?

JSJ: Eu tive o privilégio e o desafio de ser presidente da Abrampa paralelamente ao exercício do cargo de procurador-geral de Justiça. Fui eleito presidente da Abrampa em abril de 2003 e assumi a PGJ em dezembro de 2004. Somos uma associação temática do MP, talvez a mais estruturada e com maiores conquistas. Eu tinha de dar continuidade ao trabalho que havia sido feito por meus antecessores na Abrampa. Apesar do acúmulo de atribuições como PGJ, a entidade não deixou de exercer seu papel e se fortalecer, evidentemente, pelo apoio dos meus colegas de Minas e de todo o Brasil.

MPMG JUR: Quais os principais avanços?

JSJ: Os principais e iniciais objetivos da Abrampa eram o de criar a cultura do promotor de Justiça do meio ambiente no Ministério Público brasileiro, fomentar a criação de promotorias de Justiça de meio ambiente em todo Brasil e integrar os MPs Federal, do Trabalho e dos Estados, tanto que a minha vice, Sandra Cureau, é subprocuradora-geral da República. A

entidade também tinha como objetivo inicial manter seus membros em constante aperfeiçoamento. Isso se fez por meio de grupos de estudos e de eventos.

Uma de nossas metas também alcançadas foi trazer o Judiciário para essa discussão. Portanto, membros dos Tribunais de Justiça Estaduais, dos Tribunais Federais, do STJ e até do STF sempre participam dos nossos eventos. Com isso, conseguimos, ao longo desses anos, inculir no MP e também no Judiciário essa vertente ambiental das nossas funções. Minas Gerais, por exemplo, tem hoje o Tribunal de Justiça mais avançado na questão ambiental do país. Essa situação se deve ao grande entrosamento do MPMG, da Abrampa e do Poder Judiciário de Minas. É um motivo de orgulho muito grande para nós.

MPMG JUR: Como tem sido a experiência como presidente da Comissão Permanente de Assuntos Legislativos e de Defesa das Prerrogativas Institucionais do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União? Quais são as conquistas e os desafios?

JSJ: Eu fiz parte do CNPG por quatro anos como procurador-geral de Justiça e, até agora, nunca havia sido feito um trabalho sistemático de acompanhamento legislativo e institucional. Numa das minhas últimas reuniões como PGJ, em Fortaleza, os procuradores-gerais de Justiça criaram essa comissão e me indicaram para presidente. Levei um susto naquele momento, mas aceitei o desafio. É mesmo um grande desafio para todos nós, pois estamos fazendo e aprendendo ao mesmo tempo. E não é fácil, pois a atividade de acompanhamento legislativo e de defesa de prerrogativas não se dá somente no Congresso Nacional mas também nos Tribunais Superiores, no Ministério da Justiça, na Casa Civil e na Presidência da República. Atuamos em sintonia com as entidades de classe como a Conamp, a ANPR e a Procuradoria-Geral da República.

É um trabalho muito penoso para quem está na direção de entidades ou órgãos do Ministério Público, pois enfrentamos resistências. Além disso, não fomos criados para essa função política. No entanto, não temos alternativa: temos de ir para essa frente de batalha, pois há perigo de grande retrocesso institucional.

MPMG JUR: O que tem sido feito?

JSJ: A grande vantagem da criação da Comissão foi a descoberta do tamanho do rombo na esfera das prerrogativas e atribuições da Instituição advindo de várias iniciativas conduzidas para esse fim. A situação hoje, especialmente no Congresso Nacional, motivadamente ou não, é muito negativa para o Ministério Público.

A criação desse órgão foi importante

O Ministério Público ainda está em processo de construção e de afirmação de seus princípios, valores e doutrina, mas possui uma representação política e social extraordinária. Quem passar pela carga de procurador-geral de Justiça nunca mais será o mesmo.

porque mostrou ao MP que nós temos de justificar socialmente as conquistas que tivemos nesses anos e, principalmente, impedir que haja retrocessos. E também que não podemos nos descuidar das instâncias políticas da República, Legislativo, Executivo e Judiciário. As coisas já começaram a mudar.

MPMG JUR: No âmbito do Ministério Público mineiro, o senhor é o coordenador da Secretaria de Planejamento Estratégico. Quais os principais desafios e diretrizes desse órgão?

JSJ: O planejamento estratégico é uma necessidade das instituições públicas e privadas para que otimizem os seus recursos e as ações em busca de uma finalidade a curto, médio e longo prazo. O procurador-geral de Justiça, Alceu José Torres Marques, teve a sensibilidade de dar a essa ferramenta o *status* de uma secretaria ligada ao seu gabinete. A intenção foi priorizar os recursos e também nortear a atuação da Instituição, dentro de um processo democrático, envolvendo todas as instâncias.

É fundamental que o MPMG tenha um planejamento estratégico. Neste primeiro ano de trabalho, tivemos discussões e estudamos tudo o que está sendo feito no Brasil e no mundo, especialmente nos MPs. Definimos o modelo do que queremos implantar, as fases e os caminhos que nos levarão a esse planejamento.

Superadas as fases administrativas, o grande desafio que temos agora é implementar uma nova cultura entre membros e servidores. Vamos trabalhar em todas as áreas da Instituição e é essencial que haja interação de todos. A nossa expectativa é de que o planejamento estratégico não seja apenas um documento, e sim um compromisso de todos buscando a finalidade do MP: a prestação eficiente de serviços à população.

MPMG JUR: O senhor implantou e estruturou o Memorial do Ministério Público de Minas Gerais. Qual é a importância do memorial para o resgate da história institucional e para a preservação da identidade do Ministério Público?

JSJ: Há uma frase que diz o seguinte: “Quem não valoriza o passado não conhece o presente e não saberá planejar o futuro”. Não vou dizer que o MPMG não valoriza o passado, mas temos de ter consciência de que tudo o que as novas gerações desfrutam hoje foi feito por nossos colegas no passado. Somos uma instituição que se foi construindo tijolo por tijolo, a qual tem uma história que deve ser respeitada. Portanto, há a necessidade de resgatar o patrimônio cultural do MPE, e o memorial é o espaço físico para acolher os objetos, os documentos, a história oral e as lembranças, além de registrar o que está sendo feito hoje. Ao resgatar essa memória, a Instituição se fortalece mais ainda.

Quando alguém visita o memorial e vê que o MP teve em seus quadros pessoas ilustres da República e do Estado, passa a valorizar ainda mais a nossa história, que é muito rica. O Memorial do MP não é apenas uma obra arquitetônica ou de contemplação, mas de reflexão.

Lembro-me de que, como procurador-geral de Justiça, eu tinha o dever de entrevistar os candidatos a promotor de Justiça e sempre o fazia ao lado dos retratos dos ex-procuradores-gerais, que revelam uma história centenária.

A intenção era mostrar que compete às novas gerações dar seguimento à obra iniciada no passado.

MPMG JUR: Quais os próximos objetivos profissionais que o senhor pretende alcançar e consolidar em sua carreira?

JSJ: Como eu, muitos procuradores-gerais de Justiça chegaram à chefia da Instituição ainda novos e com uma grande parte de sua trajetória ainda pela frente. Assim, o MP passa a ter um quadro de ex-procuradores-gerais com uma experiência riquíssima, que podem contribuir para o desenvolvimento da Instituição. Como procurador-geral, sempre consultei os colegas que me antecederam na hora de tomar as decisões mais importantes.

Minha expectativa é de continuar ajudando o Ministério Público a crescer e se fortalecer, exercendo as funções que me forem atribuídas. Tenho absoluta convicção de que, em poucos anos, o MP será a grande instituição do Estado e da sociedade. Se nós todos não enxergarmos isso, podemos nos tornar uma instituição qualquer. Portanto, os meus projetos são voltados para contribuir com a Instituição, dentro das minhas limitações e com a experiência de quem já exerceu o cargo de procurador-geral de Justiça, trabalhando para que o MP seja forte e respeitado; e o de Minas Gerais, o melhor do Brasil.





3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 Algumas considerações sobre a posição atual do Ministério Público na sociedade brasileira

Rafael de Araújo Gomes

Procurador do Trabalho

*Procuradoria Regional do Trabalho – 3ª Região,
em Varginha (MG)*

Tem sido destacada em diversos eventos institucionais do Ministério Público, inclusive no último Encontro de Ministérios Públicos realizado em outubro, em Minas Gerais, a nova posição em que se encontra o *Parquet* perante a sociedade brasileira. Menciona-se, com absoluta propriedade, que o momento de “namoro” com a sociedade, pós-Constituição de 1988, de encantamento incondicional da sociedade para com a Instituição, já passou e enfrenta o Ministério Público cobranças crescentes, e até mesmo ataques, para os quais necessita estar preparado.

Como forma de responder a tais cobranças sociais, que são justas e necessárias (embora não estivesse a Instituição acostumada a elas), e defender-se dos ataques, nem sempre justos, menciona-se, o que também é absolutamente correto, que o Ministério Público precisa prestar contas à sociedade e aperfeiçoar sua forma de atuação, passando a adotar uma gestão voltada a resultados, afastando-se do excessivo individualismo (mantido sob o manto da independência funcional) e exposição na mídia. Destaca-se, também, que é necessário que o Ministério Público divulgue amplamente à sociedade o resultado de sua atuação, criando e disponibilizando informações sobre seu desempenho em atendimento ao interesse público, inclusive para justificar os recursos que recebe.

Essas seriam, sinteticamente, as estratégias propostas para o Ministério Público brasileiro sair da crise em que se encontra, decorrente da perda da admiração incondicional que usufruía desde a promulgação da CF/88, identificando-se como a causa da crise a omissão da Instituição em prestar adequadamente contas à sociedade brasileira do que faz.

Todas essas colocações são, é claro, rigorosamente corretas, e todas as propostas apresentadas, de urgente implementação, irão contribuir para o avanço e aperfeiçoamento do Ministério Público. Entretanto, é crucial que se esclareça que o diagnóstico acima apresentado é incompleto, pois não aborda todos os reais fatores envolvidos na nova conjuntura em que se encontra o Ministério Público.

De fato, o que se observa na sociedade brasileira atual não são, por parte de setores bastante organizados, ataques ou cobranças dirigidas apenas ao Ministério Público. Os ataques ao Ministério Público precisam ser lidos dentro de um contexto maior, ou não serão compreendidos.

As cobranças, como mencionei, são justas, necessárias e bem-vindas, pois forcem a Instituição a melhorar. Mas os ataques que vêm sendo desferidos ao *Parquet*, no sentido de minar sua capacidade de atuação (eliminando poderes investigativos,

criando entraves à propositura de ações, ameaçando a atuação rigorosa na repressão de ilícitos com punições, etc.) possuem natureza bastante diversa e objetivos bem delineados.

Hoje, o que observamos é, acima de ataques ao Ministério Público, uma guerra ampla e orquestrada à própria Constituição Federal de 1988, em tudo o que ela possui de mais avançado, ou seja, em suas disposições sociais.

A CF de 1988 traduziu em palavras um momento político único na história do país, momento marcado pela reação à ditadura militar e à repressão política e econômica. As forças populares e democráticas do país conquistaram, com a promulgação da Carta, uma extraordinária vitória. Portanto, não é surpreendente que, já no dia seguinte à promulgação, tenha se iniciado um movimento contrário a tais conquistas, conduzido pelos setores que sempre detiveram o poder econômico e político no País.

Tal movimento de contestação às conquistas sociais de 1988 vem crescendo desde então e já obteve inúmeros sucessos, tendo sido diversas partes da Constituição praticamente mutiladas com um sem número de emendas. O principal entrave a tais tentativas de revisão tem sido o reconhecimento de cláusulas pétreas, e contra isso é que se dirigem, atualmente, setores muito organizados e poderosos da sociedade brasileira.

O ataque existente não é, portanto, exatamente ao Ministério Público, mas, sim, aos artigos 6º e 7º da Constituição (direitos sociais), ao art. 196 (saúde), ao artigo 225 (meio ambiente), etc. A todo custo desejam podá-los, eliminá-los da Constituição ou, se não possível, reduzi-los a ponto de torná-los irreconhecíveis. Em suma, há um forte movimento político de contestação às conquistas sociais de 88 e retorno ao *status quo (ante)*, e depois de duas décadas de tentativas não inteiramente bem sucedidas, está em curso uma nova carga.

Assim, prega-se a necessidade de uma Constituição enxuta, de uma nova Constituinte ou, pelo menos, de uma ampla revisão constitucional, para “flexibilizá-la”, tirando dela o que “deveria ser disciplinado por legislação ordinária”. Fala-se em focalizar o atendimento à saúde e educação (que deixariam de ser direitos universais), em permitir a ampla negociação de direitos trabalhistas (“engessados” pela Constituição), etc.

Ao mesmo tempo em que tais setores, afinados com os interesses dos mais poderosos, mostram-se bem articulados, os setores que deveriam buscar a defesa da Constituição de 1988 estão, há anos, desestruturados e desacreditados, quando não permeados por elementos comprometidos com tudo, exceto com a defesa dos interesses sociais.

Nesse contexto de ataque decidido à Constituição Cidadã (expressão hoje objeto de deboche por muitos, aliás), a agressão ao Ministério Público mostra-se uma estratégia política lógica e previsível. Na verdade, é um passo necessário com vista à implementação de tal projeto conservador. Afinal, o novo desenho institucional do *Parquet* foi justamente uma das principais novidades e conquistas sociais da nova Constituição, mas, mais importante que isso, é o *Parquet* o principal defensor dos direitos sócio-ambientais que desejam agora expurgar do texto constitucional. Então, é claro que é preciso desacreditar essa Instituição, pois enquanto ela tiver força e prestígio, continuar denunciando as violações à CF e as omissões do Poder Público em convertê-la em realidade, será mais difícil implementar-se tal projeto político.

Não sustento, aqui, qualquer “teoria conspiratória”: o que está em jogo são os reais fatores de poder existentes na sociedade brasileira, ou a Constituição “Real” (Lassale). O momento que permitiu as conquistas de 1988 mudou e não há dúvidas de que se a Constituinte se desse agora, grande parte dos direitos sociais hoje consagrados não mais encontrariam espaço. Os setores que concentram o poder econômico e político apenas



desejam fazer com que a Constituição vigente passe a refletir o momento político atual. Claro que isso significa eliminar a Constituição como peça promotora e incentivadora da reforma social, do avanço da justiça social. É esse potencial reformador e legitimador de contestações sociais que tais setores desejam extirpar.

Além de ser um entrave para tal agenda política, o Ministério Público é tanto mais inconveniente à medida que se mostra mais ideologicamente homogêneo que outras instituições e poderes. De fato, os membros do *Parquet* cometem, aos olhos dos poderosos, o pecado de realmente acreditar na Constituição e de buscar, usando a expressão de poder estatal de que dispõem, a sua conversão em realidade.

Em acréscimo, há de ser destacado que os setores mais conservadores e poderosos da sociedade brasileira não se vêem representados no Ministério Público, ao contrário do que ocorre com relação a outras instituições e poderes que possuem seus baluartes conservadores, ao lado de representantes de posições progressistas. Isso é um fator de tencionamento permanente com tais setores, pois não há, dentro do *Parquet*, segmentos de expressão (interlocutores) que dêem espaço para suas idéias e projetos, os quais são, via de regra, é claro, opostos à promoção da justiça social. A cultura institucional no *Parquet*, pós 1988, valoriza e prestigia posições progressistas de defesa dos valores democráticos e sociais e isso constitui um grave empecilho à agenda política conservadora.

Nesse sentido, não se perdoa o Ministério Público por ser a instituição que provoca e possibilita a atuação dos segmentos mais avançados, imbuídos de sensibilidade social, do Poder Judiciário, os quais, sem as ações propostas pelo *Parquet*, não teriam oportunidade de proferir decisões de grande amplitude, firmando jurisprudência em favor da concretização de valores e interesses coletivos e sociais.

Outrossim, precisa ser lembrado que, em um país que convive, como é notório, com alguns dos mais elevados índices de corrupção do mundo, o Ministério Público é um dos entes públicos menos permeáveis à corrupção, e isso também incomoda aos que detêm o poder, pois os priva do caminho “natural” de comunicação que utilizam, que é o de palavras que jamais poderiam ser repetidas abertamente, em público. Há, então, um inevitável estranhamento, pois num país onde as coisas são muitas vezes resolvidas com “jeitinhos”, em benefício dos poderosos, temos uma Instituição com a qual, de um modo geral, “jeitinhos” não conseguem ser articulados.

Além disso, ser probo em um país onde a corrupção é tão elevada constitui, por si só, um fator capaz de atrair rancores, pois traz - como é da natureza humana - incômodos psicológicos a outros agentes, permeáveis a “jeitinhos”, que obviamente justificam para si mesmos sua forma de agir, e reservam ao Promotor ou Procurador pensamentos como: “Quem ele acha que é? Acha que é melhor do que nós, só porque não entra no esquema?”

Precisa ser referido, também, que o fim do “namoro” com o Ministério Público pela sociedade também é resultado da desilusão de muitos setores da sociedade (não os poderosos) com a própria Constituição Federal, fruto da apatia e falta de consciência política (posição na qual a população é, por evidente, deliberadamente mantida pelos setores poderosos, os quais, estes sim, sabem reconhecer a importância da previsão normativa de direitos sociais).

Muitos brasileiros acreditavam que bastava editar a Constituição para que tudo passasse a ser diferente, para que todos os direitos consagrados fossem, magicamente, e do dia para noite, transformados em realidade, supondo que nenhuma luta adicional fosse necessária. Claro que isso não ocorreu, e a conquista de 1988, que consistiu no reconhecimento jurídico

dos direitos sociais, necessitaria ser defendida na arena política de forma permanente, continuada, sob pena de regressão. Não há vitórias políticas perpétuas, toda vitória é provisória e, para ser mantida, precisa ser defendida contra a reação que sempre existirá. Tal defesa da Constituição - e, portanto, do Ministério Público, que é parte da Constituição - não vem ocorrendo de forma efetiva, e os setores que deveriam estar envolvidos nessa luta estão na defensiva, acuada ou desestruturados, não conseguindo mobilizar a massa da população, que por sua vez não mobiliza a si mesma espontaneamente, em razão da sua escassa educação política.

Por todos esses motivos, acredito que é sim necessário que o Ministério Público venha se modernizar (a ausência de circulação interna da informação, mesmo sobre compromissos de ajustamento já firmados, por exemplo, é algo realmente embaraçoso), e venha a prestar contas à sociedade da forma mais ampla possível. Mas não se espere que, apenas com isso, livrar-se-á o *Parquet* dos ataques crescentes. De fato, para a Sra. Kátia Abreu, ou para o Sr. Paulo Maluf, por exemplo, não fará diferença se o Ministério Público disponibiliza ou não todos os seus pareceres na internet, ou se responde à pergunta feita por um jornalista, sobre o número de ações de improbidade ajuizadas no último mês, digamos, em apenas dois minutos. É o papel do Ministério Público como defensor intransigente dos direitos sociais o alvo dos seus ataques e, para tanto, irão ocupar todos os espaços que conseguirem, no recuo daqueles de deveriam exercer a defesa da Constituição Cidadã.

No momento em que se discute a nova posição do Ministério Público perante a sociedade, tais fatores precisam ser levados em consideração, pois se o diagnóstico das Chefias Institucionais for incompleto, e não forem sopesadas as verdadeiras causas dos ataques políticos, as conseqüência poderão ser, depois, trágicas ao *Parquet*. Não sejamos ingênuos ao ponto de acreditar que bastará fazer o dever de casa (que também precisamos fazer, o quanto antes, é claro): o Ministério Público está sendo agredido muito mais pelo que está fazendo muito bem, no exercício de suas atribuições, e na defesa da Constituição, do que por aquilo que está deixando de fazer.

Então, o que se constata é que sendo o MP “disciplinado” ou “indisciplinado” (compreendendo-se por “indisciplinado” aquele que, no exercício de seus deveres funcionais, afasta-se da “cartilha” que esteja sendo colocada por uma chefia em determinado momento, por exemplo), propondo ações que incomodam o poder instituído, ações “politicamente inconvenientes”, ou evitando tais ações, não fará, ao cabo, diferença, pois o ataque está sendo desferido, acima de tudo, à Constituição Cidadã e aos direitos sociais e ambientais, explicando-se as agressões virulentas ao *Parquet* como um passo necessário à obtenção de um resultado político específico.

Estrategicamente, necessitam o Ministério Público e seus membros buscar a articulação com os demais segmentos da sociedade interessados na defesa da Constituição. Sem a combinação de forças em torno de tal objetivo comum, não haverá chance de sucesso. A luta é de todos aqueles que, na sociedade brasileira, estão comprometidos com a defesa das conquistas sociais de 1988 e é mais ampla do que apenas a defesa da posição institucional do *Parquet*. O Ministério Público foi alçado à posição que possui hoje graças às forças progressistas mobilizadas na sociedade em 1988, e sem o resgate, ainda que parcial, de tal mobilização, perderá a Instituição perder espaço e, mais importante do que isso, poderão os brasileiros perder os direitos sociais hoje consagrados em sua Carta Magna.



3.1.2 Crime político no Estado Democrático de Direito: o *nocrim* a partir de Hannah Arendt

Gustavo Pamplona

Mestre em Direito Público – PUCMinas
Especialista em Direito Processual – Unama
Bacharel em Direito – UFMG

Analisar o conceito de crime político proposto pela doutrina majoritária e desenvolver uma proposta hermenêutica adequada aos moldes do Estado Democrático de Direito, a partir do pensamento da cientista política e filósofa Hannah Arendt, é o objetivo deste trabalho. Trata-se, portanto, de um processo de construção de uma nova interpretação jurídica que se inicia no princípio da não-contradição, segue pela ontologia funcional e se dirige à efetivação das garantias dos Direitos Humanos Fundamentais. Não obstante, no curso, firmam-se objeções à doutrina tradicional e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Para alcançar esse escopo, primeiramente, disserta-se sobre os conceitos majoritários de crime político para, em seguida, analisar a densidade desse modelo perante o Estado Democrático de Direito e, por fim, propor a releitura do conceito de “crime” político a partir do pensamento arendtiano e coerente com o Estado Democrático de Direito.

Inicia-se a análise por meio da doutrina de Heleno Cláudio Fragoso, autor de *Terrorismo e Criminalidade Política*. Para esse autor, o crime político é o que atinge “(...) os interesses políticos da nação, ou seja, a segurança externa e a segurança interna, que, por vezes, se mesclam e se confundem, e a ordem econômica e social do Estado.” (FRAGOSO, 1981, p. 125). Além de definir que esses alvos são os típicos do crime político, pontua que “(...) não se pode jamais descuidar do critério subjetivo, pois, em realidade, é este aspecto o que com mais rigor define o crime político como tal”. (FRAGOSO, 1981, p. 36). Ele conclui que o conceito de crime político requer a revalorização dos princípios filosóficos do Iluminismo, notadamente, da “(...) legitimidade de resistência à tirania (...)” (FRAGOSO, 1981, p. 37).

Insta expor algumas observações sobre o conceito de crime político de Fragoso. Inicialmente, o texto é silente sobre, por exemplo, a qual conceito de tirania se refere. Trata-se de *tyrannus absque titulo* ou *tyrannus ab exercitio*? O livro não aprofunda nesse aspecto permitindo, portanto, a conclusão de que o termo tirania foi utilizado no *latissimo sensu accepti*. Noutro extremo, Hannah Arendt sintetiza a tirania como sendo a “(...) única forma de governo que brota diretamente do quero (...)” (ARENDR, 2007, p. 211). Voltar-se-á a esse ponto adiante.

O entendimento de Fragoso é compreensível em face do contexto em que foi escrito: a Ditadura Militar brasileira. Entretanto, em que pese à postura crítica de sua doutrina, esta é marcada por profundo mote relativista.

Heleno Fragoso inicia sua tese restringindo os interesses políticos da nação à amálgama formada pela segurança externa e a interna conjugada com a ordem econômica e social do Estado. Destarte, além da ausência de um corte categórico, constata-se que o crime político de Fragoso é conceitualmente polimorfo, o que o torna vulnerável à intelecção político-subjetivista¹, cuja fundamentação baseia-se numa das muitas leituras possíveis do contexto histórico em que o delito se insere.

Depreende-se, portanto, que a subjetividade e o talante do intérprete do Direito são os pontos de apoio da teoria fragosiana. É evidente que permitir essa máxima discricionariedade pode resultar em arbitrariedades. Afinal, o exegeta, na análise de um caso

concreto, pode basear sua fundamentação no seu entendimento subjetivista em face do momento histórico no qual o crime foi cometido. Noutros termos, não se observa na proposta de Fragoso a existência de limites ao aplicador do Direito em emitir juízo firmado a partir da sua visão jurídico-política subjetivista, ou seja, no seu querer, na sua vontade. Assim sendo, Fragoso, ao tentar justificar a conduta daquele que luta contra a “tirania”, acaba por dar azo a uma estrutura doutrinária que, em potência, transforma o intérprete do Direito num tirânico.

Considerando que Heleno Fragoso destaca a importância do critério subjetivo, traz-se à baila a doutrina de Giulio Ubertis, autor de *Crimes político, terrorismo, extradição passiva*². Segundo Ubertis, o crime político é “(...) o delito comum cometido, no todo ou em parte, por motivos políticos.” (UBERTIS, 2008, p. 4, tradução nossa)³. A questão, decerto, consiste em compreender qual seria a concepção de “motivo político”.

O autor italiano entende que a aferição da dimensão política não se dá pelos elementos íntimos e subjetivos do agente. Mas, pela análise externa, vale dizer, para se configurar o motivo político, deve-se levantar a vida pregressa do agente com o objetivo de contextualizar a sua militância política. Portanto, o crime político para Ubertis é o delito comum executado por motivos políticos, sendo estes privativos do militante político. A contribuição “ubertiana” ao debate é essa: o motivo político não é um psicologismo; pelo contrário, é constatado pela história de militância política do agente.

Entretanto, cumpre expor algumas observações. Ora, como constatar, a partir de Ubertis, se: 1) o agente cometeu um crime *pela causa*; ou se: 2) praticou um delito *e* tem uma causa? O questionamento é pertinente, pois como é possível demonstrar o nexo causal entre a motivação política e o crime? Poder-se-ia sugerir que é em razão do alvo atacado. Essa resposta, no entanto, é insuficiente, pois não é raro os criminosos políticos também ferirem terceiros ou bens estranhos àqueles e não os diretamente relacionados à luta política. Trata-se do crime comum conexo ao político.

Depreende-se que o critério (militância política), que pretendia ser um crivo objetivo, acaba por se revelar insuficiente, logo, exigindo, para atender completamente a configuração do crime por motivo político, agregar a intenção do agente, o elemento subjetivo, vale dizer, justamente aquilo que Ubertis pretendia afastar.

Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, autores de *Delito Político e Terrorismo*: uma aproximação conceitual, informam que, dada a ausência de uma definição legal para crime político, cumpre expor as três teorias referentes ao crime político: a objetiva, a subjetiva e a mista.

As teorias objetivas conceituam o crime político pelo bem jurídico protegido pela norma penal. Seriam, portanto, políticos os delitos contra a existência do Estado e, por via de consequência, suas instituições jurídicas.

Por outro lado, para a teoria subjetiva “(...) o decisivo é o fim perseguido pelo autor, qualquer que seja a natureza do bem jurídico efetivamente atingido.” (PRADO e CARVALHO, 2000, p. 426). Em síntese, caso a conduta delitiva comum seja “(...) impulsionada por motivos políticos, tem-se como perfeitamente caracterizado o delito político.” (PRADO e CARVALHO, 2000, p. 426).

O entendimento de Regis Prado e Mendes de Carvalho, concluindo a discussão sobre as teorias do delito político, aponta para a propriedade da teoria mista que, em sua análise, também incluiria os crimes eleitorais⁴. Assim sintetizam: “(...) o crime político é todo

² Reato Político, Terrorismo, Estradizione Passiva.

³ “(...) è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino, sembrando così accogliere la c.d. concezione oggettiva del delitto politico. Il medesimo comma, però, prosegue con l'affermazione che “è altresì considerato delitto politici il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici” (UBERTIS, 1987, p. 259).

⁴ Em sentido contrário, relata Eugênio Pacelli, o entendimento do STF: “(...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de definir a locução constitucional ‘crimes comuns’ como expressão abrangente de todas

¹ O termo “subjetivista” é um neologismo que foi cunhado para transmitir a idéia de um estágio deteriorado, quicá, perverso da subjetividade. Trata-se da percepção numa dimensão personalista, artificiosa e soléncia.



ato lesivo à ordem política, social ou jurídica, interna ou externa do Estado (...) ou aos direitos políticos dos cidadãos (...).” Igualmente, “(...) é de extrema importância o aspecto subjetivo, ou seja, o propósito do autor na prática da infração.” (PRADO e CARVALHO, 2000, p. 429-430).

Carlos Canêdo Silva, autor de *Crimes Políticos*, representa o principal passo de constitucionalização da interpretação do crime político. “Deve ela ser aprofundada em estreita consonância com os valores de um Estado Democrático de Direito, baliza indispensável ao estudo desse tipo de crime.” (SILVA, 1993, p. 66). Adverte para a insuficiência teórica das doutrinas objetivista, subjetivista e mista. “(...) uma conceitualização comprometida com os postulados de um Estado Democrático de Direito não deve se reduzir à simples consideração dessas teorias.” (SILVA, 1993, p. 11). Afasta a racionalidade de tais teses, afinal: “(...) se as doutrinas objetivas e subjetivas pecam pela unilateralidade, a mista, se enfocada como simples combinação das outras duas, terminará por somar os defeitos de ambas, quando isoladamente consideradas.” (SILVA, 1993, p. 66).

A doutrina de Canêdo possui uma estrutura argumentativa assemelhada ao pensamento arendtiano. Hannah Arendt, em *Crises da República*, critica as análises que são feitas a partir de teorias formuladas com base em três “opções” – A, B, C – “(...) onde A e C representam os extremos opostos e B a ‘solução’ mediana ‘lógica’ do problema (...)” (ARENDDT, 2006, p. 21). Referente a esses modelos reducionistas e deterministas, adverte que “(...) a falta de tal raciocínio começa em querer reduzir as escolhas a dilemas mutuamente exclusivos; a realidade nunca se apresenta como algo tão simples como premissas para conclusões lógicas.” (ARENDDT, 2006, p. 21).

Para Carlos Canêdo, o crime político à luz do Estado Democrático de Direito deve ser assim compreendido:

Essas considerações nos encorajam a postular a abolição de normas penais protetoras do Estado contra delitos cometidos de forma pacífica e não violenta, pois **não** cabe ao Estado democrático reprimir condutas que se manifestam dentro de cânones constitucionais previamente consignados. (SILVA, 1993, p. 70).

De fato, a presente proposta parte das conclusões de Canêdo. Todavia, como se verá ao final, em sentido contrário apresenta uma nova proposta de releitura do conceito de crime político previsto na Constituição.

Em síntese, apesar de algumas variações, os autores concluem que o crime político é o delito perpetrado por motivo político ou contra a segurança do Estado, entretanto, essa definição não responde ao desafio imposto pelo artigo 5º, inciso LII, da Constituição do Brasil. Dentre os direitos e garantias fundamentais, dispõe a Constituição que não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político. Mas, qual seria, portanto, a justificativa para não se extraditar um criminoso político? O que teria esse “crime político” de diferente do “crime comum”⁵ para que seu agente seja digno de tutela?

Com efeito, afirma-se *tutela*, pois vedada a possibilidade de extradição estará frustrada a persecução penal ou a execução da pena imposta ao agente. Ora, segundo a doutrina tradicional, notadamente a subjetiva ou mista, o que difere o crime político do delito comum é o fato daquele possuir um “motivo” político. Portanto, caso se aplique a doutrina tradicional do crime político sobre o problema do artigo 5º, LII, da Constituição, conclui-se que bastaria constatar a existência de um fundo motivacional político ou, ainda, ataque à segurança interna ou externa para que a consequência jurídica sobre o agente transmutasse de punição para proteção. Noutras palavras, para a doutrina majoritária, caso um estrangeiro atente contra a segurança do Estado, ou roube um banco, ou cometa homicídio, ou um seqüestro, entre outros delitos, mas fique confirmado que o fez

as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais (...).” (OLIVEIRA, 2007, p. 74).

⁵ “(...) conduta típica (antinormativa) que não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (...)” (ZAFFARONI, 2000, p. 568).

por uma causa política, logo, o resultado jurídico seria a vedação da extradição. O motivo político teria o dom de “tocar” o crime e o transmutar em legítimo, logo, seu agente seria digno de proteção do Estado Democrático de Direito.

A jurisprudência do STF segue esse entendimento como se pode constatar na Extradição de nº 700, que está publicada em três idiomas (inglês, francês e espanhol) no *site*⁶ do Supremo, como exemplo de sua jurisprudência, para toda a comunidade internacional:

Extraditando acusado de transmitir ao Iraque segredo de estado do Governo requerente (República Federal da Alemanha), utilizável em projeto de desenvolvimento de **armamento nuclear. Crime político puro**, cujo conceito compreende não só o cometido contra a segurança interna, como o praticado contra a segurança externa do Estado, a caracterizarem, ambas as hipóteses, a excludente de concessão de extradição, prevista no artigo 77, VII, e §§ 1º a 3º, da Lei n. 6.815/80 e no artigo 5º, LII, da Constituição.” (Ext 700, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 4-3-98, DJ de 5-11-99) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 31, grifo nosso).

A Extradição nº 700/STF é um dos exemplos do resultado jurídico da doutrina tradicional. Caso o delito executado alhures por um estrangeiro possua cunho político ou atente contra a segurança do Estado, não se dará a extradição.

Data venia, após a leitura da extradição transcrita, não se pode coadunar com a decisão proferida pelo STF. Baseado nas teorias, objetiva ou a subjetiva e a mista, o acórdão produziu uma conclusão incongruente e quiçá, num contexto de combate ao terrorismo, até mesmo perigosa. A proposta da teoria tradicional do crime político, segundo constatado na jurisprudência do STF, representa uma tese que direciona ao absurdo e, portanto, não pode mais prosperar como modelo de análise. Schopenhauer afirmou que “(...) a ‘condução ao absurdo’, *reductio ad absurdum* (*apogoge eis to adínaton*, ἀπογογή εἰς τὸ ἀδύνατον), consiste em provar a absurdidade de uma tese mostrando que ela leva a pelo menos uma consequência notoriamente absurda.” (SCHOPENHAUER, 1997, p. 147). A tese da doutrina tradicional – “crime” político no artigo 5º, LII, da Constituição, limita-se a um delito por motivação política ou contra a segurança do Estado – não deve prosperar, pois negligencia o princípio de hermenêutica, segundo o qual *interpretatio illa sumenda est quae absurdum vitetur*⁷.

A objeção mais importante ainda não é a de constatar o *reductio ad absurdum*; contudo, demonstrar que a tese tradicional, “delito por motivo político”, é incompatível com o Estado Democrático de Direito tanto com base no princípio da não-contradição de Aristóteles quanto em face do pensamento de Hannah Arendt.

A compreensão da Ciência do Direito requer, obrigatoriamente, que sua exegese esteja baseada em fundamentos que respeitem as regras da argumentação lógica. Eugênio Pacelli leciona que: “(...) não há regra de interpretação possível que não recorra às exigências da lógica e da não-contradição.” (OLIVEIRA, 2007, p. 63). Trata-se do princípio da não-contradição prescrito por Aristóteles. “A não pode ser simultaneamente A e B debaixo das mesmas condições e ao mesmo tempo.” (ARENDDT, 2008, p. 204)⁸.

Arendt (1987a) compreendia que o princípio da não-contradição também deve estar presente no interior do sistema discursivo como condição *sine qua non* para a sua subsistência⁹.

⁶ Cumprir aos Ministros do STF rever a oportunidade e conveniência da manutenção desse voto, no *site* do STF, como exemplo da jurisprudência brasileira para a comunidade internacional.

⁷ Não pode prevalecer a interpretação que atribui à lei algum absurdo.

⁸ Na leitura de Álvaro Ricardo Souza Cruz: “(...) o princípio da não-contradição, pelo qual não seria possível negar e afirmar dois predicados contrários do mesmo sujeito, no mesmo tempo e na mesma relação.” (CRUZ, 2007, p. 106).

⁹ A filósofa percebe que a máxima aristotélica se refere, fundamentalmente, a congruência interna entre as diferentes proposições. “(...) Aristóteles, na sua primeiríssima formulação do famoso axioma da contradição, diz explicitamente



Aplicando o princípio da não-contradição ao texto constitucional, tem-se que um conjunto normativo e a interpretação deste, necessariamente, devem possuir coerência interna entre os seus dispositivos ou entre as conclusões obtidas. Diante do exposto, deve-se realizar o exercício lógico e de coerência entre dois dispositivos da Constituição: a) Democrática e de Direito (artigo 1º) em face de b) “crime” político na Constituição (artigo 5º, LII).

Em primeiro lugar, a Constituição do Brasil postula que o Estado constitui-se “de Direito”. Significa, no mínimo, que a Constituição tem por princípio a “conformidade ao Direito”. Noutro extremo, o delito é uma conduta ilícita por definição. Diante disso, como pode a Constituição que é “de Direito” ter um dispositivo de proteção – vedação à extradição – ao agente “contrário ao Direito”? Como pode o Estado de Direito considerar legítimo – porque legal não o é por definição – um ato contra a ordem jurídica (de Direito)? “De direito” e “crime” são conceitos antagônicos e não podem ser harmonizados no mesmo texto e contexto constitucional sob pena de conclusões autocontraditórias. Considerando que o sistema constitucional não pode ter incoerências, a única via é concluir que é a interpretação majoritária é que possui um equívoco interno e não se harmoniza com a Constituição.

Poder-se-ia alegar que a dimensão “motivacional política” legitimaria o ato antijurídico (crime). Contudo, trata-se de um sofisma e não prevalece diante do segundo elemento do Estado brasileiro: a democracia.

Estabelece a Constituição que o Estado brasileiro é Democrático. Numa rápida perspectiva arendtiana, significa dizer que a política democrática se faz mediante o uso da palavra, do debate, da mobilização da sociedade, da articulação sindical, greves, enfim, da persuasão advinda da “polis”. Arendtianamente, a esfera pública guarda a reminiscência do espírito da polis no sentido de “(...) que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através de força ou violência.” (ARENDDT, 1987, p. 35). Neste sentido, as “armas” da democracia e dos agentes que a defende seriam o embate almejando o consenso. A legitimidade é oriunda do acordo pactuado aferido após a argumentação pública e, logo, não é advinda dos “motivos” isolados do agente.

No cenário democrático, a violência, conseqüentemente, não é elemento da vida política. Trata-se, pelo contrário, da perversão das regras do jogo político. Para Arendt (1985), a violência é instrumentalidade do vigor, portanto, não possuindo *per si* uma dimensão política e, logo, não participando desta. Arendtianamente, “(...) dependendo do espaço público, a violência pode inclusive se tornar um topos, um lugar-comum para aferição da realidade; mas tal espaço não será político.” (ADEODATO, 1989, p. 194, grifo nosso). “O poder político e a violência seriam antitéticos: a violência é capaz de destruir o poder político, mas não de gerá-lo.” (CARDOSO JR., 2005, p. 103). Arendt renega a possibilidade de uso da violência com propósitos nobres, portanto, no sentido contrário à tese dos criminosos políticos revolucionários e de seus “motivos”. “Somente a pura violência é muda, e por este motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza.” (ARENDDT, 1987, p. 35). Por ser apenas instrumentalidade, a violência não guarda em si qualquer elemento ético legitimador.

Dito isso, é possível a Constituição que é democrática pactuar com um ato político-delitivo que nada mais é do que uso da violência na esfera política? É coerente com o Estado Democrático de Direito, a doutrina que advoga a possibilidade de ignorar as “armas” democráticas e eleger a via do crime para se fazer presente na seara política? Como pode prevalecer uma proposta doutrinária

que entende ser possível o Estado Democrático de Direito considerar legítimo – porque legal não o é por definição – um crime contra a ordem jurídica (de Direito) e que renega a via democrática (pluralismo, debate etc.) como opção política? Após essas indagações, depreende-se que não parece ser coerente com a dimensão “Democrática” do Estado brasileiro admitir a hipótese do uso da violência como partícipe da construção da democracia, sob pena de incorrer em contradição pragmática (Apel).

Em suma, arendtianamente, a esfera política não admite a participação da violência e desta não se extrai qualquer caráter legitimador. Destarte, o crime político não se forma pelo “toque” do motivo político sobre o delito. Pelo contrário, trata-se apenas do crime sendo usado como arma política. Neste sentido, depreende-se que, subjacente a doutrina majoritária, há um fundo filosófico que admite ser possível o crime invadir legitimamente a seara política. Contudo, tal embasamento filosófico é incompatível com a democracia e, ainda, com o Estado de Direito.

Consoante demonstrado, a doutrina preponderante encontra dificuldades jus-filosóficas para vigorar perante o paradigma do Estado Democrático de Direito. Na formulação proposta por ela há uma contradição interna em face da própria Constituição. Ademais, a doutrina tradicional conduz a uma conseqüência absurda (*reductio ad absurdum*), oriunda de uma exegese jurídica que não observou o sistema racional e lógico baseado no princípio da não-contradição¹⁰. Por fim, a doutrina majoritária não encontra harmonia com os princípios da democracia, pois advoga a possibilidade do crime ser utilizado com fim político ao invés de fomentar o uso das “armas” da democracia: o debate, o pacto e o convencimento.

Desta feita, é incoerente afirmar que a Constituição de “direito” e “democrática” deveria impedir a persecução penal daquele que viola o direito e utiliza-se da violência contra bens jurídicos como instrumento de ação política.

Diante do exposto, considerando a necessidade de uma hermenêutica coerente com o postulado do Estado Democrático de Direito e que expurgue a violência da seara política, insta reconstruir o conceito de “crime” político, previsto no artigo 5º, LII, da Constituição, mediante uma reviravolta hermenêutica.

Conforme demonstrado, o “delito” político previsto na Constituição não pode ser um crime, no sentido penal do termo, sob pena de ilações desconexas e contraditórias com o próprio texto constitucional, que estabelece um Estado Democrático de Direito. Conseqüentemente, para escapar da armadilha da autocontradição, a única possibilidade restante é interpretar o “crime” político como sendo apenas nominalmente crime, ou seja, não possui uma natureza própria de delito.

Com o objetivo de construir um conceito de “crime” político constitucionalmente adequado e harmônico com o Estado Democrático de Direito cumpre resgatar os principais pontos do pensamento de Hannah Arendt.

Para Arendt, a ação (*action*) é a dimensão política da *vita activa* em contraponto ao trabalho (*labor*) e a obra ou fabricação (*work*)¹¹. Entretanto, para agir requer-se a coexistência da liberdade. A pensadora sustenta que “agir” deriva da “(...) palavra grega *árkhēin*, que abarca o começar, o conduzir, o governar, ou seja, as qualidades proeminentes do homem livre (...)”. (ARENDDT, 2007, p. 214). Nesse sentido, ser livre e a capacidade de começar algo novo coincide. A ação (*action*) torna-se, portanto, a fonte do significado da vida humana.

Na expressão do seu agir, o homem inaugura um novo

que isto é axiomático: ‘temos necessariamente que acreditá-lo porque (...) não se dirige ao mundo exterior (...) mas ao discurso interior da alma (...)’ (ARENDDT, 2008, p. 204). Arendt (2008) vai além e afirma que nos primeiros tratados de Aristóteles, o axioma da não-contradição ainda não tinha sido estabelecido como a regra mais basilar para o raciocínio lógico em geral. Apenas com Kant, esse aforismo adquire a dimensão de “pensar sempre consistentemente em acordo contigo mesmo” (*Federzeit mit sich selbst einstimmig denken*) entre as máximas que devem ser olhadas como ‘mandamentos imutáveis para a classe dos pensadores.’ (ARENDDT, 2008, p. 205).

¹⁰ “Quem diz que ‘o princípio da não-contradição não vale’, por exemplo, se quiser que essa assertiva tenha sentido, deve excluir a assertiva a esse contraditório, isto é, deve aplicar o princípio da não-contradição exatamente no momento em que o nega. E assim são todas as verdades últimas: para negá-las, somos obrigados a fazer uso delas e, portanto, a reafirmá-las.” (REALE, 1990, p. 217-218).

¹¹ Nessa obra adota-se a tradução do termo arendtiano *work* como sendo “obra” ou “fabricação”, no mesmo expediente de João Adeodato e Theresa Calvet de Magalhães (1985) em detrimento da tradução de Roberto Raposo.



sentido para a existência plural. Celso Lafer concebe que o conceito de liberdade de Arendt requer para ser exercido a: "(...) recuperação e a reafirmação do mundo público, que permite a identidade individual através da palavra viva e da ação vivida, no contexto de uma comunidade política criativa e criadora." (LAFER, 1987, p. II). Destarte, para Arendt, a consequência da *action* em liberdade e inseria da convivência plural é a natalidade. A natalidade é a possibilidade de gerar algo novo e origina a esperança¹².

Nesse sentido, emerge a importância do espaço público. A ambiência pública é o plano de apresentação da vida em comum, o palco dotado de audiência ampliada, "(...) onde os cidadãos podem agir (atores) e assistir (espectadores) em conjunto, ação caracterizada pela capacidade de se iniciar novas coisas (natalidade) e modificar o mundo." (CARDOSO JR., 2005, p. 103). Na esfera pública, "(...) os cidadãos são livres e iguais em termos de oportunidade de participação política (isonomia), principalmente pela igualdade à palavra (isegoria) (...)" (CARDOSO JR., 2005, p. 103). Agir no domínio público não se resume a fazer, mas é, inclusive, conviver e discursar política numa pluralidade de homens em liberdade. Nesse âmbito, o cidadão se apresenta e age em liberdade e sua legitimidade é mantida pelo consenso e pela persuasão¹³.

Ação, discurso e liberdade não são concessões, mas expressões que exigem para advir à constituição e conservação do horizonte público¹⁴. O campo público é o substrato para a esfera política e da liberdade. "Política e liberdade, portanto, são coincidentes, porém só se articulam quando existe mundo público." (LAFER, 2007, p. 21).

Vedada à ação na ambiência pública, embotada está a esfera política, pois consequentemente impedido fica o homem de fazer uso do seu discurso. Ausente o discurso não há possibilidade de consenso e o homem deixa de construir o seu mundo comum de existência plural. Sem o direito de fala, cala-se e deixa de participar da vida da polis. Retraído para a esfera privada não há mais ação, que é a *conditio per quam* da vida política. Ao desaparecer o agir, não haverá construção da novidade (natalidade). Os efeitos da censura da liberdade de expressão e participação na esfera pública inviabilizam o agir político, observa-se a retração dos direitos civis e o homem deixa de ser *persona* e torna-se *anthropos*. A política, portanto, é reduzida ao binômio poder-dominância, o qual, em momentos extremos, resulta em perseguição a oposições.

Conclui-se que as considerações sobre o espaço público arendtiano e a sua interação com os tópicos da vida política remetem aos pilares do Estado Democrático de Direito: cidadania e pluralismo político, que pressupõem o exercício em liberdade. A liberdade está subjacente ao contexto democrático. "É por isso que, para ela [Arendt], liberdade não é a liberdade moderna e privada da não-interferência, mas sim a liberdade pública de participação democrática." (LAFER, 1987, p. X).

A estrutura do pensamento político de Arendt é harmônica e coerente com o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, observa-se que em todos os direitos fundamentais, prescritos no Estado de Direito Democrático, está subjacente a liberdade e a manutenção do campo público como *conditio per quam* se alcança a vida política. Noutros termos, "(...) os direitos fundamentais asseguram a liberdade do Estado e a liberdade no Estado, pois a democracia tem necessidade de um cidadão político que faça uso de seus direitos." (SOARES, 2000, p. 113).

Por se tratar de uma análise que conecta tanto a dimensão jurídica quanto a política, a questão da legitimidade aflora como desdobramento inequívoco. Portanto, é a efetivação do espaço público, como palco da cidadania, que traz a abertura para a

legitimação¹⁵ e, ainda, a manutenção do "palco" Democrático.

Há uma íntima relação entre campo público e democracia. Destarte, qualquer atentado contra os elementos fundamentais dessa ambiência representa ameaça à democracia. No sentido inverso, manifestar resistência contra as intimidações à manifestação na esfera pública é um ato pró-democracia. É desse contexto que emerge o conceito de "crime" político, em harmonia com o Estado Democrático de Direito.

Arendt ciente de que "(...) os períodos de existência livre foram sempre relativamente curtos na história da humanidade" (ARENDR, 2007, p. 217), reconhece as ameaças ao espaço público e, por consequência, também à democracia moderna. Infere-se¹⁶, a partir do levantamento da história política, que não raras são as manifestações (*praxis*) de oposição que são rechaçadas mediante o manejo estratégico da legislação penal por governos não-democráticos. Os governantes não-democráticos, no anseio de sufocar a manifestação de homens livres (*persona*)¹⁷ e o poder advindo das ruas (espaço público), utilizam a força legal, isto é, estrategicamente, criminalizam impropriamente o agir democrático ou, pelo menos, tratam como delinqüente quem se dedica a esse agir. Noutras palavras, nos regimes ditatoriais há a criminalização da oposição, da diversidade política, do sindicalismo, da mobilização social, ou seja, os governos não-legítimos tentam transformar a liberdade – uma das dimensões da democracia – em crime.

É notório que o homem cidadão (*persona*) ao violar a pseudonorma que criminaliza o agir político não atua contra o direito, pelo contrário, visa expressar a liberdade da condição humana em defesa, ocupando o âmbito público, espaço da política, por excelência, e alicerces da democracia. Este ato político (*action*), na perspectiva democrática e arendtiana, jamais será um delito. Com efeito, o crime político é o agir político democrático criminalizado. Partindo deste entendimento compreende-se o porquê de a Constituição dispor em seu artigo 5º, LII, que não extraditará esse agente, pois não se trata de um criminoso no sentido penal do termo, mas sim, de um cidadão de ousou defender o espaço público e a democracia.

A averiguação originária do termo "crime" político, no paradigma do Estado Democrático de Direito, realiza uma ruptura radical com a doutrina dominante, logo, requer também, para melhor identificação conceitual, uma reformulação semântica. Arendt acusa que, por vezes, depara-se com termos cujas distinções já perderam o seu sentido original. Dessa forma, não se permite mais desvelar as experiências originais nele contidas caso se mantenha a mesma semântica. Daí a necessidade de se criar uma nova terminologia. Nesse mesmo sentido, afirma Adeodato: "(...) às vezes pode ser preciso criar expressões para novas realidades, com o que nossa autora certamente concorda, 'cada nova aparência entre os homens necessita de uma nova palavra.'" (ADEODATO, 1989, p. 110-111).

Com efeito, por estar o termo constitucional, "crime político", ainda impregnado com a concepção de "crime por motivação política", impõe-se, devido a reformulação ora proposta, uma nova forma semântica. Destarte, denomina-se o "crime" político, previsto no artigo 5º, inciso LII, da Constituição brasileira, por *nocrim*: agir político no espaço público, nominalmente transformado em crime, impropriamente tipificado por decisão ilegítima e estratégica de governos não-democráticos.

O *nocrim* não representa ameaça ao Estado ou a bens jurídicos tutelados, mas ao governo autoritário. O *nocrim* perfaz a insistência

¹² "O signo da esperança é que vê na ação, que a natalidade enseja, a permanente e igualitária capacidade de começar algo novo." (LAFER, 1987, p. IX).

¹³ "(...) o convencimento mútuo, a persuasão, é o meio por excelência da ação política, gerador de um poder dialógico e plural, decorrente da reunião dos cidadãos." (CARDOSO JR., 2005, p. 103).

¹⁴ "Hannah Arendt mostra como ação, palavra e liberdade não são coisas dadas, mas requerem, para surgirem, a construção e a manutenção do espaço público." (LAFER, 1987, p. XII).

¹⁵ "Este sistema de direitos fundamentais, dotado de princípios norteadores e asseguratórios, propicia a concretização da cidadania plena e coletiva, consubstanciando a legitimidade do Estado democrático de direito." (SOARES, 2000, p. 118).

¹⁶ Antes de avançar no texto, cabe informar que, a partir deste ponto, o conceito de "crime" político ora proposto não foi desenvolvido por Arendt, todavia, ousa-se afirmar que está coerente com o seu pensamento.

¹⁷ O conceito de *Persona*, para Arendt, inclui a liberdade de criação e compartilhamento da realidade comum e de expressão que se dá no espaço público. Para maior aprofundamento, remeto o leitor ao livro *Responsabilidade e Julgamento*, de Hannah Arendt.



e a resistência pela ocupação do espaço público que é o substrato da própria democracia. A proteção constitucional do agente do *nocrim* é a declaração de concordância recíproca dos Estados Democráticos de Direito, que reconhecem o valor do ato, em prol da preservação da esfera pública e da democracia. Afinal, *nocrim* é um direito e, em certa perspectiva, um dever do cidadão no âmbito público. Por não ser delito, no sentido técnico do termo, a via é da negativa do pedido de extradição.

O *nocrim* é outra proposta de interpretação do “crime” político em harmonia com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Sua demonstração conceitual representa a cristalização da coerência interna do dispositivo, “crime político”, em conformidade com o sistema normativo constitucional que se insere, que somente foi possível a partir da reviravolta hermenêutica impulsionada pelo pensamento da cientista política e filósofa Hannah Arendt.

Ad argumentandum tantum, termo “crime” do artigo 5º não pode ser entendido no sentido próprio penal, dada a sua localização tópica. O “delito” político está no rol dos direitos individuais e coletivos da Constituição Democrática e de Direito, segundo se constata no artigo 5º, LII. Sem delongas, seria um contra-senso incrustar um verdadeiro crime dentre o rol de direitos fundamentais da Constituição. Assim, a própria localização do dispositivo sobre o “crime” político já indica que não se utiliza o termo em seu sentido próprio. Enfim, há um caráter performático no verbete “crime”, que não pode ser interpretado a partir de sua nomenclatura, entretanto, do seu significado diante do contexto constitucional.

Em resposta a possível crítica de que o “crime” político da Constituição foi regulamentado pela Lei nº 7.170/83, a qual define os delitos contra a segurança nacional, a ordem política e social, informa-se que se trata de um caso de homonímia sutil.

Com efeito, o “crime” político, previsto na Constituição, é tomado, pela doutrina e jurisprudência, com sendo idêntico ao instituto jurídico do delito político da Lei de Segurança Nacional. Tal constatação é feita a partir, dentre outras fontes primárias, dos dizeres do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Carlos Mário da Silva Velloso, para quem “(...) a Constituição não definiu o crime político. O seu conceito há de resultar, portanto, da legislação comum.” (VELLOSO, 2003, p. 130). Noutros termos, inexistindo uma conceituação na própria Constituição para crime político do artigo 5º, LII, para o ex-ministro, deve-se, supostamente, obter a definição para esse delito político na legislação ordinária. Nesse diapasão, invoca a citada Lei nº 7.170/83 para conferir definição ao “crime” político:

Certo é que, tendo em vista o direito positivo brasileiro, a Lei nº 7.170, de 1993, acentuei, em voto que proferi quando o julgamento do HC 73.451-RJ, que, para que o crime seja considerado político, é necessário, além da motivação e dos objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no artigo 1º da referida Lei nº 7.170, de 1993, *ex vi* do estabelecido no seu artigo 2º. (VELLOSO, 2003, p. 131).

Depreende-se que, para a maioria da jurisprudência e da doutrina brasileira, o “crime” político previsto no artigo 5º da Constituição se refere propriamente ao mesmo instituto delitivo da lei de segurança nacional, Lei nº 7.170/93.

Ora, conforme já foi analisado, o “delito” político na Constituição não pode ser um crime, no sentido penal do termo, sob pena de ilações desconexas e contraditórias com o próprio texto constitucional.

A confusão, entre “crime” político constitucional e delito político na forma abordada pela doutrina tradicional, é oriunda do fato dos autores se equivocarem e não observarem que se trata de dois institutos jurídicos que, por necessidade lógico-jurídica, são diferentes; contudo, designados pela mesma expressão semântica.

Noutros termos, para se evitar a ocorrência do *reductio ad absurdum*, o “crime” político na Constituição, obrigatoriamente, deve possuir natureza jurídica distinta do crime político previsto na Lei nº 7.170/93. São conceitos jurídicos diferentes, mas grafados pelo mesmo termo semântico. Trata-se de um caso de homonímia

sutil. Schopenhauer traz a distinção: “(...) synonyma são duas palavras que designam o mesmo conceito, Homonyma são dois conceitos designados pela mesma palavra.” (SCHOPENHAUER, 1997, p. 128).

A corrente tradicional provavelmente se confundiu com a homonímia, cuja conseqüência foi “(...) tornar a afirmação apresentada extensiva também para àquilo que, fora a identidade de nome, pouco ou nada tem em comum com a coisa de que se trata (...)” (SCHOPENHAUER, 1997, p. 128). Destarte, a falta da quebra do sentido homonímico propiciou a “(...) imprecisão na delimitação do tópico em discussão [que] pode levar a uma μεταβασις εις άλλο γενοσ, *metábasis eis allo genos*, uma mudança de um gênero de objeto para outro (...)” (SCHOPENHAUER, 1997, p. 132).

Em suma, a partir da identidade semântica do termo da Constituição (“crime” político) com a palavra de igual ortografia na Lei nº 7.170/83 (crime político), os doutrinadores e a jurisprudência do STF compreendem que se trata de idêntico tipo jurídico. Daí que, realiza-se a subsunção (equivocada) entre o dispositivo constitucional com o conceito de termo com idêntica grafia previsto em lei ordinária.

Referências:

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O Problema da legitimidade:** no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito I: Pensar.** Tradução de João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

ARENDT, Hannah. **Crises da República.** Tradução de José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2006.

ARENDT, Hannah. **Da violência.** Tradução Maria Cláudia Drummond. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios.** Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1987a.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil** - Texto consolidado até a Emenda Constitucional n. 56 de 20 de dezembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Extradição.** - Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Acesso em: 20 jul. 2009. **Estradição nº 700.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaTraduzida/verJurisprudenciaTraduzida.asp?tpLingua=21&id=250>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

CARDOSO JR., Nerione Nunes. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate:** o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Terrorismo e criminalidade política.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

LAFER, Celso. **A política e a condição humana.** In: ARENDT, Hannah. *A condição humana.* Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. I - XII.

LAFER, Celso. **Da dignidade da política:** sobre Hannah Arendt. In: ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro.* Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 9-27.



MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A Atividade Humana do Trabalho [Labor] em Hannah Arendt. *Revista Ensaio*, São Paulo, n. 14, p. 131-168, 1985.

OLIVERIA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Delito político e terrorismo**: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 771, p. 421-447, jan. 2000.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: Antiguidade e Idade Média. 3. ed. São Paulo: Paulus, 1990. v. 1.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratégias (Dialética Erística). Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho; tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. **Crimes Políticos**. Belo

Horizonte: Del Rey, 1993.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicadas às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A Exatidão e seu Controle pelo Supremo Tribunal Federal. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **Terrorismo e Direito**: os Impactos do Terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 115-150.

UBERTIS, Giulio. Reato político, terrorismo, estradizione passiva. *L'Indice Penale*, Padova, v. 21, n. 2, p. 255-272, maio/ago, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

3.1.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.3.1 BRANDÃO, Adelino. (Org.). Os direitos humanos: antologia dos textos históricos. São Paulo: Landy, 2001, 263 p.

Obra de extrema valia para os acadêmicos, em especial para os estudiosos em nível de mestrado e doutoramento, o trabalho reúne os extratos dos documentos históricos essenciais que disciplinaram e positivaram os direitos humanos cerca de mil anos atrás.

O apanhado histórico realizado pelo autor certamente tornará mais rica a pesquisa e as monografias dedicadas ao tema.

B) Artigos

3.1.3.2 SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante das questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, Ano 3, n. 12, p. 107-142, out./dez. 2008.

Artigo denso, de profundidade teórica. Nele, Alexandre Garrido analisa o crescente protagonismo da nossa Corte Suprema no julgamento de *hard cases*, tais como a pesquisa com células-tronco embrionárias, anencefalia, greve dos servidores públicos, transposição das águas do Rio São Francisco, demarcação das terras indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol, proibição do uso, produção e comercialização do amianto, entre outros.

Ao longo do trabalho, escrito com maestria, o processo de expansão decisória do Poder Judiciário em áreas de competência tradicionalmente exercidas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo é visualizado em diversas óticas e interessantes temáticas, tudo com apoio nas reflexões de Cass Sustein e seus quatro modelos de interpretação constitucional e de decisão judicial nos casos difíceis: perfeccionismo (*perfectionism*), modelo majoritário ou majoritarismo (*majoritarism*), originalismo (*originalism*) e minimalismo (*minimalism*).

Não bastasse, vários outros assuntos interessantes são igualmente abordados pelo autor, como: *juristocracia*, *supremocracia*, *ativismo judicial*, *judicialização de políticas públicas*, *entrenchamento constitucional de direitos* e *novo constitucionalismo*, entre outros.

Vale a pena conferir este excelente trabalho.



3.1.4 Jurisprudência da área

3.1.4.1 TJMG, 2ª Câmara Cível. *Propaganda Institucional irregular. Improbidade Administrativa*

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PUBLICIDADE INSTITUCIONAL – INSERÇÃO DE NOME E IMAGEM DO CHEFE DO EXECUTIVO – PROMOÇÃO PESSOAL – A ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública configura ato de improbidade administrativa.

(...)

No caso em apreço, restou comprovado que o Prefeito do Município de Fortaleza de Minas, sob a justificativa de informação institucional e transparência na gestão pública, utilizou-se dos serviços de propaganda da Empresa Jornalística contratada pela municipalidade para divulgar a sua imagem, nome e qualidades, violando norma e princípios constitucionais.

Extraí-se dos autos que o apelante contratou a Empresa Jornalística Santa Marta Ltda. tendo como objeto “a assinatura semestral de 50 exemplares do jornal Folha da Manhã para o Projeto ‘Quem lê jornal, sabe mais!’ a serem distribuídos nas salas de aula diariamente, exceto às segundas-feiras e feriados nacionais quando da não edição do jornal”, fl. 32.

Entretanto, pelas matérias jornalísticas juntadas, verifica-se que o apelante, a pretexto de prestação de contas de seus feitos à população, constantemente destacava as suas qualidades com divulgação de sua imagem e referência expressa ao seu nome, afrontando princípios que regem a Administração Pública, sobretudo, o da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Como bem asseverado pelo magistrado de primeiro grau:

“tratando-se de matéria paga pelos cofres municipais, evidentemente que não poderia o senhor prefeito, ora requerido, permitir a exaltação pessoal de seus feitos e muito menos fosse estampada com tanta frequência a sua foto (...) Se não houvesse gasto público e fossem matérias jornalísticas comuns, nada haveria de errado”. fl. 262.

Denota-se dos autos que o próprio apelante reconhece que teve a sua imagem veiculada em matéria jornalística pública incidindo, portanto, na vedação do § 1º do art. 37 da Constituição Federal que preceitua:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 1º A publicidade dos atos, propagandas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos”. (grifo nosso).

Vê-se, portanto, que nas matérias publicitárias, repita-se, custeadas com verbas públicas, o Chefe do Executivo do Município de Fortaleza de Minas realizou a sua autopromoção configurando ato de improbidade administrativa.

A norma constitucional é bastante clara e incisiva no que tange ao rigorismo exigido na publicidade de atos governamentais, de forma a evitar quaisquer abusos ou favorecimentos por parte do Administrador.

É por demais sabido ser vedado ao Chefe do Executivo realizar a sua autopromoção em informes publicitários pagos pelo erário sob pena de prática de ato de improbidade e violação de norma constitucional.

Assim, com a inserção de seu nome e imagem pessoal nas matérias jornalísticas públicas inobservou o Chefe do Executivo os limites previstos, constitucionalmente, para a publicidade institucional.

O art. 11 da Lei nº 8.429/92 é expresso ao preceituar que: “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I) praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, em regra de competência (...)”.

Com efeito, para a aplicação da lei mencionada basta o simples desrespeito aos princípios que regem a Administração Pública, ainda que não resultem em enriquecimento ilícito.

Portanto, constatado o ato de improbidade administrativa consistente na violação do princípio da legalidade, moralidade e impessoalidade impõe-se a procedência do pedido ministerial (TJMG, 2ª Câmara Cível, *Apelação Cível nº 1.0348.07.000873-8/001(1)*, Rel. Des. Carreira Machado, j. 13.01.2009, DJ 04.02.2009).



3.1.4.2 STF, Pleno. *Foro por prerrogativa função. Perda do mandato. Julgamento iniciado. Conservação da competência do Tribunal*

EMENTA: Inquérito. Deputado Federal. Julgamento iniciado. Término do mandato eletivo. Prosseguimento nesta Suprema Corte. Arquivamento. Imunidade parlamentar reconhecida. Precedentes. 1. Uma vez iniciado o julgamento de Parlamentar nesta Suprema Corte, a superveniência do término do mandato eletivo não desloca a competência para outra instância. 2. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, as circunstâncias dos autos revelam a presença da necessária conexão entre os fatos relatados no inquérito e a condição de parlamentar do investigado, a ensejar o reconhecimento da imunidade material (art. 53 da Constituição Federal). 3. Inquérito arquivado. (STF, Pleno, Inq 2295/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, j. 23.10.2008)

3.1.4.3 STF, Pleno. *Foro por prerrogativa função. Perda do mandato. Julgamento iniciado. Irrelevância. Deslocamento da causa*

EMENTA: COMPETÊNCIA - PRERROGATIVA DE FORO - AFASTAMENTO DO CARGO - JULGAMENTO INICIADO - CESSAÇÃO. Deixando o detentor da prerrogativa de foro o cargo que a motivou, cessa a competência do Tribunal, não influenciando o fato de o julgamento já ter iniciado (STF, Pleno, Inq 2277/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.05.2006)

3.1.4.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Cassação de mandato do Chefe do Poder Executivo Municipal. Devido Processo Legal*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DE CASSAÇÃO DE MANDATO DE PREFEITO MUNICIPAL. PRESENÇA DO MESMO VEREADOR NA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO E NA COMISSÃO PROCESSANTE. AUSÊNCIA DE IMPARCIALIDADE, ISENÇÃO E NEUTRALIDADE. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A participação de vereador na comissão especial de inquérito (natureza inquisitiva) e na comissão processante (natureza decisória) macula a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto retira a imparcialidade, a neutralidade e a isenção do julgamento do processo que pode resultar na cassação do mandato de Prefeito pela Câmara Municipal (TJMG, 5ª Câmara Cível, Mandado de Segurança nº 1.0000.08.477153-4/000, Rel. Des. Maria Elza, j. 20.11.2008, DJ 10.12.2008).



3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Conexão, continência e litispendência no processo coletivo

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Mestre e Doutora em Direito pela UFMG

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Bruno José Silva Nunes

Mestrando em Direito pela UFMG

Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais

Advogado

Introdução

As normas processuais que tratam da conexão, da continência e da litispendência têm por finalidade primordial evitar o conflito lógico e prático de julgados.¹ Ademais, permitem a consagração, no plano prático, dos princípios da economia e da celeridade processuais, bem como do princípio da isonomia, que tem assento no *caput* do artigo 5º da Constituição da República.

A conexão e a continência, como formas de modificação ou prorrogação legal de competência (uma vez que decorrem da lei), evitam o conflito lógico de julgados, que, quando existente, pode acarretar o desprestígio do Poder Judiciário.² Por sua vez, a litispendência impede o conflito prático de decisões, afastando o “(...) inconveniente de eventuais pronunciamentos judiciais divergentes a respeito de uma mesma controvérsia jurídica”.³

No direito processual civil tradicional, de cunho individualista, o estudo desses institutos jurídicos encontra-se bastante desenvolvido, mas, no direito processual coletivo, não se pode afirmar tal fato. Ademais, a configuração da sociedade contemporânea, que guarda em seu seio a existência de conflitos de massa, indica a necessidade de uma renovação interpretativa dos institutos do direito processual civil para permitir uma tutela jurisdicional coletiva que proporcione uma efetiva pacificação social.

Na realidade, é importante ressaltar que o processo civil tradicional apresenta-se em constante desenvolvimento, inclusive visando a proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva, a qual é assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988. Contudo, devem-se levar em consideração as peculiaridades dos direitos materiais coletivos para que o processo coletivo se revele apto a assegurar, no plano empírico, o respeito àqueles direitos.

Dessa forma, sob o prisma do processo como método e instrumento para alcançar os escopos da jurisdição, impõe-se o estudo da correta configuração da conexão, da continência e da litispendência no bojo do direito processual coletivo.

Cumprido frisar que o sistema integrado de tutela de direitos

ou interesses transindividuais, formado pela interação entre a Constituição da República de 1988, a Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)⁴ e as demais leis infraconstitucionais que tratam da tutela de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*,⁵ não disciplinou, expressamente, a conexão, a continência e a litispendência, motivo pelo qual se mostra adequado iniciar o estudo da matéria a partir da análise da sistemática do processo civil tradicional, visto que se revela de aplicação subsidiária ao processo coletivo.⁶

1. Conexão, continência e litispendência no processo civil tradicional

O reconhecimento da conexão, da continência ou da litispendência leva em consideração a semelhança ou identidade entre os elementos de identificação das ações. Segundo a teoria da tríplice identidade (teoria dos *tria eadem*), os três elementos de identificação das ações são: as partes, a causa de pedir e o pedido (objeto).

Em relação à conexão e à continência, a semelhança ou identidade entre as demandas é apenas parcial, enquanto no caso de reconhecimento da litispendência (e também no de reconhecimento da coisa julgada) a identidade, geralmente, é total (de partes, causa de pedir e pedido).^{7,8}

O artigo 103 do Código de Processo Civil dispõe que “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a

⁴ A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor formam verdadeiro núcleo do sistema integrado de tutela de direitos ou interesses transindividuais. Aquela determina, em seu artigo 21, que “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. E o Código de Defesa do Consumidor dispõe, no artigo 90, que “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. Além disso, as demais leis que tratam da tutela de interesses transindividuais também se integram ao Código de Defesa do Consumidor, pois geralmente remetem à possibilidade de aplicação da Lei da Ação Civil Pública que, por sua vez, integra-se àquele, formando o microsistema de tutela de interesses coletivos.

⁵ Vigliar, em sua obra, apresenta “quadro da disciplina legal das demandas coletivas”, elencando os diversos diplomas que viabilizam a tutela jurisdicional coletiva (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 23).

⁶ O artigo 19 da Lei n.º 7.347/85 e o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor determinam a aplicação das disposições do Código de Processo Civil, naquilo que não contrariar o disposto nos diplomas específicos.

⁷ Segundo Alvim Wambier, pode ocorrer hipótese de litispendência em virtude de identidade parcial dos objetos de duas ações, na qual o segundo processo deverá ser extinto, sem resolução do mérito. Afirma a doutrinadora: “A continência encerra, na verdade, litispendência parcial, já que haverá identidade parcial entre os pedidos formulados nos dois processos. Quando os pedidos realizados no segundo processo são menos abrangentes, haverá simplesmente litispendência, devendo este processo ser extinto sem julgamento do mérito” (ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Litispendência em ações coletivas*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coordenador). *Tutela coletiva*: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 264). Uma vez que este artigo visa a fixar noções preliminares sobre a litispendência no processo coletivo, o instituto será tratado apenas na perspectiva da identidade total entre os elementos de identificação de duas ações coletivas.

⁸ Theodoro Júnior sustenta que, para o reconhecimento da coisa julgada, não se exige total identidade entre os elementos de identificação de duas ações. Afirma o mestre: “Objetivamente a coisa julgada reclama reprodução, entre as mesmas partes e em outra ação, do pedido e da causa de pedir de ação anteriormente decidida pelo mérito (art. 301, §§ 1º e 2º). A exceção, todavia, para ser acolhida não exige que se verifique total identidade das questões tratadas nas duas causas. Basta que algumas delas coincidam. A *res iudicata* pode ser total ou parcial. Se todas as questões são idênticas, a segunda ação será inviável e o processo se extinguirá sem apreciação do mérito (art. 267, V). Se a coincidência for parcial e o objeto da nova ação for menor, também ocorrerá a extinção do processo, como no caso anterior. Quando, porém, o objeto da segunda causa contiver questões novas, apenas quanto a estas haverá julgamento de mérito, devendo incidir a barreira da *res iudicata* para impedir a reapreciação da lide em tudo aquilo já definitivamente julgado. De maneira alguma a nova sentença poderá negar ou reduzir o que antes se acobertara da imutabilidade da coisa julgada. O assentado na sentença anterior será pressuposto ou ponto de partida para o enfrentamento das questões novas” (Curso..., v. 1, p. 536).

¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 249.

² Segundo Gomes Júnior, “(...) nada cria maior desprestígio para o Poder Judiciário, perante os jurisdicionados, que uma situação de fato idêntica, submetida a uma mesma disciplina jurídica, receber tratamentos diferenciados, ou seja, com decisões judiciais divergentes, em alguns casos opostas” (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 107-108).

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, V. 1, 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 270. O doutrinador também aponta que a litispendência evita “(...) o desperdício de energia jurisdicional que derivaria do trato da mesma causa por parte de vários juízes” (Op. cit., p. 270).

causa de pedir”. Dessa forma, segundo o referido diploma legal, a conexão entre duas ou mais ações deve ser reconhecida quando houver identidade entre o pedido (objeto) ou a causa de pedir das demandas. Não é necessário que a identidade da causa de pedir seja total. A doutrina e a jurisprudência têm considerado que, também nas hipóteses de identidade parcial da causa de pedir, é possível reconhecer a conexão. Assim, mesmo nos casos em que houver identidade apenas em relação à causa de pedir remota – fundamentação de fato –, revela-se cabível o reconhecimento da conexão.^{9, 10}

Cumpra destacar que a doutrina critica o conceito de conexão disposto no Código de Processo Civil, o qual leva em consideração a identidade entre a causa de pedir ou o pedido de duas ou mais ações. Didier Júnior anota que a principal censura que se faz é relativa à insuficiência do conceito legal. O autor sustenta que “(...) o legislador optou por um conceito bastante restrito de conexão, que, em sua literalidade, não abrange diversas situações em que ela certamente ocorre”.¹¹

Sintetizando as principais teorias sobre a matéria, a partir do estudo de Olavo de Oliveira Neto, o doutrinador supracitado elenca três correntes doutrinárias: a teoria tradicional, que leva em consideração, para o reconhecimento da conexão, a identidade entre o pedido ou a causa de pedir de duas ou mais ações, a qual foi adotada pelo Código de Processo Civil; a teoria de Carnelluti, segundo a qual a noção de conexão deve observar a identidade de questões existentes em duas ou mais ações, ou seja, “Para que demandas sejam havidas por conexas, bastará que ambas sejam sede de discussões acerca de determinadas razões de fato e de direito comuns”;¹² e a teoria materialista, que aponta no sentido de que a conexão deve ser reconhecida quando houver identidade da relação jurídica de direito material.

Didier Júnior observa que a doutrina e a jurisprudência tendem a adotar a teoria materialista. Entretanto, adverte: “É certo que a solução do problema passa pelo exame da relação jurídica discutida nos processos: se for a mesma, ainda que posta sob perspectivas diversas, há conexão. Mas também há conexão quando dois processos discutem relações jurídicas distintas, mas que estejam vinculadas (por prejudicialidade ou preliminaridade)”.¹³ Assim, conclui o doutrinador que a noção de conexão é mais ampla do que a concepção restrita albergada pelo artigo 103 do Código de Processo Civil brasileiro.

Por outro lado, a continência entre duas ou mais ações ocorre sempre que houver identidade quanto às partes e a causa de pedir, e o objeto de uma ação, por ser mais amplo, abranger o das demais (artigo 104 do Código de Processo Civil). Dessa forma, pode-se concluir que “O conceito de continência (...) está contido no conceito de conexão, pois para que haja continência é necessária a identidade de causa de pedir, e se isso ocorre já é o caso de conexão”.¹⁴

Configurada a conexão ou continência entre duas ou mais ações, o juiz pode, de ofício ou a requerimento das partes, ordenar a reunião de processos que corram separadamente, para fins de julgamento simultâneo (artigo 105 do Código de Processo Civil).

⁹ Segundo Greco Filho, a dúvida a respeito da necessidade de que a causa de pedir a próxima e a remota sejam idênticas nas duas ou mais ações, para o reconhecimento da conexão, deve ser solucionada por uma interpretação mais liberal, que “(...) leva à conclusão de que basta a identidade da causa de pedir remota, isto é, dos fatos, para justificar a conexão que possibilita a reunião de duas causas. A identidade absoluta da causa de pedir, englobando a causa de pedir próxima e a remota, levaria quase sempre a uma inaplicabilidade do dispositivo.” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 1, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 218).

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0024.07.466970-6/001. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Julgado em 13.3.2008. Disponível em <www.tjmg.jus.br>.

¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1, 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 124.

¹² DIDIER JÚNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 125.

¹³ DIDIER JÚNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 125-126.

¹⁴ DIDIER JÚNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 123.

Apesar de o dispositivo legal indicar que o magistrado *poderá* determinar a reunião dos processos, em verdade, deve fazê-lo, uma vez que o interesse público no sentido de evitar o conflito de julgados e de efetivar os princípios da celeridade e economia processuais impõe a decisão simultânea das causas.¹⁵ Cabe, assim, ao juízo prevento decidir as demandas simultaneamente.

A prevenção é definida pela regra do artigo 106 do Código de Processo Civil (prevenção do juiz que despachou em primeiro lugar), quando as ações correm perante juízos que têm a mesma competência territorial. Já quando as ações se processam perante juízos de competência territorial diferente, ela é definida pela norma do artigo 219 do referido diploma legal (prevenção do juiz que preside o processo em que ocorreu a primeira citação válida).

Como se vê, nas hipóteses de conexão e de continência, a regra é a reunião dos processos para julgamento simultâneo. Contudo, há hipóteses em que a reunião não será possível, como ocorre quando um dos feitos já foi julgado (Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça)¹⁶ ou quando os processos se encontram em instâncias diferentes.¹⁷

Incumbe salientar, ainda em relação à conexão e à continência, que, no processo civil tradicional, o seu reconhecimento somente permite a modificação da competência fixada em relação ao valor e ao território, que se tratam de competências relativas.¹⁸ Por isso, leciona Theodoro Júnior que “Esses fatores [conexão e continência] não alteram as competências absolutas, que são improrrogáveis. Pode, no entanto, ocorrer uma inversão da força atrativa em prol da competência do juízo especial”.¹⁹

No que tange à litispendência, há tratamento específico no artigo 301 do Código de Processo Civil. O referido dispositivo do diploma adjetivo prescreve que o réu, em sua contestação, deve alegar, antes do mérito, determinadas matérias, entre elas a eventual existência de litispendência. A norma aponta que “Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada” (§ 1º) e que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (§ 2º). Ademais, o dispositivo assenta que a litispendência ocorre quando se repete uma ação que já está em curso.

A leitura atenta do dispositivo legal indica que o legislador incorreu em erro de técnica. É preciso considerar que a etimologia da palavra litispendência aponta no sentido de que ela significa lide pendente ou pendência da lide. A litispendência nada mais é do que um fenômeno que ocorre quando uma causa está pendente de julgamento. Em verdade, quando o órgão jurisdicional observa a repetição de uma ação ajuizada, que ainda está em curso, aferindo a identidade entre seus elementos (partes, causa de pedir e pedido), ele somente reconhece a litispendência. Mas essa preexiste, não ocorre

¹⁵ Ensina Montenegro Filho que “a interpretação meramente literal do dispositivo reproduzido pode nos conduzir à conclusão de que a norma enceta uma faculdade, não um dever, uma obrigação. Entendemos que o dispositivo não pode ser interpretado desse modo, significando dizer que o magistrado deve determinar a reunião dos processos, em face de nos encontrarmos postados diante de matéria de ordem pública, do interesse do Estado, de aplicação apenas afastada no caso em que uma das ações já foi julgada (atraindo a Súmula 235 do STJ) ou quando uma delas foi alçada à instância superior, para conhecimento e julgamento de recurso interposto contra a sentença monocrática” (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 163).

¹⁶ O verbete apresenta o seguinte teor: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

¹⁷ Nesse ponto, o termo instâncias é utilizado para designar os diferentes patamares dos órgãos jurisdicionais segundo a competência hierárquica. Assim, pode-se falar em primeiro e segundo grau de jurisdição. Também não se pode olvidar a possibilidade de provocar o exame da matéria de direito debatida por meio de recursos extraordinários dirigidos aos Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal, ainda que tal fato não corresponda a instaurar uma terceira instância.

¹⁸ Dispõe o art. 102 do Código de Processo Civil: “A competência, em razão do valor e do território, poderá modificar-se pela conexão ou continência, observado o disposto nos artigos seguintes”.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, *Curso...*, v. 1, p. 182.



somente no momento da propositura da idêntica ação posterior.

Sob o prisma do processo civil tradicional, o órgão julgador, diante da propositura de ação idêntica a outra já em curso, deve extinguir o processo, sem resolver o mérito, nos termos do artigo 267, V, do Código de Processo Civil. Assim, conforme indicado por Didier Júnior e Zaneti Júnior, a litispendência pode ser entendida segundo dois significados: “a) pendência da causa, o percorrer criativo desta existência; b) ‘pressuposto processual’ negativo, que obsta a repropositura de demanda ainda pendente de análise”.²⁰

A existência de litispendência pode ser reconhecida de ofício ou a requerimento das partes (artigo 267, V e seu § 4º, do Código de Processo Civil). Portanto, caso o órgão jurisdicional verifique a existência de duas ações idênticas, deve ser reconhecida a litispendência, extinguindo-se o processo que não corre perante o juízo preventivo.²¹ Saliente-se que, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil, a citação válida é o ato processual que induz à litispendência. Dessa forma, a ação proposta perante juízo absolutamente incompetente não é apta a consubstanciar a pendência da lide, tendo em vista a nulidade absoluta dos atos processuais.²²

Realizada essa sucinta explanação a respeito da configuração da conexão, da continência e da litispendência, tendo em vista o processo civil tradicional, incumbe aferir as peculiaridades dos institutos no processo coletivo brasileiro.

2. Conexão, continência e litispendência entre ações coletivas

Ao realizar a análise da conexão, da continência e da litispendência entre ações coletivas, é imperioso que se observe, em relação ao elemento subjetivo das demandas, não a identidade física ou institucional das partes, mas a condição jurídica daquele que figura na ação coletiva. Essa advertência é anotada com percuciência por Leonel.²³

Referida ponderação é de extrema relevância, porque, no processo coletivo, a legitimação para a propositura das ações coletivas é concorrente e disjuntiva. Ou seja, vários entes são legalmente legitimados para a propositura das ações e podem ir a juízo independentemente do concurso de vontade dos demais.

O exame da condição jurídica do legitimado deve levar em consideração os titulares do bem jurídico tutelado em juízo, que não figuram como partes processuais, mas figuram como partes na relação jurídica de direito material. Assim, a condição jurídica de um legitimado será idêntica à de outro quando ambos atuarem em juízo na defesa do mesmo direito ou interesse coletivo, ou seja, na mesma qualidade.

No que tange à conexão entre ações coletivas, é possível o seu reconhecimento. Fato é que pode haver identidade entre a causa de pedir ou o objeto (pedido) de duas ou mais ações coletivas, revelando-se adequada a reunião dos processos para julgamento simultâneo. Imagine-se, por exemplo, que em virtude de um acidente nuclear que contaminou um rio cujas águas abastecem a população do Município X, o Ministério Público estadual tenha ajuizado ação civil pública, postulando a reparação material (indenização) em vista do

dano ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. E, simultaneamente, o Município X tenha ajuizado ação civil pública, com base nos mesmos fatos, pleiteando a condenação da empresa causadora do acidente nuclear à obrigação de recompor o meio ambiente degradado. Haveria, pois, identidade entre a causa de pedir das duas demandas, impondo-se a reunião dos processos, para julgamento simultâneo, em consequência da manifesta conexão.

Da mesma forma, é possível o reconhecimento da continência entre duas ou mais ações coletivas, bastando que os legitimados proponham demandas coletivas com base nos mesmos fatos, apresentando-se o pedido de uma das ações mais amplo do que o das outras. Nessas hipóteses, dever-se-á reconhecer a continência, remetendo os autos do processo ao juízo preventivo.

Saliente-se ainda que a conexão e a continência, no processo coletivo, modificam competência absoluta, o que não se mostra admissível no processo civil tradicional. É que a competência para julgamento das ações civis públicas é funcional do local do dano, ou seja, de natureza absoluta, a teor do artigo 2º, *caput*, da Lei n.º 7.347/85.²⁴ Destarte, na hipótese de ocorrer dano que afete diversas comarcas, o juízo de cada uma delas tem competência funcional, de natureza absoluta, para decidir a demanda. Mas, com a propositura de mais de uma ação coletiva, é possível reconhecer a conexão ou a continência, se restar configurada a identidade parcial das ações, motivo pelo qual os processos devem ser reunidos, para julgamento simultâneo. Trata-se de modificação de competência absoluta, impossível no bojo do processo civil tradicional.

O parágrafo único do supracitado art. 2º dispõe que “A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”. Portanto, indica a possibilidade de reconhecimento da conexão e da continência.

É necessário, também, fazer outra observação. O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com a redação conferida pela Lei n.º 9.494/97, prescreve que “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”.²⁵ Se essa norma for considerada válida e eficaz, parece ser o caso de rechaçar o reconhecimento da conexão e da continência quando os processos correrem perante juízos de competência territorial distinta. Do contrário, parte da coletividade seria inevitavelmente prejudicada, porque o processo seria deslocado e aqueles titulares residentes fora do âmbito territorial da autoridade prolatora da decisão não seriam beneficiados pelos efeitos da sentença de procedência.

Ressalte-se que parte da doutrina considera as restrições à coisa julgada no processo coletivo, operacionalizadas com base na competência territorial do órgão prolator da decisão, inconstitucionais ou inoperantes.²⁶ Se houver o reconhecimento da invalidade dessa norma, pela aventada afronta ao texto constitucional, ou se se considerar o dispositivo legal, no tópico que restringe os efeitos da sentença, inoperante, o reconhecimento da conexão e da

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, v. 4, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 159.

²¹ Segundo preleciona Montenegro Filho, “a consequência do acolhimento da preliminar é a extinção do processo sem resolução do mérito (o mérito não pode ser apreciado porque será enfrentado na outra ação proposta, que permanece em curso), qualificando-se como preliminar peremptória” (MONTENEGRO FILHO, Misaél. *Curso de direito processual civil*, v. 1, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 348).

²² Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “a impetração de segurança de forma equivocada perante Juízo incompetente *ratione numeris* não induz litispendência, sendo inafastável a jurisdição do Juízo competente” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 147502/E. Relator: Ministro Vicente Leal. *Diário de Justiça da União*, 20.9.1999, p. 89).

²³ LEONEL, *Manual...*, p. 251.

²⁴ Dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei n.º 7.347/85: “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Da mesma forma, deve-se entender que a competência regulada pelo Código de Defesa do Consumidor é de natureza absoluta, tendo em vista a interação entre esse diploma legal e a Lei da Ação Civil Pública. Nesse sentido: LEONEL, *Manual...*, p. 223-225; DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, v. 4, p. 173-174.

²⁵ A respeito da sistemática assentada no dispositivo legal, no sentido de que a coisa julgada *erga omnes* não se forma quando o pedido é julgado improcedente por insuficiência de provas, registra Almeida que “esse sistema já era adotado pelo art. 18 da Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), e dele se extrai que haverá coisa julgada se o pedido for julgado procedente” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 352).

²⁶ LEONEL, *Manual...*, p. 282-285; DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, v. 4, p. 143-149; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 496-499.

continência será possível, em todas as hipóteses.

Por outro lado, é pertinente reconhecer a litispendência, quando for proposta ação coletiva idêntica à outra ação coletiva em curso, mesmo que sejam ajuizadas por legitimados diferentes. É que, conforme exposto acima, deve-se observar a identidade de condição jurídica da parte autora. Destarte, pode-se reconhecer a litispendência entre demandas coletivas.²⁷

Entretanto, cumpre aferir qual é o efeito prático do reconhecimento da litispendência entre ações coletivas. O efeito deve ser igual ou diferente em relação ao aferido no processo civil tradicional?

De acordo com as normas do Código de Processo Civil, o reconhecimento da litispendência acarreta a extinção do processo, sem resolução do mérito, consoante indicado alhures. Parte da doutrina entende que essa solução não é adequada para o processo coletivo. Segundo mencionada corrente doutrinária, os colegitimados indicados pela lei, mesmo com a extinção do processo, poderiam intervir no processo remanescente como assistentes, tendo em vista a presença de interesse jurídico. Destarte, na hipótese de as ações coletivas serem propostas por legitimados diferentes, apresentar-se-ia mais correta a reunião dos processos para julgamento simultâneo, conferindo-se ao reconhecimento da litispendência entre ações coletivas o mesmo efeito prático da conexão das ações.²⁸ Entretanto, a corrente doutrinária parece considerar que, se as demandas coletivas idênticas forem ajuizadas pelo mesmo legitimado, será, realmente, hipótese de extinguir o novo processo.

Por outro lado, há entendimento no sentido de que o reconhecimento da litispendência, no bojo do processo coletivo, deve acarretar o mesmo efeito aferido no processo civil tradicional. Segundo Alvim Wambier, “as preocupações com a litispendência são (...) preventivas”, porque o seu reconhecimento visa a evitar o conflito prático de decisões.²⁹ A doutrinadora indica que, se houver identidade da causa de pedir e do pedido entre duas ou mais ações coletivas, bem como se as partes “processuais” forem as mesmas, não haverá dúvida quanto ao reconhecimento da litispendência, com a posterior extinção do processo. Contudo, perfilha entendimento diferente da doutrina majoritária, com relação às ações coletivas em que há identidade dos elementos objetivos, mas há diferença entre as partes “processuais”.

Partindo da análise da coisa julgada no processo coletivo, a doutrinadora conclui que o reconhecimento da litispendência deve acarretar a extinção do processo. Segundo seu entendimento,

²⁷ Sobre a matéria, leciona Gidi: “A litispendência entre duas ações coletivas ocorre sempre que se esteja em defesa do mesmo direito. É o que acontece quando há identidade de causa de pedir e de pedido. É preciso ressaltar que, se entre uma ação coletiva do CDC e uma ação civil pública, uma ação popular, um mandado de segurança coletivo ou qualquer outra ação coletiva ocorrer identidade de causa de pedir e de pedido, haverá litispendência entre essas duas ações. Serão a mesma e única ação coletiva, apenas propostas com base em leis processuais diferentes” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219). Por outro lado, o doutrinador adverte: “Não ocorrerá litispendência ou coisa julgada entre duas ações coletivas propostas com a mesma causa de pedir, se não visarem ambas à proteção do mesmo direito difuso, do mesmo direito coletivo ou dos mesmos direitos individuais homogêneos. Assim, uma ação coletiva em defesa de um direito difuso não obsta uma ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos correspondentes. Isso porque, em que pese haver identidade de partes e correspondência de causas de pedir, os pedidos formulados em cada ação coletiva são diferentes, e isso as torna ações coletivas diferentes” (Op. cit., p. 220).

²⁸ Perfilhando esse entendimento, Didier Júnior e Zaneti Júnior doutrinam: “quando ocorre litispendência com partes diversas, a solução não pode ser a extinção de um dos processos, mas a reunião deles para processamento simultâneo. É que de nada adiantaria extinguir um dos processos, pois a parte autora, como co-legitimada, poderia intervir no processo supérstite, na qualidade de assistente litisconsorcial. Por uma medida de economia, se isso for possível (se houver compatibilidade do procedimento e respeito às regras de competência absoluta), os feitos devem ser reunidos” (*Curso...*, V. 4, p. 163). No mesmo sentido: GOMES JÚNIOR, *Curso...*, p. 110-116.

²⁹ ALVIM WAMBIER, *Litispendência...* In LUCON, *Tutela...*, p. 263.

(...) caso o pedido seja julgado improcedente por motivo diverso do da deficiência ou insuficiência de provas (arts. 16 da LACP e 103 do CDC, respectivamente), ocorrerá o denominado ‘efeito negativo’ da coisa julgada, já que não se poderá decidir novamente sobre a mesma causa. Ora, se isso ocorre em relação à coisa julgada, o mesmo há de suceder em relação à litispendência, já que ambos os institutos assentam-se nos mesmos elementos (partes [rectius: titulares substanciais do direito], causa de pedir e objeto).

E continua, afirmando que “a existência de uma ação em que já se discutam determinados objeto e causa de pedir ‘coletivos’ impede, *ipso facto*, o ajuizamento de outra ação, em que se repitam tais elementos, ainda que as partes processuais sejam distintas”.³⁰

Cumpre considerar que, independentemente da corrente doutrinária adotada, em se reconhecendo a plena validade e eficácia do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, “a verificação da existência de litispendência enseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da coisa julgada”,³¹ consoante assentado anteriormente.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias tendem a considerar que, na hipótese da propositura de duas ações coletivas com identidade de causa de pedir e de pedido, por legitimados diferentes, é mais correta a reunião dos processos para julgamento simultâneo. Não obstante, parece-nos que, em algumas hipóteses, é mais adequado perfilhar entendimento que se aproxima da doutrina de Alvim Wambier – não no sentido de extinguir o novo processo; na realidade, amenizando o entendimento da doutrinadora, seria possível assentar a necessidade de suspender a ação coletiva idêntica que não corre perante o juízo preventivo. Conferir à litispendência, no processo coletivo, o mesmo efeito prático da conexão, em todas as situações, poderia proporcionar risco de decisões contraditórias, justamente aquilo que o instituto objetiva evitar.

O reconhecimento da conexão implica, em regra, a reunião dos processos, para julgamento simultâneo. Entretanto, consoante exposto anteriormente, há hipóteses em que não é possível a reunião dos processos (quando um dos processos já foi extinto ou os feitos se processam perante instâncias diferentes). Assim, poderia ocorrer de em uma das ações coletivas, que corre na 1ª instância, por exemplo, o pedido ser julgado procedente, mas naquela que se encontra eventualmente em grau de recurso, o tribunal proferir julgamento diametralmente oposto, com suficiente produção de provas. Assim, em situações como essa, em que há evidente risco de decisões contraditórias, revela-se mais adequado adotar um posicionamento intermediário, no sentido de determinar a suspensão da ação coletiva que não corre perante o juízo preventivo, até o deslinde da outra ação.

Pode-se sugerir que, nessas hipóteses em que seria aconselhável a suspensão da ação coletiva, fosse suspensa a ação que não se processasse perante o juízo preventivo, facultando-se ao autor desta habilitar-se como litisconsorte na ação em andamento – possibilidade que a esse seria facultada por disposição legal –, ocasião em que lhe seria permitido trasladar os documentos carreados na ação suspensa para os autos do processo em andamento. O legitimado ativo, habilitando-se como litisconsorte, receberia o processo no estado em que se encontra.

Seria possível, ainda, fixar uma regra geral para as hipóteses em que a ação coletiva que não se processa perante o juízo preventivo é suspensa e o legitimado ativo não se interessa em habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva em andamento. Se julgada procedente a ação coletiva cujo trâmite foi mantido, a ação suspensa perderia seu objeto. Se julgada improcedente a ação coletiva, com suficiente produção probatória, a ação suspensa deveria ser extinta, sem resolução do mérito, em virtude do reconhecimento da coisa julgada. E, se julgada improcedente a ação coletiva, por insuficiência

³⁰ ALVIM WAMBIER, *Litispendência...* In LUCON, *Tutela...*, p. 273-274.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 642.462/PR. Relatora: Ministra Eliana Calmon. *Diário de Justiça da União*, 18.4.2005, p. 263.



de provas, a ação suspensa poderia continuar, desde que sustentada em elementos de prova diversos dos constantes da ação extinta.

Essa solução, proposta para os casos em que não é possível a reunião dos processos, também é apta a fomentar uma maior preocupação entre os legitimados em propor ações coletivas, aumentando o seu interesse pelas ações ajuizadas pelos demais colegitimados e, conseqüentemente, proporcionando uma participação mais ativa dos entes intermediários na defesa em juízo dos interesses transindividuais.

3. Perspectivas para a solução da controvérsia a respeito da litispendência entre ações coletivas

O Projeto de Lei n.º 5.139/2009, que visa à criação de um sistema único que congregue as normas disciplinadoras da ação civil pública para a tutela de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, apresenta dispositivo ainda em estudo pelo qual, em regra, a litispendência acarretaria a reunião dos processos. Contudo, há sugestão de norma no sentido de que a reunião somente pode ocorrer até o julgamento da ação em primeiro grau. A propósito, o art. 5º do referido projeto de lei prescreve:

Art. 5º - A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.³²

Verifica-se que o entendimento intermediário assentado acima se revela adequado diante da legislação vigente e também se amolda ao projeto de lei supracitado. Demais disso, é solução que pode ser adotada nos casos em que não seja viável a reunião dos processos, evitando-se, assim, o possível conflito prático de decisões.

4. Conexão, continência e litispendência entre ações coletivas e ações populares

Incumbe salientar, também, que pode haver conexão e continência entre uma ação coletiva e uma ação popular, tendo em vista a área comum de tutela.

A ação popular é meio hábil para que o cidadão vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, da Constituição da República). Uma vez que é viável a propositura de ações coletivas para tutelar referidos direitos, pode ocorrer a semelhança parcial entre essas e uma ação popular, razão pela qual é possível o reconhecimento da existência de conexão e continência entre elas.

A título de exemplo, imagine-se que um cidadão proponha ação popular visando a anular um contrato celebrado pela administração pública com determinado particular pelo qual aquela permitia a utilização de imóvel público, de elevado valor histórico, para atividade não compatível com sua conservação. E o Ministério Público estadual, ao mesmo tempo, ajuizasse ação civil pública visando à anulação do referido contrato e à reparação dos danos causados ao imóvel, em virtude do início das atividades do particular, que já se desenvolviam em razão do contrato celebrado com o poder público local. Haveria, no caso, continência, impondo-se a reunião dos processos, para julgamento simultâneo.

Da mesma forma, seria possível reconhecer a conexão, se houvesse a identidade parcial entre as demandas, relativamente à causa de pedir ou ao objeto.

Ademais, seria igualmente possível reconhecer a litispendência entre uma ação coletiva e uma ação popular, tendo em vista a condição jurídica do legitimado ativo e a possibilidade de serem idênticos a causa de pedir e os pedidos. As mesmas considerações a respeito da divergência entre a possibilidade de reunir os processos³³ ou de extinguir o novo feito, atinentes ao reconhecimento da litispendência entre as demais ações coletivas, acima indicadas, valem também nesse contexto, motivo pelo qual se remete o leitor para as reflexões anteriormente externadas.

5. Conexão, continência e litispendência entre ações coletivas e ações individuais

Quanto à conexão, à continência e à litispendência entre ações coletivas e individuais, são necessários alguns esclarecimentos.

Primeiramente, pode-se dizer que é cabível o reconhecimento da conexão entre uma ação coletiva e uma ação individual, uma vez que podem as ações apresentar identidade de causa de pedir. Entretanto, a reunião dos processos, para julgamento simultâneo, somente deve ocorrer se os fins almejados pelo instituto puderem ser consagrados no caso concreto. Doutrina Leonel que é necessário aferir "(...) qual o proveito concreto para o equacionamento dos conflitos, a efetiva economia processual e o afastamento do conflito lógico de julgados, para resolver-se pela reunião ou pelo prosseguimento dos feitos separadamente"³⁴

Em relação à continência, parece claro que ela não pode ser reconhecida entre uma ação coletiva e uma ação individual. É que as partes serão diversas nas demandas coletiva e individual. Ademais, o fundamento da responsabilidade do réu na ação coletiva será indubitavelmente diferente daquele exposto na ação individual, sobretudo porque a causa de pedir, nas ações coletivas, apresenta-se por meio de uma fundamentação mais genérica. E os pedidos, conseqüentemente, não serão iguais. Por isso, pode-se afirmar que não é possível reconhecer a continência entre uma ação coletiva e uma individual.

Finalmente, no que tange à litispendência, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. O dispositivo se revela desnecessário, porque as ações (individual e coletiva) possuirão, indubitavelmente, autores distintos; poderá haver identidade entre a causa de pedir remota, mas não entre a causa de pedir próxima; e os pedidos serão distintos. Portanto, ausente a tríplice identidade, que poderia acarretar o reconhecimento da pendência da lide para julgamento, não há motivo para sustentar a existência de litispendência.

Saliente-se que o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou

³² Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>.

³³ Gomes Júnior defende que "(...) havendo identidade de pedido (s) e causa(s) de pedir entre Ação Popular e Ação Civil Pública, devem os processos serem reunidos para decisão conjunta, não se justificando a extinção de um deles sob o argumento de que haveria litispendência" (Curso..., p. 114).

³⁴ LEONEL, *Manual...*, p. 257.

ultra partes não beneficiarão os autores das ações individuais que não requerem a suspensão das demandas singulares no prazo de trinta dias, contados da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Assim, pela sistemática vigente, a suspensão dos processos individuais é fomentada, mas não decorre automaticamente da propositura das ações coletivas.

6. Perspectivas a respeito da abordagem legal da relação entre as ações coletivas e as ações individuais

O supramencionado Projeto de Lei n.º 5.139/2009 apresenta dispositivos em estudo que têm como objeto a disciplina da relação entre as ações coletivas e as ações individuais. Sobre a litispendência entre ações coletivas e individuais, o projeto assenta:

Art. 37 - O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.³⁵

Como se vê, o dispositivo do projeto de lei prevê que não há litispendência entre ações coletivas e individuais, mas indica que estas ficarão suspensas até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau. Uma vez que os lesados individualmente poderiam beneficiar-se da eventual procedência da ação coletiva, tal fato traria inegável avanço à legislação, ao permitir enorme economia de atividade jurisdicional. Ademais, o projeto de lei prevê a possibilidade de concessão de provimentos de urgência nas ações individuais durante o período de suspensão, o que possibilita ao órgão jurisdicional analisar a situação específica de cada demanda individual, resguardando, se for necessário, a situação jurídica dos indivíduos até que sobrevenha o provimento final na ação coletiva.

O projeto de lei também indica ser ônus do réu da ação coletiva informar ao juízo da ação individual a existência da demanda coletiva, sob pena de, não o fazendo, o autor da ação singular se beneficiar da coisa julgada coletiva. Também há previsão de prosseguimento da ação individual, se houver prejuízos decorrentes da suspensão, hipótese na qual o lesado individualmente não se beneficiaria da sentença coletiva.³⁶

Outras modificações assentadas no relevante projeto de lei visam a aperfeiçoar o sistema de tutela de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*. Contudo, os estreitos limites deste estudo não permitem que seja realizado mais do que este registro a respeito do debate e da existência do projeto de lei, porque o objetivo destas linhas é o de apenas indicar como se configuram, hodiernamente, a conexão, a continência e a litispendência no processo coletivo.

Conclusão

É possível reconhecer a conexão, a continência e a litispendência entre ações coletivas e entre uma ação coletiva e uma ação popular. O efeito prático, no caso de reconhecimento da conexão e da continência, será a reunião dos processos, para julgamento simultâneo. Nas hipóteses de litispendência, parece-nos que, em algumas hipóteses, será pertinente a reunião dos processos e, quando essa não for possível, dever-se-á suspender a ação coletiva que não corre perante o juízo preventivo.

Em relação à concomitância de ações coletivas e ações individuais, parece ser possível reconhecer a conexão, caso haja efetiva economia processual e possibilidade de se evitar o conflito lógico de julgados. A continência e a litispendência não podem ser reconhecidas entre ações coletivas e ações individuais.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- _____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, V. 4, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (Coord). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

³⁶ A previsão de prosseguimento das ações individuais, se houver prejuízos decorrentes da suspensão, evita que o dispositivo em debate no Congresso Nacional viole o direito de ação constitucionalmente assegurado. Permitir a suspensão dos processos individuais, mesmo em casos de evidentes prejuízos, equivaleria a excluir a possibilidade de submeter à apreciação do órgão jurisdicional a lesão ou ameaça a direito individual.

³⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>.



3.2.2 Ação civil pública na Justiça Militar estadual

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha

Juiz civil do Tribunal de Justiça Militar-MG

Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFMG

1. Introdução

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, promoveu importantes alterações no cotidiano da Justiça Militar estadual ao conferir-lhe jurisdição civil. A inclusão da matéria cível na competência da Justiça Militar provocou importante mudança de paradigma, desafiando os operadores do Direito a vislumbrarem os novos problemas cujo julgamento foi conferido a essa Justiça especial.

Inicialmente, cabe observar que a Justiça Militar é uma Justiça Especial porque sua competência é determinada por matéria especial. Não se trata de competência para julgar pessoas especiais, os militares, pois tal concepção tornaria a Justiça Militar uma Justiça de Exceção. A Justiça Militar, na esfera criminal ou civil, foi concebida para julgar determinadas matérias que são consideradas especiais.

Neste novo contexto, quando na Justiça Militar se examina a possibilidade de invalidação dos atos disciplinares punitivos, a jurisdição civil especial não se presta à proteção dos princípios da *hierarquia* e *disciplina*. Muito embora a própria Constituição Federal reconheça que eles são pilares fundamentais das instituições militares, cabe à autoridade administrativa, no exercício de seu poder disciplinar, conduzir a instituição militar com base na *hierarquia* e *disciplina*. No exame judicial dos atos punitivos, o sistema jurídico que orienta a jurisdição civil da Justiça Militar visa proteger os direitos fundamentais do cidadão em sua relação com o Poder Estatal. Não se pode esquecer das repercussões que as decisões judiciais da Justiça castrense produzem no seio da tropa, mas outros valores entraram em jogo e agora se torna necessário perceber como conciliá-los de maneira adequada.

Se a *hierarquia* e a *disciplina* constituem a base das instituições militares, os direitos inerentes à cidadania e o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado democrático de direito que caracteriza a República Federativa do Brasil. O uso do poder disciplinar para a manutenção da *hierarquia* e *disciplina* nas instituições militares é um poder-dever da autoridade administrativa cujos reflexos de seu exercício transcendem os limites da caserna e produzem repercussões concretas nos serviços de segurança pública que são prestados a todos os cidadãos. Portanto, a intervenção disciplinar, em especial a punitiva, somente pode ser admitida se houver o respeito às garantias fundamentais dos cidadãos.

A Constituição de 1988 concebeu para o Brasil uma sociedade igualitária em que o cidadão militar é sujeito de direitos, do mesmo modo que o cidadão civil. Não há mais lugar para o irrestrito poder de mando, a obediência irrefletida às ordens ilegais e as punições disciplinares abusivas. Os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa com os recursos que lhe são inerentes, da autoridade competente e da moralidade administrativa, entre outros, impõem limites concretos ao poder disciplinar. Essa nova concepção, certamente, proporcionará a valorização do militar e de seu trabalho. Respeitado em seus direitos de cidadão, o militar saberá honrar melhor os seus deveres para com o povo brasileiro.

Também é necessário observar que a segurança pública é um direito fundamental de segunda geração e é dever do Estado tomar todas as providências necessárias ao bom desempenho das instituições encarregadas de prestar os serviços que lhe são inerentes. O adequado desempenho das funções públicas dos militares estaduais constitui interesse público relevante. Todo e

qualquer cidadão possui o direito de ser protegido por profissionais cuja atuação seja eficiente e de qualidade. Correlato a esse direito há o dever do Estado de garantir segurança aos cidadãos. No exame judicial dos atos disciplinares não punitivos, por outro lado, caberá à Justiça Militar considerar os interesses de preservação da *hierarquia* e *disciplina* como premissas fundamentais para a efetividade dos serviços de segurança pública. Nesses casos, o sistema normativo orienta-se no sentido de preservar o direito fundamental à segurança e a ação civil pública poderá ter papel destacado.

Questões novas e complexas que envolvem a conciliação desses interesses fundamentais agora serão levadas a julgamento na Justiça Militar estadual. A experiência concreta com a jurisdição civil ainda é muito recente, tendo iniciado em janeiro de 2005. Muitas reflexões ainda serão desenvolvidas sobre a competência cível castrense. No presente estudo, pretendo examinar algumas possibilidades de manejo da ação civil pública na Justiça Militar estadual. Tais possibilidades se relacionam intimamente com as possibilidades de manejo das ações individuais e, assim, a oportunidade é propícia à reflexão sobre a jurisdição civil da Justiça Militar. Essas são apenas as primeiras ponderações e visam provocar análises mais aprofundadas, que possam contribuir para o aprimoramento da Justiça Militar e do serviço público que presta em favor da construção de uma sociedade mais justa e solidária.

2. Ação civil pública

A Constituição Federal de 1988 concebeu a ação civil pública como instrumento processual adequado à tutela dos interesses e direitos massificados, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A vantagem desse instrumento é que o legitimado à propositura da ação pode obter uma prestação jurisdicional que beneficie um grande número de pessoas, sem a necessidade de que cada um desses beneficiários proponha uma ação judicial distinta. Em outras palavras, a ação civil pública presta-se a viabilizar a celeridade da prestação jurisdicional por racionalizar a forma como uma questão de interesse massificado é levada a exame pelo Poder Judiciário.

A ação civil pública foi instituída no Brasil pela Lei Federal nº 7.347/85 que em seu artigo 1º determina que o instrumento poderá ser manejado para a defesa de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo. A noção de direitos e interesses difusos ou coletivos não é familiar aos operadores da Justiça Militar. No entanto, há definição legal para esses novos direitos na Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor e todos os ramos do Direito devem utilizar essas mesmas noções. Dispõe o parágrafo único do artigo 81 do referido estatuto que:

Art. 81. [...]

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O art. 3º da Lei nº 7.347/85 determina que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Essa disposição define o objeto da ação civil pública de maneira muito abrangente, o que viabiliza seu manejo em um número muito grande de situações. No inciso III de seu artigo 129, a carta magna confere legitimidade ao Ministério Público para manejar a ação civil pública na defesa dos interesses difusos e coletivos. O parágrafo 1º do referido artigo adverte, entretanto, que “[...] a legitimação do Ministério público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas

mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e nas leis”. Neste sentido, vale lembrar a legitimidade recentemente atribuída à Defensoria Pública pela Lei Federal nº 11.448/07, que alterou o artigo 5º da Lei nº 7.347/85. Ainda importa perceber que a ação civil pública tanto pode ser manejada para reparar um dano já concretizado a qualquer dos direitos massificados quanto, preventivamente, para impedir a ocorrência do dano iminente ou simplesmente afastar uma determinada situação de ilicitude verificada.

O novo sistema processual em vigor, em especial após a nova redação do art. 84 do CDC, que é aplicável à defesa dos direitos difusos ou coletivos por expressa disposição do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, é comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos humanos fundamentais. Hoje há consenso na doutrina no sentido de que da garantia constitucional aos direitos humanos fundamentais decorrem correlatos direitos subjetivos públicos à prestação das medidas de proteção devidas pelo Estado. No Estado democrático de direito, todos têm direito à efetividade das normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos seus direitos fundamentais. E o direito à efetividade da tutela jurisdicional engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que delas decorrem (MARINONI, 2004, p. 146). Não se pode esquecer de que a razão de ser das técnicas processuais é a efetiva realização do direito material. Por isso se justifica o *status* constitucional conferido à ação civil pública, mas a garantia da efetividade das normas protetivas dos direitos fundamentais, no caso concreto, cabe ao Poder Judiciário. Modernamente, o direito à prestação jurisdicional é entendido como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito material. Isso significa direito à efetividade das decisões judiciais. Conforme bem observa Marinoni (2004, p. 254):

Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário ‘ameaça a direito’, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito.

Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador – obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva – e sobre o juiz – obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.

Certamente, não se estará respeitando o direito à segurança pública ao se permitir que qualquer das normas protetivas instituídas em seu favor seja violada. Deixar ocorrer o dano para, posteriormente, buscar-se uma tutela de ressarcimento pelo equivalente em dinheiro é justamente o que não deve acontecer. Nesse passo, a ação civil pública que visa à remoção do ilícito presta-se a proteger o bem jurídico fundamental e restabelecer a ordem jurídica ao afirmar a validade das normas que estabelecem condutas preventivas do dano. Cabe, agora, examinar em que hipóteses a ação civil pública poderá ser admitida na Justiça Militar estadual.

2.1. Cabimento para tutela do direito à segurança pública

A segurança é um direito fundamental de segunda geração que encontra previsão expressa no *caput* dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, que garantem a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil a sua inviolabilidade. O inciso I do art. 81 do CDC permite concluir que a segurança pública é um *direito difuso*, que é deferido a todos os residentes no território nacional. Do mesmo modo, deve-se notar que é dever do poder público garantir a efetividade de tal direito.

Isso significa que a ação civil pública pode ser manejada por qualquer dos legitimados para a tutela do direito fundamental

de segurança, visando corrigir eventuais falhas constatadas nos serviços de segurança pública prestados por instituição militar. Tal possibilidade de correção, na Justiça Militar estadual, a princípio está vinculada aos fatos que digam respeito à disciplina militar. É que a competência cível da Justiça Militar estadual está prevista no § 4º do art. 125 da Constituição Federal, que dispõe:

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as *ações judiciais contra atos disciplinares* militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (grifo nosso).

Na primeira alusão que o dispositivo constitucional faz à competência civil da Justiça Militar estadual, está expressa a sua vinculação às ações judiciais propostas contra *atos disciplinares*. No ordenamento jurídico não há definição para o que seja ato disciplinar. Contudo, os atos disciplinares a que se refere a Constituição são atos administrativos que possuem natureza peculiar. Não se pode entender que qualquer ato administrativo que envolva um militar seja, por si só, de natureza disciplinar. Pode-se aferir do sistema normativo que os atos disciplinares militares são aqueles que envolvem a preservação da disciplina militar, que a Constituição Federal define como pilar das instituições militares estaduais em seu art. 42. No mesmo sentido, dispõem os artigos 2º e 14, § 2º, da Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que instituiu o Estatuto dos Militares. Conforme dispõe o parágrafo 2º do art. 14 do Estatuto dos Militares:

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Para as instituições Militares do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.310/2002 define os parâmetros que permitem entender o que seja disciplina militar em seus artigos 6º, § 2º, e 11. Tais dispositivos estão assim redigidos:

Art. 6º – A hierarquia e a disciplina constituem a base institucional das IMEs.

[...]

§ 2º – A disciplina militar é a exteriorização da ética profissional dos militares do Estado e manifesta-se pelo exato cumprimento de deveres, em todos os escalões e em todos os graus da hierarquia, quanto aos seguintes aspectos:

I – pronta obediência às ordens legais;

II – observância às prescrições regulamentares;

III – emprego de toda a capacidade em benefício do serviço;

IV – correção de atitudes;

V – colaboração espontânea com a disciplina coletiva e com a efetividade dos resultados pretendidos pelas IMEs.

[...]

Art. 11 – Transgressão disciplinar é toda ofensa concreta aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das IMEs em sua manifestação elementar e simples, objetivamente especificada neste Código, distinguindo-se da infração penal, considerada violação dos bens juridicamente tutelados pelo Código Penal Militar ou comum.

A moderna doutrina define a *disciplina* como sendo o conjunto de normas de conduta, constituído por direitos e deveres, que os militares devem observar no cumprimento do serviço e, em casos limitados, fora dele (CARO, 1990, p. 36). A manutenção da disciplina incumbe primeiramente à administração militar, sendo exatamente por isso que as instituições militares são organizadas com base na *hierarquia* e *disciplina*. O controle da disciplina está intimamente ligado ao poder hierárquico, que confere poderes de mando aos superiores em relação aos subordinados. Esclarece Santos Filho (2005, p. 48-49) que:

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico.



Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções. Disciplina funcional, assim, é a situação de respeito que os agentes da Administração devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações a eles impostos.

O poder de mando conferido aos superiores hierárquicos da estrutura militar justifica-se pela necessidade da pronta intervenção para a preservação da disciplina. Cabe primeiramente à autoridade administrativa militar manter a disciplina e evitar que seus subordinados se desviem dos objetivos institucionais das IMEs. O ato ilícito praticado por militar no exercício de suas funções não pode ser considerado um *ato disciplinar*. O desvio de finalidade do ato praticado pelo militar caracteriza um *ato de indisciplina* e não um *ato disciplinar*. O *ato disciplinar* é aquele emanado da autoridade administrativa para evitar ou responsabilizar os *atos de indisciplina*. No entanto, é necessário compreender que a postura da administração militar frente ao ato de indisciplina praticado por servidor militar constitui manifestação concreta do poder disciplinar. E tal manifestação disciplinar está sujeita ao controle judicial.

Vale observar que a previsão constitucional para o *ato disciplinar* da administração não se refere somente aos atos administrativos comissivos. Se a indisciplina do agente público pode ser caracterizada pela conduta omissiva daquele que viola o dever jurídico de fazer alguma coisa, o ato disciplinar da administração também pode se caracterizar pela omissão das providências necessárias à preservação da disciplina. A omissão da administração pública em tomar as devidas providências para impedir a continuidade do ilícito e responsabilizar o militar indisciplinado caracteriza concreta manifestação disciplinar do poder público. A postura administrativo-disciplinar omissiva da autoridade militar pode contribuir para que o serviço de segurança pública seja prestado de forma inadequada e ainda caracterizar conduta autônoma de indisciplina desta autoridade. Não se pode compreender a competência da Justiça Militar estadual com base, unicamente, na literalidade do disposto no § 4º do art. 125 da Constituição Federal. É necessário compreender o *ato disciplinar* como manifestação do poder público no exercício de seu poder disciplinar.

Se a competência cível da Justiça Militar estadual é vinculada ao exame das ações propostas contra os *atos disciplinares*, não é razoável que seja restrita ao exame da postura administrativa comissiva. Por que razão teria o constituinte conferido competência à Justiça Militar estadual para julgar os atos comissivos da autoridade administrativa militar e à Justiça Comum os atos omissivos, em matéria de disciplina? Não há explicação racional que justifique tal distinção. Certamente, a competência da Justiça Militar abrange tanto as manifestações comissivas quanto as omissivas da autoridade administrativa militar, no que diz respeito à preservação da disciplina. Da mesma forma, uma ação disciplinar comissiva que se mostre incapaz de produzir o efeito prático de impedir a continuidade do ilícito e preservar a disciplina constitui manifestação disciplinar da administração. A manifestação disciplinar ineficiente também pode ser objeto de questionamento judicial por meio de ação civil pública.

Por fim, não se pode entender que o *ato disciplinar* seja somente aquele que impõe sanção disciplinar ao militar que comete transgressão disciplinar. Ato disciplinar é gênero do qual o ato punitivo é espécie. Se o constituinte derivado pretendesse limitar a competência da Justiça Militar estadual ao julgamento de ações que visassem anular atos administrativos punitivos teria dado outra redação ao § 4º do art. 125 da Constituição Federal. Nesse sentido, cabe observar a redação proposta pela PEC nº 358/05 ao art. 124 que defere à Justiça Militar da União apenas o controle judicial sobre os atos punitivos. A redação proposta para a emenda constitucional é a seguinte: “Art. 124. A Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas”.

Portanto, todas as ações civis que visem invalidar atos da administração militar que se relacionem ao direito à segurança e expressem manifestações do poder disciplinar são da competência da Justiça Militar estadual. Essas preliminares considerações evidenciam que o primeiro desafio dos operadores da Justiça Militar estadual é consolidar a noção jurídica de *ato disciplinar militar*. Certamente, tratando-se de conceito essencialmente normativo, muitas discussões ainda serão desenvolvidas até que se tenha a noção por consolidada. Mas, já se podem delinear algumas discussões que não estão afetas à competência da Justiça Militar estadual.

2.1.1. Atos administrativos de controle da legalidade

A experiência dos primeiros processos na Justiça Militar mineira evidenciou a necessidade de fazer distinção entre os atos disciplinares militares e os atos de controle da legalidade dos atos administrativos praticados pela administração militar. Segundo a previsão constitucional, não é da competência da Justiça Militar estadual processar e julgar ações que visem discutir atos administrativos de controle da legalidade. O vício de legalidade do ato administrativo impõe a sua invalidação, seja pelo Poder Judiciário ou pela própria administração. A administração, quando perceber o vício, deve invalidar o ato administrativo de ofício. Tal medida decorre do princípio constitucional da legalidade, que impõe à administração o dever de controlar a conformidade de seus atos com a lei e caracteriza exercício de autotutela.

O controle da legalidade dos atos da administração não se confunde com o controle da disciplina dos militares, no exercício de suas funções. Nos atos de controle da legalidade não se discute a prática de qualquer transgressão disciplinar que possa provocar a reação da administração militar em medida de controle disciplinar ou qualquer outro aspecto do poder disciplinar. Portanto, não são da competência da Justiça Militar as ações que visem discutir os atos administrativos de mero controle de legalidade. O fato de que o ato revisto possa prejudicar a situação jurídica de quem esteja atualmente exercendo funções militares não confere ao ato de controle da legalidade a natureza disciplinar, ou mesmo direito adquirido ao apelado. Mesmo após a entrada em exercício nas funções militares, pode a Administração rever os seus atos em face do controle da legalidade. Nesse sentido, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “[...] a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”. Vale ainda observar que, no Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.184/2002, em seu artigo 65, estabelece prazo de cinco anos, a contar da data em que o ato administrativo irregular foi praticado, para que a administração exerça o controle da legalidade.

A doutrina e jurisprudência mais tradicional sustentaram que os atos de controle da legalidade, por não se fundamentarem em infração disciplinar, prescindem de observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (STF - RE nº 247399/SC e RE nº 213513/SP). No entanto, atualmente tem prosperado o entendimento de que quando estiverem em jogo interesses pessoais, contrários à invalidação do ato, devem ser observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesses casos, antes da invalidação do ato administrativo, é necessário conferir ao interessado a possibilidade de se manifestar em favor da manutenção do ato (SANTOS FILHO, p. 135-136). Seguindo essa orientação, o Supremo Tribunal Federal recentemente se manifestou no sentido de que “[...] a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração do processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação jurídica já alcançada.” (RE nº 158.543-9-RS). Essa, sem dúvida, é a posição mais correta.

2.1.2. Atos de ordenação de concursos públicos

No exercício do controle da legalidade ou autotutela da

administração, avultam em importância os atos administrativos relativos a concursos públicos. É comum a administração excluir militares, que estão em cursos de formação, diante da descoberta da prática de atos que revelem sua inidoneidade moral. Atos praticados pelo militar antes de seu ingresso na instituição são analisados sob a ótica da satisfação dos requisitos de concurso público e, após processo administrativo, ocorre a exclusão do militar.

Esses casos, evidentemente, não são da competência da Justiça Militar estadual. A verificação da satisfação dos requisitos previstos em edital de concurso por candidato não se insere na esfera do poder disciplinar porque não existe relação hierárquica entre candidato e agente da administração pública militar. Se a disciplina militar é a exteriorização da ética funcional dos militares, não se pode cogitar de ética funcional antes que se possa caracterizar o início do exercício das funções militares. A questão relativa ao atendimento dos requisitos para o ingresso na carreira militar não se refere à ética funcional, visto que ainda não houve o exercício de qualquer função militar. O candidato em concurso público para ingresso nas instituições militares ainda não é militar, não está inserido em nenhum escalão ou grau de hierarquia e não se sujeita às regras de disciplina militar. Portanto, qualquer discussão sobre as normas para a realização de concurso público e o seu atendimento por candidatos deve ser levada a conhecimento da Justiça comum.

2.1.3. Atos de avaliação de estágio probatório

No exercício da autotutela, também merecem destaque os atos administrativos relativos à avaliação de estágio probatório de militar. Da mesma forma que os atos de controle sobre os requisitos para o ingresso nas instituições militares, por não se relacionar com qualquer dos aspectos de exercício do poder disciplinar, as questões relativas ao estágio probatório não são da competência da Justiça Militar estadual.

O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente ressaltando a distinção existente entre os atos disciplinares militares e os atos administrativos que não afetam a disciplina das corporações militares, para definir a competência da Justiça Comum para conhecer e julgar ações relativas ao estágio probatório de militares. Nesse sentido, a decisão sobre o Conflito de Competência nº 54553 / SP, cujo Relator foi o eminente Ministro Nilson Naves:

1. O que compete à Justiça Militar estadual é processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares (EC nº 45/04).
2. Não lhe compete, em consequência, ação contra ato administrativo, na qual se alega achar-se a exoneração em estágio probatório viciada por ilegalidade e abusividade, e na qual, também em consequência, pleiteia-se reintegração.

Ordinariamente, as questões relativas ao estágio probatório de militares são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de ações individuais. No entanto, é possível que as normas administrativas relativas ao estágio probatório ou a aplicação das mesmas a um grupo de militares sejam discutidas em juízo por meio de ação civil pública. Em qualquer caso, a competência será da Justiça comum.

2.1.4. Movimentação de militares e estratégias para a melhor eficiência

A experiência da Justiça Militar mineira registra algumas ações individuais que visam ao reconhecimento do direito do militar de permanecer em determinada unidade de lotação. Não houve, até o momento, qualquer ação coletiva que tratasse do tema. O entendimento consolidado no Tribunal é no sentido de que a movimentação de militares de uma para outra unidade de lotação decorre de exercício de poder discricionário da administração. Os militares não gozam do direito à inamovibilidade e a natureza dos serviços prestados pelas instituições militares impõe a possibilidade de rápida mobilização de efetivos.

No Estado de Minas Gerais, a movimentação de efetivos opera-se em razão dos interesses do serviço. Contudo, em alguns casos, tais interesses se fundamentam em conveniência da disciplina (art. 175 da Lei Estadual nº 5.301/69). Se a movimentação ocorrer em razão de determinada estratégia de combate à criminalidade como, por exemplo, aumentar o efetivo de militares em determinada localidade em que os índices de criminalidade é maior, não se verifica qualquer aspecto do exercício do poder disciplinar e a competência para o exame das ações judiciais que visem à invalidação dos atos administrativos pertinentes é da Justiça comum. As estratégias de combate à criminalidade ou relacionadas à defesa civil podem ser questionadas em juízo, sob o prisma do princípio constitucional da eficiência, por meio de ações coletivas. Entretanto, a defesa do direito fundamental à segurança em aspectos que não se relacionem com a disciplina não pode ser exercida perante a Justiça Militar.

Se a movimentação de militares decorrer de interesses relacionados à *conveniência da disciplina*, o ato administrativo possui natureza disciplinar e compete à Justiça Militar o exame das ações judiciais que visem à invalidação dos respectivos atos. O exame sobre a validade jurídica do ato administrativo de movimentação de militar de uma unidade de lotação para outra, com base na conveniência da disciplina, ordinariamente, é levada a conhecimento do Poder Judiciário por meio de ações individuais. O argumento mais utilizado para pleitear a invalidação do referido ato de movimentação é que ele constitui verdadeira sanção disciplinar e sua aplicação exige observação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A possibilidade de movimentação de efetivos é uma característica inerente aos serviços públicos prestados pelas instituições militares. Ainda que fundamentada em conveniência da disciplina, não pode ser considerada como sanção disciplinar. Nenhum militar pode ser considerado punido pelo simples fato de ter sido removido de uma unidade de lotação para outra. Cabe lembrar que, em muitos casos, o militar também é transferido sem que haja qualquer indicação de conveniência da disciplina. Em outros, a remoção em decorrência da conveniência da disciplina se explica pela liderança e bom exemplo que o militar conserva junto à tropa. Em qualquer caso, a movimentação não caracteriza sanção disciplinar e, por isso, não há que se falar em contraditório ou ampla defesa. Seria mesmo um manifesto absurdo sustentar a necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar antes de levar a efeito qualquer movimentação de efetivos.

Em determinado caso concreto, que caracterize a existência de interesse individual homogêneo (art. 81, inciso III, do CDC), é possível que a movimentação de efetivos, com base na conveniência da disciplina, seja levada a conhecimento da Justiça Militar. A análise sobre a oportunidade e conveniência da movimentação de efetivos compete à administração militar. Contudo, o princípio constitucional da eficiência permite o controle judicial sobre as repercussões concretas de medidas administrativas dessa natureza.

2.2 Cabimento para tutela dos direitos relativos à categoria especial dos militares

O disposto no inciso II do art. 81 do CDC, por sua vez, levanta a concluir que todos os direitos que toquem especificamente à categoria especial dos militares estaduais são considerados coletivos e também podem ser tutelados por ação civil pública. Na tutela dos interesses coletivos dos militares estaduais, importa notar que a Lei nº 7.347/85 não confere legitimidade às associações de classe para a defesa dos interesses coletivos de seus associados. O art. 5º, inciso V, da referida lei deixa claro que apenas as associações que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico podem utilizar do instrumental fornecido pela ação civil pública. Para as associações a lei previu uma legitimidade ativa limitada.

A competência da Justiça Militar estadual para conhecer



e julgar ações civis públicas em defesa dos direitos coletivos dos militares estaduais, da mesma forma como acontece nas hipóteses de defesa dos direitos difusos, vincula-se às questões relativas ao exercício do poder disciplinar. Mesmo considerando de maneira ampla a noção de ato disciplinar, resta claro que estão excluídas do âmbito de competência da Justiça Militar estadual as ações relativas aos direitos previdenciários, aos valores de vencimentos, aos critérios administrativos e casos concretos de promoção, bem como relativos à transferência de militares para a inatividade.

A compreensão sobre quais direitos coletivos dos militares estaduais se relacionam com a disciplina constitui desafio relevante a ser enfrentado pelos operadores do direito à justiça castrense. Em três oportunidades nas quais foi chamado a se pronunciar, em ações individuais, o Egrégio Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais decidiu ser competente para conhecer e julgar pedido de redução de jornada de trabalho para militar que é responsável por filho portador de necessidades especiais. A ementa do acórdão proferido na Apelação Civil nº 77 registra que:

A competência da Justiça Militar Estadual, conferida pelo § 4º do art. 125 da Constituição Federal, não se restringe ao exame dos atos administrativos punitivos. Por atos administrativos disciplinares deve-se entender todos aqueles atos que de alguma forma possam interferir na ordenação disciplinar que é característica fundamental das instituições militares.

A referida decisão considerou que:

[...] não se pode imaginar que a determinação de observância da jornada de trabalho esteja fora do poder disciplinar do comandante de instituição militar. Vale observar que a injustificada falta ao serviço pelo militar é considerada transgressão disciplinar grave, conforme o disposto no art. 13, inciso XX, da Lei Estadual nº 14.310/2002, e sua conduta de chegar atrasado para qualquer ato de serviço de que deva participar é considerada transgressão disciplinar leve, nos termos do art. 15, inciso I, da referida lei. Em ambos os casos, as transgressões disciplinares autorizam a aplicação de sanções disciplinares. Portanto, não pode haver dúvidas de que o ato administrativo que dispõe sobre o horário de trabalho do servidor militar possui natureza disciplinar e a ação judicial que visa a sua anulação se insere na competência da Justiça Militar estadual, conforme o disposto no § 4º do art. 125 da Constituição Federal.

A questão da redução da jornada de trabalho, em decorrência de ser o militar responsável por filho que necessite de cuidados especiais, foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça Militar como relativa ao exercício do poder disciplinar também na Apelação Cível nº 97. As decisões já proferidas provocam a reflexão sobre a amplitude da noção jurídica de ato disciplinar e estimulam a defesa dos interesses coletivos por meio de ação civil pública. Certamente, a referida questão da redução da jornada de trabalho pode ser levada novamente a julgamento por meio de ação civil pública. Nessa hipótese, a decisão proferida na ação coletiva alcançaria todos os militares que se encontrassem na referida situação.

2.3. Improbidade administrativa

Nos últimos anos, a ordem jurídica aprimorou a tutela aos direitos massificados e regulou casos especiais de ação civil pública. Dentre eles, a Lei Federal nº 8.429/92 tratou especificamente da ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Certamente, esse é um tema que possui grande importância no cotidiano das instituições militares.

A Lei nº 8.429/92 regulamentou o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, estabelecendo mecanismo de responsabilização por atos que ofendam os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nos incisos de seu artigo 12, a Lei estabeleceu que são aplicáveis em decorrência de condenação por prática de ato de improbidade administrativa as

seguintes penas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil 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.

A possibilidade jurídica de que um militar estadual da ativa venha a praticar um ato de improbidade administrativa é evidenciada pelo próprio texto da Lei nº 8.429/92, já que no § 3º de seu art. 14 determina que a apuração preliminar do ato ímprobo praticado pelo servidor militar seja realizada de acordo com os respectivos regulamentos. Os artigos 14 a 18 da referida Lei esclarecem que a ação civil de improbidade administrativa deve ser proposta pelo Ministério Público, mas a propositura da ação depende da existência de um lastro probatório mínimo sobre a ocorrência do ato ilícito. A gravidade das consequências do reconhecimento da improbidade administrativa impõe que se tome certa cautela antes da propositura da ação, como também acontece com a ação penal pública.

Por força do disposto no art. 129, inciso III, da Constituição Federal e art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, para instruir a petição inicial da ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar o inquérito civil público. No âmbito do inquérito civil público, o Ministério Público faz uma apuração preliminar sobre a ocorrência do ato de improbidade e reúne as provas necessárias à propositura da ação. No entanto, a legitimidade para a ação civil pública por ato de improbidade não é restrita ao Ministério Público. O art. 17 da Lei nº 8.429/92 também confere à pessoa jurídica lesada pela improbidade, que é diretamente interessada no desfecho da ação, legitimidade para a sua propositura. O art. 14, § 3º, da referida Lei deixa claro que, para que a pessoa jurídica interessada possa propor a ação civil de improbidade administrativa deve proceder a uma investigação preliminar. E tal dispositivo ainda determina como se deve proceder à investigação preliminar: “[...] em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares”.

No caso de ato de improbidade praticada por servidor militar, a lei determinou que a apuração preliminar seja feita de acordo com o respectivo regulamento. A expressa previsão para se utilizar o regulamento disciplinar presta-se unicamente a indicar que a autoridade administrativa militar tem o dever de proceder à apuração do ilícito. Mas, se a investigação for conduzida por meio de inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público não há qualquer nulidade. É a própria Constituição da República que atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), e, para tanto, confere a ele o poder e o dever de instaurar o inquérito civil público. Dessa forma, a previsão da Lei nº 8.429/92 não poderia restringir as atribuições constitucionais do Ministério Público, mas apenas complementá-la.

Concluída a investigação preliminar, o poder público, seja por meio do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada, tem o dever de propor a ação de improbidade administrativa. Não é possível admitir que, uma vez constatada a ocorrência da improbidade, possa o poder público abrir mão de promover a responsabilidade do servidor ímprobo e reparar os danos materiais e extrapatrimoniais causados pelo ato de improbidade. No âmbito do ilícito civil público vigora o mesmo princípio da obrigatoriedade que se observa orientar a ação penal pública.

Cabe lembrar ainda que é atribuição constitucional do Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, bem como a defesa dos direitos fundamentais do cidadão. Certamente, se os serviços inerentes à segurança pública estão sendo prestados de maneira ineficiente, o Ministério Público tem legitimidade para propor as medidas judiciais necessárias à sua regularização. Por isso, quando o Ministério Público propõe uma ação civil de improbidade administrativa contra militar estadual ímprobo ataca essencialmente a omissão ou a ação disciplinar ineficiente da administração militar,

que não é capaz de impedir a continuidade do ilícito e responsabilizar o seu autor. Tal atuação ministerial materializa efetiva defesa ao direito fundamental do cidadão de receber do poder público os serviços inerentes à segurança pública.

2.3.1. Competência originária dos Tribunais de Justiça Militar

A competência da Justiça Militar estadual para conhecer e julgar as ações de improbidade administrativa, propostas contra militar estadual, não é estabelecida pela referência que o § 4º do art. 125 da CF/88 faz aos atos disciplinares. Certamente, a improbidade administrativa de militar caracteriza um ato indisciplinado e não um ato disciplinar. A competência da justiça castrense decorre da previsão constante do mesmo dispositivo constitucional quanto à decisão sobre a perda da graduação das praças e do posto e da patente dos oficiais e, ainda, dependerá da existência de Tribunal de Justiça Militar no Estado. Nessa circunstância, o referido dispositivo estabeleceu a competência exclusiva do Tribunal de Justiça Militar para o julgamento de toda e qualquer ação judicial (cível ou criminal) cujo objeto imediato do pedido seja a perda da função pública de militar estadual.

No Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais já tramita a primeira ação civil de improbidade administrativa proposta em face de policial militar estadual. A ação iniciou na Justiça Comum e, em decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 1.0702.05.218259-0/001, o Tribunal de Justiça declinou da competência e determinou a remessa da ação principal ao Tribunal de Justiça Militar. Na ementa da decisão ficou registrado que “[...] a competência para processar e julgar Ação Civil, por Ato de Improbidade, que visa a perda da função pública de militar é da Justiça Especializada Militar, em face das alterações trazidas no Texto Constitucional”.

Conforme o § 3º do art. 125 da Constituição Federal, nos Estados em que o efetivo policial for superior a 20 mil integrantes, é possível a criação de um Tribunal de Justiça Militar como órgão jurisdicional de segundo grau da Justiça Militar estadual. Havendo no Estado Tribunal de Justiça Militar, caberá exclusivamente a ele o processo e julgamento de todas as ações judiciais que visem à perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação das praças. Segundo o dispositivo constitucional, quando não houver no Estado um Tribunal de Justiça Militar, a competência será do Tribunal de Justiça, que é órgão de segundo grau de jurisdição da Justiça Comum.

Importa notar que a perda da função pública é uma consequência imediata da condenação por ato de improbidade administrativa, conforme o disposto nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/92. É certo que a perda da função pública não se confunde com a perda do posto e da patente dos oficiais, bem como da graduação das praças. Nesse sentido, Amaral (2006, p. 18-19), esclarece que:

[...] é necessário entendermos os significados de alguns conceitos importantes relacionados ao tema:

a) Posto:

Posto é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Ministro de Força Singular e confirmado em Carta Patente. (§ 1º, do art. 16, da Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares)

É o lugar que o oficial ocupa na hierarquia dos círculos militares (SILVA, 2000).

b) Patente:

Carta oficial de concessão de um título, posto ou privilégio: Patente militar. (MICHAELIS, 1998)

Ato de atribuição do título e do posto a oficial militar (SILVA, 2000).

c) Graduação:

Graduação é o grau hierárquico da praça, conferido pela autoridade militar competente. (§ 3º do art. 16 da Lei Federal nº 6.880/80)

Graduação é o grau hierárquico da praça, conferido pelo Comandante Geral da Polícia Militar. (§ 3º do art. 3º da Lei Complementar estadual nº 893/01 – Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo)

d) Cargo público:

É o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas, para ser provido e exercido por um titular, na forma da lei. (MEIRELLES, 1998)

Unidade específica de atribuições, localizada no interior dos órgãos. (CUNHA JUNIOR, 2003).

e) Função Pública:

É a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais (MEIRELLES, 1998) Conjunto de atribuições conferido aos órgãos, aos cargos, aos empregos ou diretamente aos agentes públicos. (CUNHA JUNIOR, 2003).

No entanto, a perda da função pública do militar da ativa por ato de improbidade apresenta peculiaridades, já que implica necessariamente a exclusão das fileiras da Instituição Militar estadual e a perda do posto ou da graduação. A exclusão do militar, decorrente do reconhecimento da prática de improbidade administrativa, impede-o de continuar vinculado aos níveis da hierarquia militar. Não é razoável conceber que o autor da improbidade seja excluído da IME e continue a ostentar o posto ou a graduação que anteriormente o vinculava aos níveis hierárquicos. Portanto, o pedido de perda da função do militar da ativa acarretará sempre a perda do posto e da patente ou da graduação.

É necessário perceber que a previsão constitucional de competência do Tribunal de Justiça Militar para decretar a perda do posto do oficial ou da graduação da praça constitui garantia fundamental deferida aos militares estaduais. Desta forma, constitui manifesta violação à garantia permitir que outro órgão jurisdicional decida sobre a mesma matéria. Para fins de determinação de competência para as ações de improbidade administrativa, é absolutamente irrelevante considerar a distinção existente entre função pública, posto e graduação. Permitir que a Justiça comum decreta a perda da função pública de militar estadual, com base na referida distinção, significa disfarçar a violação da garantia constitucional. Decretar a perda da função pública do militar da ativa é produzir os mesmos efeitos que decretar a perda de seu posto ou de sua graduação.

Se a pena de perda da função pública é a consequência direta da condenação por ato de improbidade e os militares estaduais possuem a garantia constitucional de julgamento pelo Tribunal de Justiça Militar, é necessário concluir que a competência para conhecer e julgar as ações de improbidade é originária do Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que for instituído. Não seria possível conceber que, para as ações de improbidade administrativa, a Justiça comum fosse competente para decidir sobre a condenação e, em seguida, remetesse os autos ao Tribunal de Justiça Militar para a aplicação da pena. Tal solução implicaria o fracionamento do julgamento, o que fere a lógica racional do sistema normativo processual. Se o Tribunal de Justiça Militar é o único competente para aplicar a pena, também o é para processar e julgar a ação que tem como consequência a aplicação da pena de perda da função pública e a desvinculação do condenado dos níveis hierárquicos da instituição militar. O Tribunal de Justiça Militar possui competência exclusiva para julgar a ação civil pública de improbidade administrativa contra militar estadual porque, por previsão constitucional expressa, é o único competente para decretar a perda do posto e da graduação, que são atributos essencialmente vinculados às funções públicas exercidas pelos militares estaduais.

Note-se que não é adequado estabelecer comparação entre a ação civil de improbidade administrativa e a ação penal relativa ao crime de tortura. No caso da tortura, a perda da função pública é um efeito da condenação e não uma pena. A Justiça comum julga a acusação de prática de tortura e aplica a pena correspondente



(privativa de liberdade). O efeito da condenação (perda da função pública), no entanto, somente ocorrerá após decisão do Tribunal de Justiça Militar. No caso da condenação por crime de tortura, o julgamento para a perda do posto e da patente previsto no art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal, aplicável aos militares estaduais por expressa disposição dos artigos 42 e 125, também da carta Magna, pressupõe anterior condenação na Justiça comum. Não há, neste caso, fracionamento da decisão judicial. A Justiça comum é competente para aplicar a pena privativa de liberdade e a Justiça Militar é competente para aplicar o efeito da condenação. Na ação de improbidade administrativa, a perda da função pública é a consequência direta da condenação.

Importa considerar que a operação do sistema normativo não se fundamenta na teoria aristotélica da verdade, que busca encontrar correspondência entre determinada assertiva e a realidade material. A correção da operação do sistema normativo é obtida por meio de construção discursiva racional. O discurso jurídico é essencialmente prático porque está orientado por enunciados normativos e, para satisfazer a pretensão de correção, deve ser fundamentado racionalmente. A decisão judicial, no Estado democrático de direito, só pode ser considerada legítima se encontrar amparo na racionalidade de sua argumentação discursiva.

Nas ciências naturais, a racionalidade se expressa pela verdade de suas proposições. Mas, nas ciências valorativas, como é o caso do Direito, a racionalidade apenas pode conduzir à idéia de

correção de suas assertivas. E a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica, do prestigiado jurista Alexy (2005, p. 212), já nos alertou para o fato de que a correção das decisões judiciais está intimamente ligada à racionalidade que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente. Portanto, nos casos de exclusão do militar em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa, a lógica racional indica a correção de reconhecer competência originária do Tribunal de Justiça Militar para conhecer e julgar as ações de improbidade administrativa propostas contra militares estaduais. A Justiça comum, por meio do Tribunal de Justiça, somente seria competente quando não houvesse o Estado da Federação instituído o Tribunal de Justiça Militar.

3. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.
- AMARAL, Fábio Sérgio do. A perda do posto e da patente do oficial PM inativo e a cessação do pagamento de proventos de inatividade. *Revista de Estudos e Informações*, n. 18, 2006.
- CARO, José Rojas. *Derecho disciplinario militar*. Madrid: Tecnos, 1990.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SANTOS FILHO, José Carvalho dos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.3.1 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 319 p.

Segundo afirma o autor, trata-se de “(...) uma leitura para rever os conceitos de ‘novos’ direitos e verificar como estão operando os instrumentos processuais, judiciais, destinados a efetivá-los. Essas duas noções estão ligadas pela noção de cidadania e, mais restritamente, aos direitos dela decorrentes.” (p. 21).

Paulo de Tarso sugere que “(...) os conceitos que informam Estado, Direito e Processo Civil não servem para dar efetividade aos direitos típicos da cidadania, para os quais os instrumentos tutelares são as Ações Constitucionais” (p. 25).

Nesse sentido:

Assim, os instrumentos consagrados na Constituição para a defesa destes ‘outros’ direitos necessitam urgentemente de uma teoria geral própria. É preciso, por exemplo, determinar qual a natureza do direito de ação e, por consequência, a natureza da legitimidade, da titularidade do objeto, da forma e das consequências do pedido, dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

Entender que as Ações Constitucionais pertencem ao âmbito da Teoria Política e não ao Processo Civil, além de induzir uma revisão conceitual, o que lhes dá maior amplitude e efetividade, implica uma melhor compreensão sobre questões relativas ao próprio rito processual e, o que dá ao processo um maior dinamismo e o que é mais importante, induz o cumprimento efetivo de sua finalidade, ou seja, a garantia ampla dos direitos decorrentes da cidadania (p. 23).

O livro é um estudo amplo e bem articulado sobre o tratamento jurídico nacional e internacional conferido aos animais.

Aborda, com bastante propriedade, o papel desempenhado pelo poder público e pela sociedade civil na defesa dos animais, com enfoque sobre o tratamento legislativo presente em tratados internacionais, na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional geral e específica, sem deixar de tratar de nenhum aspecto da matéria ligado às searas penal, administrativa e cível.

Traz, ainda, capítulos próprios sobre caça, pesca, experiências com animais vivos e tratamento legal dos jardins zoológicos.

Enfim, uma obra realmente importante para os operadores do Direito que se dedicam à preservação e defesa dos animais.

B) Artigos

3.2.3.2 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *O papel dos mercados na proteção ambiental*. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Cuiabá. Entrelinhas, n. 5, ano 3, p.119-128, jul./dez. 2008.

O presente trabalho, nas palavras da ilustre professora, “(...) discutiu como as políticas ambientais podem criar mecanismos de mercado para incrementar a proteção ambiental num sentido eficiente. Para tanto, analisou-se a insuficiência dos mercados para, na ausência de políticas que o direcionem, promover a proteção ambiental, discutindo-se os conceitos de externalidades e bens públicos enquanto falhas de mercado” (p. 128).

Assim, temos um texto bem articulado que aborda como o Estado pode regular o mercado de modo a obter a consecução dos

objetivos da proteção ambiental, por intermédio de variados mecanismos (taxação de atividades poluidoras, restrição ao direito de propriedade, transações de permissões de emissões ou de certificados de redução de emissão de carbono, etc.).

Ao final, a autora chega a elucidar:

Evidentemente, a possibilidade de contribuição desses mercados para a preservação ambiental não é apenas controversa, mas também requer um forte papel dos Estados no seu desenho e fiscalização, assim como um comprometimento para assegurar que os mercados irão permitir alguns resultados equitativos, já que a questão de proteção florestal envolve grupos vulneráveis, vivendo em áreas florestais, assim como pequenos proprietários. (p. 128).

3.2.4 Jurisprudência da área

3.2.4.1 TJMG, 4ª Câmara Cível. Tombamento. Defesa do Patrimônio Cultural. Atuação do Município

EMENTA: TOMBAMENTO DE IMÓVEL - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 24, VII; 30, II e 216, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - Lei nº 7.282/88 de Juiz de Fora. Constitucionalidade. Ao Município, segundo entendimento majoritário deste Tribunal, falece competência para legislar sobre tombamento, mas não para procedê-lo, dentro dos limites de seu território, na proteção de seu patrimônio cultural. Neste caso, não padece de inconstitucionalidade a lei municipal que prevê, tão-só, o órgão competente e o procedimento a ser seguido, pois, tratando-se de matéria administrativa, as pessoas que detém a respectiva capacidade podem prover no pertinente. Sentença reformada no duplo grau de jurisdição. (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0000.00.256230-4/000, Rel. Des. Bady Curi, j. 07.12.2002, DJ 26.02.2003).

3.2.4.2 TRF5, 3ª Turma. Ação Popular. Perícia. Adiantamento dos honorários periciais. Impossibilidade

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. PROVA PERICIAL. HONORÁRIOS DO PERITO. ADIANTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Perícia requerida, em Ação Popular, pelo Autor/cidadão. Pedido ao depois ratificado pelo Ministério Público Federal. 2. Hipótese em que não se faz necessária a antecipação dos honorários periciais, em face da isenção a que alude o artigo 5º, LXXIII, da vigente Constituição da República. Agravo de Instrumento provido. (TRF5, 3ª Turma, AG 200505000246165, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, j. 19.02.2009, DJ 23.03.2009).

3.2.4.3 TJMG, 8ª Câmara Cível. Ação Popular. Perícia. Adiantamento dos honorários periciais. Possibilidade

EMENTA: AÇÃO POPULAR - HONORÁRIOS PERICIAIS - PAGAMENTO DEVIDO. A isenção constitucional e legal é do pagamento das custas judiciais pelo autor da ação popular e não das despesas, na quais estão incluídos os honorários do perito, pelo que o pagamento é devido pela parte que requereu a produção da prova, no caso, o requerente. (TJMG, 8ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0153.05.040595-7/001, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 20.09.2007, DJ 19.12.2007).

3.2.4.4 TJMG, 2ª Câmara Cível. Defesa do meio ambiente. Dano moral Coletivo

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RECOMPOSIÇÃO DE ÁREA DESMATADA - DANOS MORAIS AMBIENTAIS - APELAÇÃO.- O dano extrapatrimonial não surge apenas em consequência da dor, em seu sentido moral de mágoa, mas também do desrespeito a valores que afetam negativamente a coletividade. A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual e a um bem ambiental indivisível, de interesse comum, solidário, e relativo a um direito fundamental da coletividade.- Configurado o dano extrapatrimonial (moral), eis que houve um dano propriamente dito, configurado no prejuízo material trazido pela degradação ambiental, e houve nexos causal entre o ato do autuado e este dano. (TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0132.05.002117-0/001, Rel. Des. Carreira Machado, j. 16.09.2008, DJ 22.10.2008).



3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Interpretação da legitimação segundo o Estado Democrático de Direito

Juliana Maria Matos Ferreira
Advogada

Wellington Pereira
Mestrando em Processo Coletivo – PUCMinas

Introdução

A Constituição Federal de 1988 instituiu um novo modelo, o do Estado Democrático de Direito, proporcionando o redirecionamento dos estudos de processo, sob o prisma da nova ótica implantada, deixando de lado conceitos privatísticos e autoritários.

A necessidade de interpretação da legislação infraconstitucional segundo critérios jurídico-dialógicos de garantias fundamentais impostergáveis¹ mostra-se fundamental, segundo o paradigma vigente.

O estudo da legitimação, como direito de ação, ao lado da jurisdição e do processo, elementos fundamentais na estrutura científica do Direito Processual Civil, deve-se pautar por reflexões epistemológicas que tenham como paradigma o Estado Democrático de Direito.

O enfoque do presente trabalho será o estudo da legitimação, visando, principalmente, afastar o limitador conceito de “condições da ação”, pois, conforme dispõe Aroldo Plínio Gonçalves², as teorias sobre o direito de ação fizeram dela o centro de interesse do Direito Processual Civil.

O direito de ação, tendo em vista a infinidade de teorias formuladas e os sistemas jurídicos divergentes, na busca de respostas adequadas ao pensamento de cada época, vem sendo conceituado de maneiras distintas por processualistas como Bulow, Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari, entre outros.

O Código de Processo Civil Brasileiro, cujo anteprojeto é de autoria de Alfredo Buzaid, adota a teoria liebmaniana, que categoriza as chamadas “condições da ação” em seu artigo 3º quando trata da ação, referindo-se ao interesse processual e à legitimidade, nos termos do art. 100 do Código Italiano, e no artigo 267, IV, ao descrever os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, quando faz referência à possibilidade jurídica do pedido.

Embora Liebman tenha abandonado o entendimento acerca da possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, assim não o fez o Código de Processo Civil Brasileiro.

Procurar-se-á desenvolver no presente trabalho, de

maneira breve, as discussões em torno da legitimação sob o prisma do modelo constitucional de processo, sem, contudo, procurar esgotar o tão questionado assunto.

A pretensão principal é demonstrar a impropriedade do conceito dado às “condições da ação” sob o prisma do modelo constitucional de processo, visando trazer à tona questionamentos sobre a análise das condições da ação e do mérito, que é constituída pelo direito material articulado em juízo, ou seja, a *res in judicio deducta*.

Caberá ao presente estudo apontar, entre outras questões, o equívoco que se comete ao interpretar as normas de acordo com sua origem, ignorando o pensamento de que teorias não se constroem no vazio, buscam sempre respostas pertinentes aos questionamentos de cada época. A conceituação e a interpretação dos institutos jurídicos não devem confrontar-se com todo um sistema, o que proporciona problemas de coerência e de aplicabilidade.

1. Legitimação

A regulamentação da vida em sociedade é um dos objetivos do direito, não existindo direitos sem que haja a quem destiná-los. O direito sempre se encontra relacionado a uma situação fática e aos indivíduos correspondentes, daí a noção de direito subjetivo³ como direito assegurado ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, o que conduz à afirmação de titularidade de direitos.

Os indivíduos envolvidos em uma determinada situação fática são aqueles aos que se permitem a atuação e a defesa em juízo de seus interesses na seara processual.

Nesse contexto, encontra-se o instituto da legitimidade processual, que vem sendo estudado como *uma qualidade jurídica que unge aquele que está na esfera subjetiva retratada na inicial com uma respectiva situação fática, independentemente de sua real existência*⁴.

Define Armelin a legitimidade como *qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado*. Prossegue ainda o autor:

O fenômeno jurídico da legitimidade no plano processual tem a peculiaridade de depender, no pólo ativo da relação jurídico-processual, da harmonia interna entre as esferas subjetiva e objetiva da situação jurídica retratada na inicial, em conexão com o direito de ação, ainda que tal situação, a final, venha ser declarada juridicamente inexistente⁵.

Para Carnelutti, a legitimidade é definida como: “(...) uma situação jurídica, decorrente de uma qualificação simultânea das relações jurídicas, não obstante também considere a legitimidade uma qualidade jurídica pertinente à pessoa”⁶.

¹ Expressões utilizadas pelo professor Rosemiro Pereira Leal quando da apresentação das obras de Estudos Continuados de Teoria do Processo, por ele coordenadas.

² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 136.

³ Não se pretende no presente trabalho efetuar questionamentos quanto à origem do direito subjetivo e a distinção entre direito objetivo e subjetivo.

⁴ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁵ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁶ CARNELUTTI, Francesco.

Verifica-se que o estudo da legitimidade funda-se tanto na vinculação sujeito-objeto como na qualidade jurídica pertinente à pessoa, sendo esta última, segundo Armelin, mais correta por remarcar a pertinência entre a situação legitimante e o sujeito do ato, centro e destinatário do sistema.

Embora o estudo da legitimidade tenha importância tanto para o Direito Civil quanto para o Direito Processual, coube aos processualistas o aprimoramento da legitimação, principalmente para explicação da representação e substituição, formas de atuação para defesa de interesses alheios.

Fazzalari⁷, ao elaborar os estudos que distinguiram o processo do procedimento, propõe uma nova formulação para o direito de ação, contrariamente ao defendido por Chiovenda, mudando o enfoque da ação, antes relacionada ao pedido e à demanda, para um relacionado com o provimento. Para tanto, utiliza-se do conceito geral de direito de legitimação, em seu duplo aspecto – situação legitimante e situação legitimada – e do conceito processual de legitimação para agir.

Elio Fazzalari,⁸ ao definir a legitimação para agir, utiliza o conceito com semelhança à capacidade para agir, como se verifica ao exigir que o menor e os incapazes deverão estar em juízo mediante representação assim como a capacidade para agir do juiz é auferida mediante a investidura, assim também para os demais auxiliares do juízo.

Dessa feita, aduz que juízes, auxiliares e partes devem possuir a legitimação para atuação em determinado processo como titulares de faculdades, poderes e deveres que serão exercidos ao longo da marcha procedimental. Nesse sentido, define a legitimação para agir:

A legitimação para participar de um processo é designada por legitimação para agir e, apesar do termo ser empregado geralmente em referência a legitimação das partes, não vislumbramos nenhuma dificuldade de usá-lo também a propósito da legitimação dos órgãos jurisdicionais, a partir do momento em que eles agem ao longo do processo⁹.

Distingue o autor a legitimação para agir da legitimação para o processo, definindo esta última como aquela percebida pela possibilidade de se definir em um dado processo a série de atos cabível a cada um dos sujeitos participantes: juiz, auxiliares e partes.

A legitimação para agir, segundo o entendimento de Fazzalari, deve ser entendida sob dois ângulos: o da situação legitimante e o da situação legitimada, sendo a primeira a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que concretamente pode cumprir determinado ato; e a segunda como conjunto de poderes, faculdades e deveres cabíveis a um sujeito identificado no *iter* procedimental.

Nesse contexto, Aroldo Plínio Gonçalves, em seu posicionamento: “(...) enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos

sujeitos do processo”¹⁰

Em Fazzalari, a ação não pode ser vista separadamente do processo, pois é nele que ela se realiza, como desdobramento da legitimação para agir dos sujeitos do processo.

A legitimação para agir, que é de todos, especifica-se em ação e função dada a posição jurídica dos sujeitos do processo. Enquanto a “função” é dada pela série de atos que correspondem à posição jurídica legitimada do sujeito investido da função jurisdicional – o juiz –, a ação se forma pelo complexo que resulta da atuação conjunta e interdependente dos sujeitos do *iter* do processo e por isso não pode ser dele isolada.

O autor assevera ainda que a legitimação para agir no processo jurisdicional civil deverá ser determinada em função provimento final, pela possibilidade de verificar, ao final do procedimento, quais os sujeitos sofrerão os efeitos do provimento.

Observa-se que, ao definir o provimento como um pronunciamento favorável a respeito do mérito da demanda, Fazzalari ressalta que não há que se questionar quem é a parte ativa ou a passiva em um processo, pois, ambas as partes suportarão os efeitos da sentença de mérito, o que ele denomina como legitimados passivos em relação ao provimento requerido. De forma a complementar, o autor aduz que ambos serão atuantes, legitimados ativos para o desenvolvimento do procedimento até se chegar à fase final: a sentença. Em virtude dessa participação constante dos envolvidos, afirma que o procedimento é o processo.

Como a legitimação é aduzida segundo ambas as situações, legitimantes (situação fática) e legitimadas (faculdades, poderes e deveres procedimentais), observa-se que somente no curso do processo – e em contraditório – poderá realizar-se o controle da legitimação para agir, e não no seu início.

Dessa feita, observa-se que os meios utilizados para legitimação dos sujeitos são: os efeitos da medida jurisdicional e a *res in judicio deducta*.

2. Classificação da legitimação

Fundando-se na idoneidade dos sujeitos para a prática de determinados atos e para suportar os efeitos decorrentes de determinada situação jurídica, a legitimidade, segundo Armelin,¹¹ pode ser classificada em singular ou coletiva, transferível ou intransferível, específica ou genérica, unilateral ou bilateral, direta ou indireta e exclusiva e complexa.

Para a prática de determinado ato, o ordenamento jurídico pode conferir legitimidade com certas ressalvas a determinados indivíduos ou ampliar de maneira exacerbada essa qualidade, o que permite a diferenciação entre a legitimidade singular e coletiva.

Quanto à possibilidade de ser ou não adquirida derivadamente, a legitimidade pode ser transferível ou intransferível, sendo esta última qualificada diante da impossibilidade de substituição de seus titulares, seja como

⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

¹¹ ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.



partes ativas, seja como partes passivas. Quando se permite a mobilidade das partes, *a contrario sensu*, define-se como transferível a legitimidade.

Quanto aos atos legitimáveis pela situação jurídica do agente, a legitimidade pode ser classificada como específica ou genérica. À parte que se encontra em determinada posição jurídica pode ser propiciada legitimidade suficiente para a prática de um único ato, a legitimidade específica, ou para inúmeros atos, a legitimidade genérica. Tal classificação pode ser exemplificada pelos poderes que são conferidos aos Procuradores, que podem ser específicos para atos específicos ou não.

Quanto à classificação como bilateral ou unilateral, a legitimidade será diferenciada quanto à especificação das partes. A legitimidade bilateral será aquela em que se torna necessário que ambas as partes estejam igualmente legitimadas, ao passo que a legitimidade unilateral será aquela em que seja necessária a especificação de apenas uma das partes.

Segundo o âmbito da repercussão do ato praticado pelo agente legitimado, a legitimação poderá ser classificada em direta e indireta. Se os efeitos do ato praticado pelo legitimado repercutirem no seu patrimônio, será direta a legitimidade; caso contrário, será indireta.

Quanto à exclusividade ou não para a prática de determinado ato, independentemente ou não da presença de outro agente, a legitimidade será exclusiva ou complexa, sendo a primeira decorrente de uma autorização do sistema para a prática de determinados atos, independentemente da participação de qualquer outro agente e, a segunda, sempre dependente da participação de algum co-legitimado.

3. A legitimidade como condição da ação no processo civil brasileiro

A legitimidade para agir se insere entre as condições da ação, não se confundido, segundo parte da doutrina, com o mérito.

Verifica-se que o questionamento quanto à legitimidade perpassa pela sua declaração ou pela simples afirmação da parte autora, antes mesmo do encerramento de todas as fases procedimentais, podendo o direito ser reconhecido como extinto ou até mesmo inexistente.

O direito de ação, tendo em vista a infinidade de teorias formuladas e os sistemas jurídicos divergentes, na busca de respostas adequadas ao pensamento de cada época, vem sendo conceituado de maneiras distintas por processualistas como Bulow, Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari, entre outros.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 adota a teoria de Liebman no que tange ao instituto da ação, tendo em vista a passagem do aludido processualista na década de quarenta pelo Brasil, quando inaugurou a Escola Processual de São Paulo, deixando como discípulos: Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, José Frederico Marques e Cândido Rangel Dinamarco, entre outros.

Liebman, nascido em Leopoli, Itália, em 1903, e aluno de Chiovenda na Faculdade de Direito da Universidade de Roma no período compreendido entre 1920 e 1924, entendia que os estudos anteriormente realizados a respeito do direito

de ação encontravam-se falhos porque se focalizavam ora sob o ponto de vista do autor – Teoria do Direito Concreto¹² –, ora sob o ponto de vista do juiz – Teoria do Direito Abstrato¹³.

Segundo Liebman,¹⁴ o direito de ação trata-se de direito a um provimento de mérito, afastando-se da Teoria Concretista, preconizada por Wach em 1885, que focaliza o estudo do instituto da ação sob o ponto de vista do autor, pois define o direito de ação como instituto que, embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele há de decorrer, competindo ao titular de um interesse real e não imaginário.

Liebman define o instituto da ação sob o prisma do processo civil ao caracterizá-lo como ramo autônomo, diferenciando a ação processual daquela abstrata e incondicionada prevista na Constituição. A ação, conforme dita o processualista:

(...) é o direito de provocar o julgamento do pedido, sendo autônoma, independentemente de ser julgado procedente ou improcedente o pedido. Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los, conforme sejam procedentes ou improcedentes¹⁵.

Importante ressaltar que Liebman, ao desenvolver sua teoria, faz a distinção entre ação como poder de agir em juízo¹⁶, assim entendido como garantia constitucional por meio da qual se assegura a possibilidade de levar qualquer pretensão ao Estado, e ação como direito de agir em juízo, realmente ligado às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de agir), que vinculam o exercício válido da ação à pretensão de direito material deduzido em juízo.

A construção desenvolvida pelo processualista tinha como objetivo se colocar em posição intermediária entre a Teoria Concreta e a Teoria Abstrata, incluindo dessa

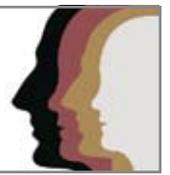
¹² Adolph Wach, em 1885, desenvolve estudo científico demonstrando que a ação seria um direito autônomo, não se vinculando ao direito subjetivo material ameaçado ou violado, separando, portanto, o direito de ação do direito material. Entretanto, defende Wach que a existência da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através de proteção concreta, só existindo o direito de ação quando presente uma sentença favorável, o que demonstra a natureza concretista de seus estudos.

¹³ A Teoria da Ação como direito Concreto foi desenvolvida por Degenkolb, em 1877, na Alemanha, e por Plosz na Hungria. Segundo esta teoria, a diferenciação entre direito de ação e direito material invocado não era suficiente, visto que o direito de ação deveria ser entendido como direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado, independentemente da existência ou inexistência do direito material, existindo a ação mesmo quando a sentença não concedesse ou negasse a existência do direito.

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

¹⁶ Aroldo Plínio, em sua obra Técnica Processual e Teoria do Processo, adverte que, embora não seja o objetivo fundamental de sua obra acompanhar a evolução constitucional do direito de ação, não se pode deixar de colocar em evidência a premissa da qual parte Liebman, quando separa “o poder de agir em juízo” e o “direito de ação” no plano constitucional e no direito infraconstitucional nele alicerçado.



forma determinados “requisitos”, que, caso não atendidos, inviabilizariam a análise do mérito. Eis a Teoria Eclética.

Assim, Rosemiro Pereira Leal, quanto à relação que Liebman estabelece entre o direito de ação e o resultado final do processo: “(...) que a vinculou a uma pretensão de direito material, retornando ao imanentismo da corrente de Savigny, deixando mesmo de reconhecer no direito-de-ação qualquer implicação constitucional de direito incondicionado de movimentar a jurisdição”.¹⁷

Liebman, ao realizar a distinção entre “o poder de agir em juízo” como garantia constitucional e o “direito de ação”, o faz com fundamento no artigo 24 da Constituição Italiana e na legislação infraconstitucional.

A teoria de Liebman, que institui as condições da ação como pressupostos de admissibilidade do exame do mérito, funda-se em um conceito de jurisdição equivocado e por nosso legislador não seguido.

Por exercício do poder jurisdicional, entende Liebman, a decisão sobre o mérito da causa, derivando daí que não há ação nem exercício da função jurisdicional onde não estejam presentes as “condições da ação”.

Segundo esse entendimento, inexistentes os requisitos elementares para análise do pedido como possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir, inexistentes, da mesma forma, a prestação jurisdicional e a ação.

O Código de Processo Civil Brasileiro adota a teoria liebmaniana, que categoriza as chamadas “condições da ação” em seu artigo 3º, quando trata da ação, referindo-se ao interesse processual e à legitimidade, nos termos do art. 100 do Código Italiano, e no artigo 267, IV, ao descrever os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, quando faz referência à possibilidade jurídica do pedido.

Sob o prisma do artigo 267 do Código de Processo Civil, as condições da ação, segundo alguns doutrinadores, poderiam ser vistas como prejudiciais ao mérito, pois, se ausentes, inviabilizariam a análise do mérito. Humberto Theodoro Júnior, a respeito do direito de ação, afirma: “(...) a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam ‘condições da ação’, cuja ausência de qualquer um deles, leva à ‘carência de ação’, e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial”.¹⁸ As condições da ação, nos termos dos seguidores de Liebman, são: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade.

A possibilidade jurídica do pedido, conforme Moacyr Amaral Santos,¹⁹ consistiria na previsibilidade, pelo direito objetivo, da pretensão exarada pelo autor, ou seja, é a correspondência entre pedido e lei.

Para Ada Pellegrini Grinover,²⁰ pela possibilidade

jurídica do pedido indica-se a exigência de que deve existir abstratamente, no ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação.

Segundo Arruda Alvim,²¹ esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer da viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.

O interesse de agir consiste na necessidade de tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado. Para Liebman, o interesse de agir não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial.

E, por fim, a legitimidade, entendida como pertinência subjetiva da ação, existindo correspondência entre a posição do autor e do réu é a titularidade ativa e passiva da ação, segundo Liebman.

Entende Arruda Alvim que estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele apenas a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

Cândido Dinamarco²², discípulo de Liebman, informa que, a partir da 3ª edição do seu *Manuale*, Liebman retira a possibilidade jurídica do rol das condições da ação.

A possibilidade jurídica passa a ser vista como a análise do *merito causae* da demanda, pois não há como se posicionar quanto ao referido instituto, acima definido, sem a análise do pedido, tornando-se impossível a verificação da correspondência entre pedido e lei sem análise do mérito.

Ao se posicionar quanto à possibilidade jurídica do pedido, o julgador estaria aplicando a norma de direito material, pois é lá que ele verifica sua impossibilidade. Ao declarar a impossibilidade, estar-se-á denegando o pedido, assim como restará denegada a pretensão.

Não obstante tenha o próprio criador revisto a sua teoria, o nosso Código a adota sem, contudo, aprimorá-la para atender ao que hoje se espera do processo (e dele se entende).

4. Interpretação da legitimação segundo o Estado Democrático de Direito

Pela vedação da autotutela pelo Estado, assim como pelo monopólio da jurisdição, ficou encarregado o Estado da tutela jurídica dos interesses privados, obrigando-se a prestá-la de maneira incondicional, conforme se verifica na Constituição de 1988.

O Código de Processo Civil entrou em vigor sob a égide da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que dispunha em seu artigo 153 que a lei não poderá

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 1 v.

¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.



excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O Código de 1939 e o de 1973 ditam as regras basilares do direito subjetivo, sendo base para toda a praxe forense.

A evolução da teoria da ação representa a própria evolução do Direito Processual como ciência, uma vez que é a partir dela que ele ganha *status* de ciência autônoma, deixando de ser meramente instrumento do direito material, para tornar-se, devido a essa autonomia, foco de estudos centrados e evoluções constantes ao longo dos tempos. Os estudos acerca das teorias da ação e sua evolução constituíram um concomitante estudo pela evolução do processo como ciência autônoma, ajudando a compreender tudo o que dela deriva, pois não há como se falar de processo sem se referir respectivamente ao termo ação.

A ação que fora outrora *actio* para os romanos e que hoje se confunde com o direito de petição, incondicionado, transformou-se ao longo dos tempos, passando a ser confundida como direito ao processo justo, em que o postulante possui todas as garantias no exercício da jurisdição. Pensa-se também nessa ação como sendo sinônimo de demanda, consistida numa série de elementos que devem ser propostos pelo autor e que delinham a atuação do Estado em cada caso.

As teorias a respeito do direito de ação, que tiveram como base o conceito de relação jurídica, não poderiam deixar de classificá-lo como direito subjetivo. E, sobre esse conceito, cresceram e se desenvolveram inúmeras propostas doutrinárias.

Esquecem, contudo, os doutrinadores atuais que os princípios básicos inerentes à ciência processual encontram-se resguardados e editados na Constituição de 1988, devendo, nesse sentido, ser interpretada a legislação infraconstitucional, e não de maneira contrária, sob pena de correr o risco de uma interpretação invertida²³.

Tecnicamente, parece que o mais correto seria ter-se ação como direito à jurisdição, a consistir-se num direito subjetivo público, autônomo e abstrato, do cidadão, que lhe confere poder de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma demanda.

Conforme adverte Aroldo Plínio: “Talvez haja chegado o tempo de se visualizar o direito de ação sob outros prismas, que permitam uma maior aproximação das novas conquistas da teoria do Direito e da realidade do sistema jurídico, que tem a sua unidade e o seu fundamento no sistema constitucional”²⁴.

A legitimação, reitera-se, uma das condições da ação do Direito Processual brasileiro, só poderá ser verificada no curso do procedimento por ser questão intraprocessual²⁵ auferível mediante análise da relação substancial da lide (dever/direito subjetivo).

Corroborar o entendimento *supra*, o posicionamento de

²³ Entende-se como interpretação invertida aquela feita a partir da norma infraconstitucional, para, em momento posterior, partir-se para análise do texto constitucional. Toda e qualquer questão deve ser analisada sob o prisma da Constituição e, por este, não se pode subtrair do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

²⁵ Expressão utilizada por Aroldo Plínio Gonçalves ao se referir às condições fixadas pelo artigo 3º do Código de Processo Civil.

Fábio Gomes:

Como salientamos em várias passagens deste ponto, desimporta, para a constatação de haver sido examinado o mérito, a mera afirmação do juiz em um sentido ou no outro; tal definição emergirá do conteúdo do ato decisório. Assim sendo, mesmo que o juiz afirme na sentença estar extinguindo o processo por ausência de uma das condições da ação, de sentença de mérito se tratará se o respectivo exame não for apenas hipotético²⁶.

Nos termos do texto da Constituição de 1988, nota-se que o processo trata-se de uma instituição constitucionalizada em que se verifica a presença do direito constitucional de ação, representado pela garantia de que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (Art. 5º, XXXVI, da CF/88).

A visão que se pode ter com a leitura do citado artigo da Constituição refere-se à existência de normas de caráter proibitivo, vedando ao legislador a criação de instrumentos legais que impeçam o cidadão de levar suas reclamações ao Judiciário, mesmo que o próprio Estado seja quem ameace ou lesione o direito.

Por outro lado, tal norma não tem como destinatário apenas o legislador mas também o indivíduo, visto que deve ser interpretada sistematicamente com o previsto no inciso XXXIV do citado art. 5º. Isso se dá porque o direito de ação, como bem observa Couture, é uma espécie do direito de petição. Nas palavras do autor:

Ainda que a palavra ação tenha ido ao longo do tempo significados variados e mesmo no direito contemporâneo tenha vários significados, hoje, parece necessário admitir que existe certa concordância em chamar de ação este poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal. A ação, em última análise, em seu sentido mais estrito e depurado, é somente isto: um direito à jurisdição.²⁷

Neste sentido, Aroldo Plínio:

No processo civil, a situação jurídica de direito substancial, ou situação jurídica de direito material, ou simplesmente situação substancial, é dada pela conexão entre a inobservância de um dever jurídico, o ilícito, e o direito por ela lesado ou ameaçado. O direito, objeto da lesão ou ameaça, no processo civil, é um direito subjetivo, mas não mais considerado na acepção tradicional, e sim no sentido, já exposto de posição de vantagem de um sujeito em relação a um bem. Essa posição subjetiva resulta ou da norma que a confere a um sujeito ou do endereçamento, pela nora, de obrigações (conteúdo de deveres) a outro ou outros sujeitos, em determinadas situações jurídicas, ou da conjugação das suas hipóteses.²⁸

A vinculação entre processo e Constituição – e o entendimento de processo como instituição constitucionalizada – foi inicialmente introduzida pelo constitucionalista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho.

²⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁷ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003.

²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.



Sob o prisma constitucional, afirma-se que o direito de ação é o direito incondicional de se movimentar a jurisdição a fim de satisfazer uma pretensão em momento posterior.

Segundo Nelson Nery²⁹, “Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito”.

Afirma Cattoni³⁰ que, segundo o modelo constitucional de processo, de Andolina e Vignera, “(...) as normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de processo”.

Habermas³¹ conceitua o Estado Constitucional como “(...) uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, no mesmo tempo, se reconhecerem como os autores da lei”.

O estabelecimento de princípios processuais em nível constitucional assim como a exigibilidade de cumprimento proporcionaram a criação do modelo constitucional, sendo o processo entendido, segundo Rosemiro Pereira Leal³², como “(...) direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisdição pelo contraditório e ampla defesa”.

O acesso à justiça, garantido em sede constitucional, não pode ser obstado por fatores condicionantes, tais como as condições da ação. O direito de ação deve ser entendido como direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo que este preste a tutela jurisdicional.

Não há que se confundir o titular de direito material com o titular de direito de ação em face do Estado, sendo que este último surge quando da monopolização da jurisdição pelo Estado.

O devido processo legal, garantido constitucionalmente, expande-se e se consolida nos parâmetros do Estado Democrático de Direito e do modelo constitucional de processo. Conforme assevera Marcelo Campos Galuppo³³, não é em qualquer regime político que se tem, na construção de uma lei, a possibilidade de o procedimento converter-se em processo. O pressuposto básico é que estejamos diante de um Estado Democrático de Direito.

Conclusão

A interpretação da legislação infraconstitucional, assim como do Código de Processo Civil de 1973, passa por novos contornos, objetivando uma reflexão baseada nos textos

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; BRASIL. *Código de processo civil comentado e legislação civil*. 9 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

³¹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

³² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 6. ed. São Paulo: Thomson-IQB, 2005.

³³ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos: FCH/FUMEC, 2002.

constitucionais democráticos, paradigma de uma nova época de liberdade compartilhada, em que o Processo Constitucional passa a ser instituição construtiva e de aplicação do Direito.

O conceito de legitimação sofreu vários questionamentos entre civilistas e processualistas ao longo da evolução do estudo do Direito, devendo-se aos processualistas o aprofundamento quanto ao estudo do instituto assim como as diferentes classificações atribuídas à legitimação.

Como condição da ação, o instituto da legitimação precisa ser revisado, buscando-se uma reelaboração sob o prisma das mudanças advindas com a Constituição de 1988.

O estudo do Direito Processual, a partir de Fazzalari, deve ser considerado como ponto de partida da processualística, atingindo o seu ápice com a consolidação dos estudos constitucionais dos princípios e garantias fundamentais que, desde então, não podem ser suprimidos.

Observa-se que o descaso com alguns conceitos, de maneira isolada, pela doutrina contribuiu para a construção de equívocos.

A situação torna-se ainda mais preocupante, tendo em vista que boa parte da doutrina processual brasileira já aderiu aos ensinamentos da processualística clássica, que procurou fazer o estudo dos institutos do processo com base numa filosofia processual de idéias instrumentalistas, concebidas em ambiente autoritário, no qual os juízes “determinavam” o certo e o errado, funcionando a lei apenas como ponto de referência.

Observar-se-á, nesse sentido, que a legitimação e o direito de ação, assim como os demais institutos processuais, devem ser entendidos à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, representando aquele como o direito constitucionalmente assegurado de movimentar a jurisdição, não se importando se de modo adequado ou não.

Referências bibliográficas

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Turim: Giappichelli, 1990.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COUTURE, E. J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria da Defesa no Processo Civil*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 109, 1. sem. 1998.



LEAL, R. P. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1998.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do

Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito VirtuaJus**, Belo Horizonte, Ano 3, v. 1, 2004.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 1 v.

3.3.2 A ponderação de valores como supressora do contraditório: por um decisionismo participativo^{1,2}

Guilherme César Pinheiro

Graduando em Direito pela PUC/MG

Monitor de Direito Processual Civil II pela mesma instituição

Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Introdução

Após a instituição do Estado Democrático pela Constituição da República de 1988, o instituto jurídico processual da decisão judicial passou a ter maior significância, necessitando, então, de uma intensa e contínua pesquisa acerca do assunto com intuito de adequá-lo ao novo paradigma estatal-jurídico instituído. Assim, visa-se, aqui, tecer considerações que possam contribuir para chegar-se a esse desiderato.

Nesse sentido, é importantíssima a distinção proposta por Klaus Günther entre os discursos jurídicos de justificação e aplicação de normas. Todavia, ela não é suficiente. É imprescindível considerar as garantias processuais de gênese democrática, principalmente o contraditório, na sua acepção moderna (fazzalariana).

Portanto, a decisão jurisdicional não pode ser construída, senão de maneira compartilhada ou policêntrica, ao contrário do proposto pela sofisticada teoria dos princípios de Robert Alexy, que confunde Direito com valores, prescrevendo, ainda, um modo arbitrário de aplicação de princípios por meio de ponderação material de valores.

Entretanto, o Superior Tribunal Federal (STF) em resposta a uma questão posta pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Inquérito Policial nº 2.424-4), que servirá de base para o presente, mostrou-se adepto da chamada jurisprudência dos valores. Contudo, isso não foi o mais grave, uma vez que a questão de ordem foi respondida

(decidida) sem a devida participação dos envolvidos, em flagrante ofensa à garantia constitucional do contraditório, e, por conseguinte, sem a fundamentação das decisões, tendo em vista a correlação entre as duas.

Reconstrução do fato (questão de ordem do Inquérito Policial nº 2.424-4)

O caso que usaremos para a elaboração do presente trabalho trata-se de uma questão de ordem, suscitada nos autos do Inquérito Policial nº 2.424-4, pelo presidente do STJ, oportunidade em que pede ao STF autorização para usar provas produzidas por meio de interceptação telefônica e escuta ambiental, autorizadas judicialmente, a fim de instaurar e instruir procedimento administrativo disciplinar contra servidores, por conta de ilícitos ligados aos mesmos fatos apurados no inquérito. A questão surgiu uma vez que tanto a Constituição da República (inciso XII do art. 5º)³ quanto a Lei nº 9.296/96 (art.1º)⁴ permitem a quebra de sigilo das comunicações telefônicas somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Objetivando responder a questão, posta pelo requerimento do Presidente do STJ, o Ministro-relator Cezar Peluso busca a resposta na doutrina. Entretanto, não há entendimento pacificado. Neste ponto, é importante destacar que não foi dada oportunidade aos envolvidos (partes) para se manifestarem sobre o assunto, para participarem discursivamente da construção da decisão, configurando, portanto, uma flagrante ofensa ao contraditório e, por conseguinte, a fundamentação da decisão.

Em seguida, o eminente julgador, entendendo que os dois textos supramencionados necessitam de uma interpretação à luz dos valores em ambos ponderados e tutelados, a saber, o da produção de prova inerente aos resultados documentais da interceptação e o do seu uso processual em sentido lato, desenvolveu uma argumentação axiológica, pressupondo ser a Constituição uma ordem concreta de valores, confundindo, dessa forma, Direito com valores, fato que retira o caráter

¹ Este artigo é fruto da pesquisa desenvolvida junto ao Grupo de Estudos "Direito, política e constituição: A argumentação jurídica de fundamentação das decisões judiciais e o respeito às garantias constitucionais do acusado no processo penal de emergência brasileiro", que foi apresentado no "II Congresso CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror", em setembro de 2009.

² Dedico este artigo aos amigos Ciro Aguilar Ribeiro, Fabrício Franco Flora, Gustavo de Castro e Paulo Roberto Godoi.

³ "XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

⁴ "Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça."



obrigatório do ordenamento jurídico⁵. Nesse sentido, concluiu que o interesse público de instauração e instrução de procedimento com intuito de punir aqueles que praticam ilícitos graves prevalece em face do interesse privado da intimidade, nos seguintes termos, que ora transcrevo:

Não há dúvida de que, no primeiro aspecto, o da **produção**, a restrição constitucional tem por objetivo claro preservar a intimidade, como bem jurídico privado, mas essencial à dignidade da pessoa humana, até o limite em que tal valor, aparecendo como obstáculo ou estorvo concreto à repressão criminal, tem de ceder à manifesta superioridade do interesse público na apuração e punição de crime grave, enquanto o mais conspícuo dos atentados às condições fundamentais de subsistência da vida social. O limite da garantia da intimidade é aí, nessa primeira regra, de cunho restritivo, **objeto da ponderação de valores formulada pela constituição mesma**, que não podendo condescender com a impunidade de fato erosivo das bases estruturais da convivência social, sacrifica aquela para garantir esta, **dando primazia a um valor sobre o outro**. Nesse sentido, costuma dizer-se que a garantia não serve a proteger atividades ilícitas ou criminais. Daí, autorizar, em caráter excepcional, seja interceptada comunicação telefônica, apenas quando tal devassa e revele como fonte de prova imprescindível à promoção do fim público da persecução penal. (BRASIL, STF, 2007, p. 6, grifos nossos)⁶.

Nesses termos, votou no sentido de autorizar a utilização da prova produzida mediante interceptação telefônica e escuta ambiental para fins de instruir e instaurar procedimento administrativo contra servidores, por conta de ilícitos ligados aos fatos apurados no inquérito no qual foi autorizada a quebra da inviolabilidade da intimidade. Esse voto foi acompanhado por quase todos os ministros, pois apenas o Ministro Marco Aurélio votou em sentido contrário.

Não queremos no presente trabalho discutir se foi correta ou incorreta, justa ou injusta a decisão do STF; contudo, é importante destacar que os argumentos que justificam ou tentam justificar a decisão amoldam-se com a chamada “Jurisprudência de Valores” – que faz uma confusão entre os discursos de justificação e aplicação bem como entre Direito e valores – o que, aliás, tem sido uma prática rotineira no Supremo Tribunal pátrio⁷.

⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito**: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, v. 1, p. 47-78.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida nos autos do Inquérito policial nº 2.424-4. Rel. MIN. Cezar Peluso. Brasília, publicado em DJ. 24/08/2007.

⁷ Para uma melhor compreensão do assunto *vide* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007; oportunidade em que afirma o seguinte: “Esse entendimento judicial, que pressupõe a possibilidade gradual, numa maior ou menor medida, de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do Direito. Tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é definir o que pode ser discutido e expresso como digno de valores, pois só haveria democracia, nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham, ou tenham de compartilhar, de modo comunitarista, os mesmos supostos

Discurso de aplicação em Klaus Gunther e Robert Alexy

Cabe, agora, trabalhar a aplicação do Direito em dois dos mais importantes juristas contemporâneos que pesquisam sobre a teoria da argumentação jurídica: Klaus Günther e Robert Alexy, interligando a diferença, proposta pelo primeiro, entre os discursos jurídicos de justificação e aplicação das normas e os estudos de Alexy acerca dos princípios jurídicos, não esquecendo da rica contribuição de Habermas.

Segundo Klaus Günther, os discursos jurídicos de justificação referem-se à validade das normas, ou seja, seria uma interação argumentativa objetivando a positividade de normas, pressupondo a consideração dos interesses de todos. Nesses, o âmbito argumentativo é mais amplo do que nos discursos de aplicação, uma vez que os participantes podem valer-se de razões éticas, morais, axiológicas e pragmáticas, no *iter* procedimental institucionalizado pelo devido processo legislativo:

A positivação de normas jurídicas deve ser institucionalizada em procedimentos que correspondem às regras de discursos práticos, de modo que os interesses individuais possam ser respeitados. (tradução livre)⁸ (GÜNTHER, 1993, p. 270-271).

Já os discursos jurídicos de aplicação dizem respeito à adequabilidade, dentre normas aplicáveis *prima facie*, a um caso concreto. Tratando-se de discurso de aplicação, a esfera argumentativa deverá ser restrita a razões de cunho jurídico. Nesses, o pressuposto é a descrição completa (exaustiva) do caso concreto, bem como a consideração de todas as variantes semânticas das normas *prima facie* aplicáveis, para que se possa alcançar um juízo de imparcialidade:

En el discurso de aplicación cambia el punto de vista desde el que se tematiza una norma. Em vez de eujuiciar su validez, ahora se aprecia su referencia a la situación. Puede determinarse qué norma es adecuada em una situación si los participantes se han referido a todas las normas aplicables *prima facie* a una descripción completa. (GÜNTHER, 1995, p. 287).

Nos dizeres de Habermas, os discursos de aplicação objetivam:

[...] encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexos racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas ‘adequadas’ ou ‘não-adequadas’. Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita. (HABERMAS, 1997, p. 322-323).

axiológicos, uma mesma concepção de vida e de mundo”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p.119).

⁸ No original “the positing of legal norms must be institutionalized in procedures which correspond to the rules of practical discourse, so that the interests of each individual can receive their due regard.”



Por fim, Habermas alerta para um ponto importantíssimo: os interesses dos imediatamente envolvidos no discurso jurídico de aplicação, fato que interessa muito ao Direito Processual:

Questões de aplicações de normas afetam a autoconsciência e a compreensão do mundo dos participantes, porém não do mesmo modo que os discursos de fundamentação. Nos discursos de aplicação, as normas, supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações se retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas. (*sic*) (HABERMAS, 1999, p. 284).

Por outro lado, Robert Alexy entende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, diferenciando estes dos primeiros apenas pelo fato daqueles serem institucionalizados por normas, portanto, seria permitido que os participantes dos discursos jurídicos de aplicação das normas valessem de argumentos morais. (ALEXY, 1999, p. 27). Sobre isso, alerta Habermas:

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. (HABERMAS, 1997, p. 321).

Com efeito, percebe-se, portanto, uma estreita relação com sua teoria dos princípios, na qual estabelece um método bastante subjetivo e discricionário de aplicação dos princípios jurídicos em caso de colisão.

Acerca disso, o autor, criticando a distinção proposta por alguns autores, por exemplo, Norberto Bobbio⁹, apresenta uma diferença qualitativa entre regras e princípios, sendo ambos espécies do gênero norma, entendida como “o significado de um enunciado normativo”.¹⁰ A partir disso, caracteriza os princípios como mandamentos de otimização, isto é, ordem de se realizar algo na melhor medida possível entre as existentes, enquanto as regras são determinações que devem ser cumpridas ou não, obedecidas ou não. Assim:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguintes, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras

colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p.90-91).

Além disso, distingue também o modo de aplicação das duas espécies de normas. Regras seriam aplicadas de maneira silogística e, havendo conflito entre elas, uma seria válida e a outra não. Já os princípios, por outro lado, aplicam-se por meio do balanceamento e, ao contrário das regras, um princípio não exclui o outro, no caso de colisão, nos termos da Lei da Ponderação que dispõe: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (*sic*). (ALEXY, 2008, p.167). E, outrossim, esta última lei estabelecerá um balanceamento (peso, prevalência ou preferência) relativo, nunca absoluto.¹¹

Nessa perspectiva, considerando que a Lei de Ponderação não prescreve uma relação de prevalência absoluta de um princípio sobre outro, tampouco determina critérios racionais para isso, a ponderação de valores opera de forma solipsista, ou, a nosso ver, antidemocrática, uma vez que a ponderação (balanceamento) fica a cargo do juízo singular ou tribunalístico, fato que retira o caráter participativo do ato decisório, imposto pelo processo democrático. Nesse contexto, deve ser considerado, ainda, o atual panorama do nosso Poder Judiciário de massificação das decisões à custa das garantias processuais. Um bom exemplo é o acórdão do Inquérito Policial nº 2.424-4 do STF, que julgou a referida questão.

Ora, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a aplicação do direito não pode se dar, senão a partir da distinção dos discursos jurídicos de justificação e aplicação, sendo que este último pressupõe uma descrição completa do caso concreto, buscando a norma adequada entre as *prima facie* aplicáveis e, sobretudo, com uma efetiva participação dos envolvidos, uma vez que a melhor maneira de atingir a adequabilidade, sem sombra de dúvida, é discursivamente, como bem observou Cattoni de Oliveira:

Estando, pois, fechada a porta para aquelas posturas decisionistas que negam a possibilidade quer de correção, quer de certeza nas decisões jurisdicionais, e se a adequabilidade do juízo jurídico-normativo não é auto-evidente ou existe *per se*, mas é uma (re)construção, que levanta pretensões de validade no quadro de um determinado paradigma de Direito e de Estado, a adequabilidade só pode ser buscada discursivamente, através do processo jurisdicional. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 71).

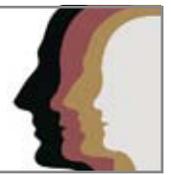
O contraditório da acepção fazzalariana e seus desdobramentos

Essa discursividade se dá por meio da **efetiva** garantia do **contraditório**, compreendida após a revisitação feita por Elio

⁹ Norberto Bobbio é um dos autores que distingue regras e princípios pelo critério da generalidade. Segundo Alexy, a generalidade seria uma consequência dos princípios, mas não a causa. Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 134-142, jul.1998 e, ainda, PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. Revista CEJ. Brasília n. 30, p. 70/80, jul./set. 2005.

¹⁰ ALEXY, Robert. Teorias dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 54.

¹¹ ALEXY, Robert. Teorias dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 162-163.



Fazzalari, considerando também os seus desdobramentos nas demais garantias processuais constitucionais, principalmente na imposição (dever) de fundamentação das decisões. Para tanto, é mister considerar o processo como uma garantia constitutiva de direitos fundamentais numa relação de co-dependência. (BARROS, 2008).

Para o processualista italiano, o contraditório é o elemento que caracteriza o processo, tendo em vista uma distinção lógica entre este e o procedimento. Nessa perspectiva, procedimento é uma estrutura técnico-normativa composta de uma seqüência de atos jurídicos conexos entre si, preparatória do provimento. (FAZZALARI *apud* GONÇALVES, 1992, p. 115).

Processo, por sua vez, é espécie do gênero procedimento, realizado em contraditório em simétrica paridade entre os envolvidos no sentido de influenciar o julgador. Nas palavras de Fazzalari:

[...] existe processo, então, quando, no iter de formação de um ato existe contraditório; isto é, é consentido aos interessados participar na fase de reconhecimento dos pressupostos sobre condições de recíproca paridade e desenvolver atividades em que o autor do provimento deve levar em consideração os resultados que dele pode desatender, mas não impedir (FAZZALARI, 1958, p.869-870 *apud* NUNES, 2008).

A partir disso, o princípio do contraditório não mais pode ser visto, como querem os instrumentalistas, apenas como bilateralidade de audiência assentado no binômio ciência e participação, oriundo da expressão latina *audita altera parte*, nem como o dizer e o contradizer acerca dos pontos controvertidos da demanda. Assim assevera o prof. Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o 'dizer' e o 'contradizer' sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa é a sua matéria, o seu conteúdo possível. (GONÇALVES, 1992, p. 127).

Em Direito Processual Democrático, o contraditório é a garantia de oportunidade de os envolvidos (aqueles que sofrerão os efeitos do provimento final) participarem de forma influente e discursiva na construção do provimento.

A aceção do contraditório como garantia de influência mostra-se intimamente relacionada com a imposição (garantia) de fundamentação das decisões pelo julgador, uma vez que a **efetividade** do **contraditório** será alcançada tão-somente se o magistrado considerar os argumentos trazidos pelos envolvidos para o *iter* procedimental. Assim, a fundamentação das decisões deve percorrer, essencialmente, todo o conteúdo do contraditório.

Nessa perspectiva, vislumbra-se, ainda, a garantia de não surpresa, já que o juiz fica proibido de valer-se de argumentos não submetidos ao contraditório, inclusive acerca das matérias de conhecimento oficioso (NUNES, 2008), transferindo, dessa forma, o decisionismo da órbita do monocentrismo para o policentrismo. Acerca disso, a professora Flaviane de Magalhães Barros faz a seguinte metáfora:

[...] o contraditório não permite que o juiz, no processo

jurisdicional, retire um coelho da cartola, como se fosse um mágico. Ou seja, a decisão não é produto somente do juiz, mas esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio da influência e da não surpresa. (BARROS, 2008 p. 18-19).

Destarte, no Estado Democrático de Direito, a única compreensão aceitável do contraditório é a fazzalariana (como princípio da influência e não surpresa).

Conclusão

Portanto, no processo democrático, à luz no paradigma do Estado Democrático de Direito, é inaceitável a aceção do contraditório – aliás, a nosso ver, pseudocontraditório – como uma garantia meramente formal de ciência e participação, padrão do Estado liberal. Assim, considera-se o contraditório como uma oportunidade para que os envolvidos participem de forma influente na construção do provimento final (decisão-sentença, interlocutória e acórdão), evitando, ainda, as decisões-surpresa, sendo defeso que o juiz fundamente a decisão com argumentos não submetidos ao debate das partes, inclusive as matérias de conhecimento oficioso.

Nessa perspectiva, a teoria alexiana de ponderação material de valores é incompatível com a teoria procedimental do direito no marco do Estado Democrático, tendo em vista a confusão que faz entre Direito e valores e, principalmente, pelo seu caráter arbitrário (Lei da Ponderação) de aplicação do Direito, como visto *supra*, que afasta, pela supressão do contraditório na perspectiva fazzalariana, o policentrismo da decisibilidade, inerente ao processo democrático. Deve ser considerado, ainda, o atual panorama do nosso Judiciário de massificação das decisões à custa das garantias processuais e do descaso com peculiaridade do caso concreto.

Nesse norte, uma decisão compaticipada será alcançada conjugando-se o discurso de aplicação com a **efetiva** garantia do **contraditório** e, é claro, respeitando todo o devido processo legal.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teorias dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. 'La tesis del caso especial'. Isegoria, número 21, p. 23-35, 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida nos autos do Inquérito policial nº 2.424-4. Rel. MIN. Cezar Peluso. Brasília, publicado em DJ. 24/08/2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

_____. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. v. 1. 1 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47-78.



GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.134-142, jul. 1998.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**: application discourses in morality and law. New York: State University of New York Press, c1993.

de la argumentación jurídica. Tradução de Juan Velasco Arroyo. Doxa (Cuaderno de Filosofía del Derecho). Alicante: n. 17-18, 1995, p. 271-302.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Un concepto normativo de coherencia para una teoría**

3.3.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.3.1 ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Co-autor e Coord). Código das Famílias Comentado (atualizado de acordo com as Leis 12.004/2009 e 12.010/2009). Instituto Brasileiro de Direito de Família/ Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2010. 948p.

O Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais Leonardo Barreto sempre demonstrou sua vocação e talento para a área acadêmica, sendo reconhecido hoje no meio doutrinário como conceituado autor.

Nesta importante obra, estão reunidos comentários dos principais civilistas da atualidade em uma brilhante análise comparativa, artigo por artigo, entre o atual Livro de Direito de Família do atual Código Civil de 2002 e o denominado Estatuto das Famílias, previsto no Projeto de Lei nº 2.285/2007, atualmente em trâmite no Legislativo federal.

Para cada um dos artigos do Código Civil de 2002, Livro IV (Direito de Família), os autores trazem referências às normas correlatas do direito vigente e do revogado Código Civil de 1916, além de refinada doutrina, jurisprudência, súmulas do STF e do STJ, Enunciados das Jornadas de Direito Civil e comentários críticos sobre a correspondência do tema no referido Estatuto das Famílias.

Uma obra de leitura indispensável e que, nas felizes palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, "(...) remete-nos a uma ampliada compreensão de um Direito de Família mais contemporâneo e da necessária leitura interpretativa do Direito Civil Constitucional" (p. xxiv).

Com prefácio de Nelson Nery Junior, a obra é escrita, em co-autoria, por conceituados juristas que abordam as novas diretrizes do mandado de segurança individual e coletivo inauguradas com a Lei nº 12.016/90.

De acordo com os autores, "A nota primordial dessa obra é ser prática, isto é, resolver problemas. A preocupação reside no sentido de escrever algo útil para os operadores do direito, ou seja, no tecer considerações que demonstrem o acerto de determinadas posições e a necessidade de se repensar outros pontos". (p. 25).

Comentando-se "artigo por artigo", o livro traz um bem elaborado estudo analítico-comparado sobre o antigo e o novo regramento legal da matéria, abordando com profundidade teórica todas as nuances do tema.

B) Artigos

3.3.3.2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial e ações de família. Revista de Processo – REPRO, São Paulo, Ano 34, n. 176, p. 36-49, out. 2009.

Nesse bem articulado texto, a professora Teresa Wambier traz uma análise crítica sobre a dificuldade da devida apreciação, no âmbito dos Tribunais Superiores, dos recursos que versem sobre direito de família, tendo em vista que geralmente, em tais contextos, quase sempre existe relevante matéria de fato a ser analisada, circunstância que encontra vedação na jurisprudência consolidada. Veja-se:

É freqüente que recursos especiais interpostos em causas que versem sobre questões de família sejam barrados no juízo de admissibilidade, sob o argumento de que estariam sendo infringidas as Súmulas 7 do STJ e 279 do STF, ou seja, de que se trata de questão de fato.

Assim ocorre quando o que está em jogo é saber, por exemplo, se a decisão atendeu aos interesses de um menor ou se A e B estavam vivendo em regime de união estável.

À primeira vista, estas decisões surpreendem. Como? Então saber-se se A e B viviam em união estável ou se a decisão está de acordo com o interesse do menor não são questões de direito?

Sob certo aspecto, são. Sob outro, não. E sobre isso que pretendo discorrer nestas breves anotações. (p. 37).

3.3.4 Jurisprudência da área

3.3.4.1 TJMG, 9ª Câmara Cível. *Função social da propriedade. Ação possessória. Meio inadequado para a análise da questão*

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 927 DO CPC. COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DESNECESSIDADE. – O cumprimento da função social da propriedade não deve ser analisado em sede de ação possessória, já que a Constituição Federal estabelece a forma adequada, qual seja, a desapropriação. A reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, não competindo ao julgador de uma ação possessória a solução dessa questão. Provados os requisitos do artigo 927 do CPC, a reintegração de posse é medida que se impõe (TJMG, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.04.463667-8/001, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. 26.08.2008, DJ 13.10.2008).

3.3.4.2 TJMG, 4ª Câmara Cível. *Instrumentalidade das formas. Adequação de sentença ultra petita*

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - NULIDADE - SANAÇÃO - PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - SENTENÇA *ULTRA PETITA* - VIABILIDADE. O Estatuto Instrumentário Civil tem o seu sistema próprio de invalidades, admitindo a convalidação de atos e a sanção de eventuais vícios. Assinale-se que tanto as nulidades absolutas quanto as anulabilidades são passíveis de sanção pela incidência do princípio da instrumentalidade das formas. Nada impede, portanto, que se proceda à adequação da sentença aos limites do pedido, por ser ela (sentença) *ultra petita*. (TJMG, 4ª Câmara Cível, Embargos Infringentes (C. Cíveis) nº 1.0000.00.210954-4/002, Rel. Des. Hyparco Immesi, j. 08.05.2003, DJ 01.07.2003).

3.3.4.3 TJMG, 11ª Câmara Cível. *Direito à intimidade e à privacidade. Agente político. Liberdade de imprensa. Direito de informar (1)*

EMENTA: PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA PELOS RÉUS BASEADA EM REPORTAGEM JORNALÍSTICA. CONTEÚDO ILÍCITO. LESÃO AO INTERESSE PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À HONRA. Para que seja caracterizado o direito à reparação de danos, devem concorrer os seguintes elementos caracterizadores da responsabilidade civil: o ato culposo do agente, a lesão causada e o nexo entre os dois primeiros. A divulgação pela imprensa de notícias, objeto de investigação policial, ainda que clandestina, não fere o direito constitucional à privacidade e intimidade quando o conteúdo da matéria mostra-se ilícito e ofensivo ao interesse público. A moral protegida pelo sistema legislativo é a boa moral, a boa-fé, atinente aos bons costumes, não se estendendo à proteção de ilicitudes, quanto mais no âmbito da administração pública. Proceda-se à relativização dos direitos e garantias individuais e coletivos com o objetivo de busca do verdadeiro significado da norma e da finalidade precípua do que é garantido pela Carta Magna (TJMG, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0702.07.407034-4/013, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, j. 02.09.2009, DJ 19.10.2009).

3.3.4.4 STJ, 4ª Turma. *Direito à intimidade e à privacidade. Agente político. Liberdade de imprensa. Direito de informar (2)*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÕES OFENSIVAS RELATIVAS A PREFEITA MUNICIPAL VEICULADAS EM RÁDIO LOCAL. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO PRETENDIDO PELA AUTORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. É incontroverso o fato de a recorrente ter programas de rádio em que imputou à recorrida, então prefeita municipal, atos cuja reprovabilidade é manifesta, quais sejam: furar poços em propriedades de fazendeiros ricos em troca de votos e utilizar-se de propaganda mentirosa. Ademais, a afirmação de que o Município possui Prefeita eleita pelo povo, mas quem governa é o marido, mostra-se ultrajante, além de patentear preconceito em relação a administradoras do sexo feminino. 2. As pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada. 3. Por outro lado, não prospera o argumento de que inexistia o animus de ofender a vítima. O exame das declarações difundidas nos programas de rádio revela evidente a vontade consciente de atingir a honra da ora recorrida, mediante imputação de atos tipificados como crime, como corrupção passiva, ou de atos que simplesmente a desmoralizam perante a sociedade. Com efeito, estando evidente o abuso do direito de informar, a indenização por danos morais é medida que se impõe. 4. Não é o só fato de a autora ter pleiteado indenização em valor superior ao deferido nas instâncias ordinárias que caracteriza sucumbência recíproca, uma vez que o valor da indenização deduzido na inicial é meramente estimativo. 5. Recurso especial não conhecido. (STJ, 4ª Turma, REsp 706769/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.04.2009, DJe 27.04.2009).

3.3.4.5 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Cassação de mandato de prefeito. Aplicação do sistema de impedimento e suspeição previsto no CPC*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO PROCESSANTE. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. VOTOS PROFERIDOS POR VEREADORES IMPEDIDOS DE VOTAR NA QUESTÃO. NULIDADE DO PROCESSO, POR EVIDENTE VÍCIO EM SUA ORIGEM. 1. O recebimento da denúncia por parte da Câmara de Vereadores, não obstante ser ato de cunho político, encerra em si juízo de valor acerca dos fatos apresentados, incidindo, destarte, as causas de impedimento e suspeição comum aos julgadores. 2. Nesse sentido, incide sobre os Vereadores membros de Comissão Processante o disposto nos arts. 134 e 135, do CPC. 3. Em tendo sido colhidos os votos de Vereadores em flagrante impedimento, resulta nulo o recebimento da denúncia, posto que referidos votos foram de fundamental importância para a recepção do processo administrativo. (TJMG, 5ª Câmara Cível, Mandado de Segurança nº 1.0000.07.455552-5/000, Rel. Des. Jarbas Ladeira, j. 04.12.2007, DJ 18.12.2007).



1º TABELIONATO DE NOTAS

COMARCA DE FRUTAL - ESTADO DE MINAS GERAIS
TABELIÃO: JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS

1º TABELIONATO DE NOTAS
FRUTAL - MG
JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS
TABELIÃO

LIVRO DE ESCRITURAS N°. 315

FOLHAS N°. 039

ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO que **FLAVIO RIBEIRO DA COSTA** fazem na forma abaixo:

S A I B A M quantos esta **ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO** virem que, no ano de **DOIS MIL E ONZE (2011)**, aos **VINTE E CINCO (25)** dias, do mês de **MARÇO**, nesta cidade e comarca de Frutal, Estado de Minas Gerais, República Federativa do Brasil, em Cartório, perante mim, 1º. Tabelião, compareceu como outorgante: **FLAVIO RIBEIRO DA COSTA**, brasileiro, solteiro, maior e capaz, estudante e advogado, portador da C.I.RG-nº MG-10.837.247/SSP-MG., inscrito no CPF/MF-nº 039.865.956-78, residente e domiciliado na Praça 7 de Setembro, nº 200, sala 307, Edifício Três Poderes, Bairro Centro, nesta cidade de Frutal/MG. Os presentes identificados e reconhecidos como os próprios de mim 1º. Tabelião, conforme documentação apresentada, do que dou fé. Em seguida pelos outorgantes foi dito que desejavam registrar em Cartório suas declarações, na forma da Lei, fazendo-as livre e desembaraçadas de quaisquer induzimento, coação ou medo, que tem justo e contratado na presente escritura pública declaratória o seguinte: "Venho através deste ato registrar uma **RETRATAÇÃO PÚBLICA, como documentos integrante de instrumento de composição civil de danos, com relação ao artigo "A aplicação da teoria da imputação objetiva nos delitos de perigo abstrato e sociedade de risco marcada pela insegurança objetiva"** que por mim foram indevidamente apropriados e publicados, como se as obras fossem minhas, o primeiro em meios impressos e eletrônicos, e o segundo em meios eletrônicos, declarando que eles são de autoria do Dr. Wesley Miranda Alves, e que foram extraídos do trabalho monográfico deste, denominado "uma perspectiva integradora ao estudo do perigo abstrato", o qual se encontra publicado e arquivado os arquivos da Faculdade de Direito Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia". Assim o disseram, do que dou fé; e me pediram que lavrasse esta escritura, a qual feita e lhes sendo lida, acharam-na conforme, outorgaram, aceitaram e assinam, dispensando-se a presença e assinaturas de testemunhas instrumentárias ao ato, nos termos da Lei Federal nº. 6.952, de 06/11/1981. Emolumentos: R\$19,72; Registro Civil: R\$1,18; Taxa de Fiscalização Judiciária: R\$6,58; Total: R\$27,48. Eu, _____, (José Benedito Roberto dos Reis), 1º. Tabelião, lavrei, subscrevi, dou fé e assino, Frutal/MG., aos 25 dias do mês de março de dois mil e onze (2011). (aa). **FLAVIO RIBEIRO DA COSTA. JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS, NADA MAIS. TRASLAÍBADA EM SEGUIDA. O REFERIDO É VERDADE E DOU FÉ.**

Em testº. _____ da verdade

JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS
1º Tabelião



...ano para o terceiro ano...
 receberem aumento de sa...
 Essa festa é apenas para...
 dias. Acabada a festa vol...
 novamente aos proble...
 que afligem a nossa cid...
 amos endereçar requeri...
 ao Executivo para saber...
 qual foi realmente o custo...
 de carnaval. O que vimos fo...
 stas enormes com certas...
 quando na realidade o...
 gosta mesmo é do carna...
 m escolas de samba. Que...
 a de carnaval deve existir...
 o discutimos mas não se...
 a gastar tanto dinheiro...
 do temos inúmeros pro...
 na cidade. Não adianta...
 uma fortuna em cinco...
 e depois passar 360 dias...
 dificuldades. Se o Executi...
 erendo justificar a queda...
 ecação deixou as Esco-

mentos que a gente tem atra...
 vés dos editais sabemos que foi...
 o carnaval mais caro da história...
 de Içem. As escolas de Samba...
 foram cortadas para a redução...
 dos gastos e hoje sem essas...
 mesmas escolas se fez um car...
 naval milionário. Esse excessivo...
 gasto poderia ter sido revertido...
 em benefício para a população...
 na compra de remédios, no hos-

prefeito Samir Moraes quando...
 cortou as escolas de samba afir...
 mou que se economizaria di...
 nheiro e que esses recursos se...
 riam alocados em outras áreas...
 críticas do município, uma pro...
 messa que não foi cumprida.
 Pelo contrário, se fez um carna...
 val milionário e os problemas da...
 população continuam os mes...
 mos sem solução," asseverou.

de serviços durante o carnaval fo...
 ram prejudicadas. Quanto ao nu...
 mero de participantes eu não...
 acredito que tenha aumentado.
 Apenas se diminuiu o espaço...
 destinado à festa. O nosso car...
 naval tradicional sempre teve as...
 Escolas de Samba e se a arrec...
 dação melhorou para fazer os...
 gastos feitos, as Escolas também...
 deveriam ter retornado."

arativo

ex-prefeito Antonio Honó...
 crescimento discorreu ainda...
 a grave falha ocorrida, ou...
 exclusão das Escolas. "Além...
 realidade sabia que existia...
 as duas agremiações carna...
 as, fator que incentivava...
 vez mais a um aperfeiçoa...
 dos desfiles, além da atra...
 da vez maior de turistas...
 com a eliminação das Es...
 Samba prejudicados até con...
 veis para aquelas pessoas...
 trabalhavam no período pré...
 festivo. Dois a três meses...
 do evento já havia muitas...
 trabalhando e inclusive...
 m aqueles visitantes que...
 questão de acompanhar...
 das de Samba nos barra...
 nde eram confeccionadas...
 asias a cada ano. Resumini...
 a uma maior movimentat...
 ção, gerando inclusive...
 para o comércio local...
 to se administra uma ci...
 preciso que se observe...
 esses detalhes. Se verifi...
 os balancetes do carna...
 2011 acredito até que...
 sem as escolas de sam...
 tou-se muito mais. Em ra...
 quilo que se gastou o car...
 poderia ainda ter sido...
 inclusive com as Escolas...
 ba que são uma tradiçã...
 m," concluiu.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
ESTADO DE MINAS GERAIS

1º TABELIONATO DE NOTAS
 COMARCA DE FRUTAL - ESTADO DE MINAS GERAIS
 TABELIÃO: JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS

1º TABELIONATO DE NOTAS
 FRUTAL - MG
 JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS
 TABELIÃO

LIVRO DE ESCRITURAS Nº. 315

FOLHAS Nº. 039

ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO que **FLAVIO RIBEIRO DA COSTA** fazem na forma abaixo:

S A I B A M quantos esta **ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO** virem que, no ano de **DOIS MIL E ONZE (2011)**, aos **VINTE E CINCO (25)** dias, do mês de **MARÇO**, nesta cidade e comarca de Frutal, Estado de Minas Gerais, República Federativa do Brasil, em Cartório, perante mim, 1º. Tabelião, compareceu como outorgante: **FLAVIO RIBEIRO DA COSTA**, brasileiro, solteiro, maior e capaz, estudante e advogado, portador da C.I.R.G-nº MG-10.837.247/SSP-MG., inscrito no CPF/MF-nº 039.865.956-78, residente e domiciliado na Praça 7 de Setembro, nº 200, sala 307, Edifício Três Poderes, Bairro Centro, nesta cidade de Frutal/MG. Os presentes identificados e reconhecidos como os próprios de mim 1º. Tabelião, conforme documentação apresentada, do que dou fé. Em seguida pelos outorgantes foi dito que desejavam registrar em Cartório suas declarações, na forma da Lei, fazendo-as livre e desembaraçadas de quaisquer indumento, coação ou medo, que tem justo e contratado na presente escritura pública declaratória o seguinte: "Venho através deste ato registrar uma **RETRATAÇÃO PÚBLICA, como documentos integrante de instrumento de composição civil de danos, com relação ao artigo "A aplicação da teoria da imputação objetiva nos delitos de perigo abstrato e sociedade de risco marcada pela insegurança objetiva"** que por mim foram indevidamente apropriados e publicados, como se as obras fossem minhas, o primeiro em meios impressos e eletrônicos, e o segundo em meios eletrônicos, declarando que eles são de autoria do Dr. Wesley Miranda Alves, e que foram extraídos do trabalho monográfico deste, denominado "uma perspectiva integradora ao estudo do perigo abstrato", o qual se encontra publicado e arquivado os arquivos da Faculdade de Direito Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia". Assim o disseram, do que dou fé; e me pediram que lavrasse esta escritura, a qual feita e lhes sendo lida, acharam-na conforme, outorgaram, aceitaram e assinam, dispensando-se a presença e assinaturas de testemunhas instrumentárias ao ato, nos termos da Lei Federal nº. 6.952, de 06/11/1981. Emolumentos: RS19,72; Registro Civil: RS1,18; Taxa de Fiscalização Judiciária: R\$6,58; Total: R\$27,48. Eu, José Benedito Roberto dos Reis, 1º. Tabelião, lavrei, subscrevi, dou fé e assino, em Frutal/MG., aos 25 dias do mês de março de dois mil e onze (2011). (Ass) **FLAVIO RIBEIRO DA COSTA**. JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS. NADA MAIS. TRASLADADA EM SEGUIDA. O REFERIDO É VERDADE E DOU FE.

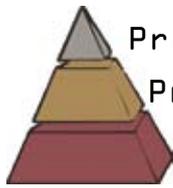
Em test. _____ da verdade

 JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS
 1º Tabelião

1º TABELIONATO DE NOTAS
 FRUTAL - MG
 JOSÉ BENEDITO ROBERTO DOS REIS
 TABELIÃO

Selo de Autenticidade

BPK 6323



3.4.2 No Brasil, só é preso quem quer!



Marcelo Cunha de Araújo

Promotor de Justiça – MPMG

Professor de Psicologia

Jurídica da PUC-MG

Mestre e Doutor em Direito

Autor do livro *Só é preso quem quer!*

Apesar da maioria absoluta da população já ter abandonado a crença na efetividade do sistema criminal brasileiro, poucos cidadãos têm a noção do tamanho do problema da impunidade ou de suas causas estruturais. Nesse sentido, recentemente publiquei a obra “*Só é preso quem quer!*” (Ed. Brasport), como uma tentativa de explicitar, de forma direta e transparente, como se opera, de fato, a impunidade no Brasil.

Apenas para se ter uma idéia do absurdo que é a inoperosidade, cabe a citação de algumas estatísticas bem ilustrativas da questão. Você sabia, caro leitor, que, no Rio de Janeiro e em São Paulo, menos de 2% dos casos de homicídio apurados resultam em condenação do assassino e que no Japão e Inglaterra o índice chega a 90%? Que, com exceção de São Paulo, os índices de esclarecimentos de crimes pelas polícias civis ficam abaixo de 5% em todo o país? Que 99,2% dos homicídios em Pernambuco não são esclarecidos? Que em São Paulo, apenas 6% dos boletins de ocorrência lavrados pela Polícia Militar e efetivamente entregues nas delegacias de Polícia se reverterem em inquéritos policiais?

Além disso, é bom saber que, atualmente, devido à estruturação legal e interpretativa do processo penal brasileiro, uma pessoa que tenha residência e trabalho fixos permanecerá em liberdade durante todo o processo criminal, independentemente do crime cometido (como homicídio, estupro, estelionato e, obviamente, todos os crimes do colarinho branco), e que esse processo irá perdurar, em média, por dez a quinze anos. Ao final, caso o condenado não fuja, ele deverá se apresentar espontaneamente para dar início à sua pena (o que, como o leitor já pode imaginar, acaba por não ocorrer na prática).

Também é imperativo que o cidadão saiba que, por coincidência ou não, não existe nenhum crime do colarinho branco entre os crimes hediondos, o que dificulta ainda mais sua punição. Seguindo essa mesma trilha, temos que a investigação criminal, além de não ser dotada de pessoal e meios suficientes, encontra-se sucateada pela falta de treinamento para combate à nova criminalidade que surge com a fluidez das relações contemporâneas (como os crimes praticados pela internet, crimes financeiros, fraudes à licitação, etc.). Some-se a isso a interpretação extremamente anacrônica dos tribunais que entendem que mesmo o servidor público (como um parlamentar), recebendo seus vencimentos dos cofres públicos, tem a preservação da intimidade a tal ponto de impedir as investigações escudado num absoluto

“princípio constitucional da intimidade”.

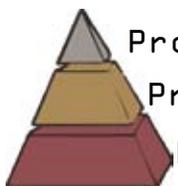
Por outro lado, é bom o que o cidadão conheça a realidade prisional brasileira. Saiba o interessado que, atualmente, temos cerca de 440 mil presos vivendo como verdadeiros animais em cadeias, presídios e penitenciárias, na maior parte, em péssimas condições de salubridade, sendo que, desses, 189 mil aguardam, ainda, seu julgamento. Apenas em Minas Gerais, segundo dados da Secretaria de Estado de Defesa Social, são aproximadamente 45 mil presos. Esse paradoxo que se engendra perante os olhos críticos do cidadão inconformado com a impunidade pode ser resumido na máxima que “a guerra contra a pobreza tornou-se, no Brasil, a guerra contra os pobres”.

Ora, a equação é muito simples e seu resultado é indiscutível. Coloquem-se, na fórmula, alguns axiomas: o princípio da presunção da inocência e a necessidade de responder em liberdade; o fato de os tribunais, principalmente os superiores (STF e STJ) estarem superlotados de processos (note que o STF julga aproximadamente 100.000 processos por ano, enquanto a Suprema Corte Norte Americana julga em torno de 100); a interpretação extremamente garantista dos direitos de alguns e a coincidência da legislação e da interpretação jurídica preverem a necessidade de apenas aguardar preso aquele que cometeu crime violento.

No somatório dessas “verdades penais insofismáveis e indiscutíveis”, temos que, como costume dizer aos meus alunos, caso se materializem três circunstâncias elementares na ocorrência real de determinado crime, o acusado NUNCA passará nenhum dia na prisão. Seriam elas: *i. O acusado não pode ser preso em flagrante (apesar de que a segunda circunstância pode suplantar essa); ii. O acusado deve ter residência e emprego fixos (e dinheiro para pagar uma boa e interessada defesa); iii. O acusado não pode deixar seu caso cair na mídia.*

Na hipótese de uma pessoa conseguir praticar um delito esquivando-se da ocorrência dessas situações, é quase garantido que ela não responderá, em nada, pelo seu delito. E não se trata aqui de uma questão de crime ou de prova, podendo o criminoso se “dar ao luxo” de cometer qualquer crime (se falarmos, especificamente, de crimes do colarinho branco, teremos uma covardia, já que a impunidade ganha “de goleada” da efetividade, sendo estatisticamente insignificantes os casos de atuação minimamente adequada do sistema) e mesmo confessá-lo. Tudo será “resolvido” no trâmite processual em que os juízes serão meros coadjuvantes de uma tragédia estrelada pelos percalços do processo penal.

Bom que se diga, por fim, que não se faz aqui uma crítica às instituições e sim ao sistema, considerando-se que cada um que nele atua é vítima e co-responsável por suas mazelas. Essas apenas serão seriamente trabalhadas quando for desvelada a roupagem jurídica de nossas interpretações absurdas, permitindo ao cidadão comum uma crítica consciente e contundente da impropriedade cabal e completa do sistema criminal, o que se revela como objetivo último de nossa obra que embasou o presente artigo.



3.4.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.4.3.1 ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais: Comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009. 168 p.

André Estefam traz uma obra específica sobre a recente inovação legislativa que alterou o capítulo do Código Penal que trata dos crimes contra a dignidade sexual.

Estudo amplo e comparativo, o livro trata de todos os pormenores das novas figuras típico-penais, de forma didática e com interessantes posições doutrinárias e jurisprudenciais.

B) Artigos

3.4.3.2 SILVA, Klarissa Almeida. **Tipologia dos homicídios: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, Ano 16, n. 74, p. 339-360, set./out. 2008.

Klarissa Almeida nos apresenta um estudo sistematizado, com vários gráficos, estatísticas, descrição, características, tipos e outros pontos relacionáveis sobre os casos de homicídios ocorridos em Belo Horizonte com base na atuação criminal do Ministério Público de Minas Gerais (denúncias ajuizadas).

Conforme explica a autora, estudar “(...) os homicídios através da criação de tipologias indica a possibilidade de combater esses crimes por meio de políticas públicas focadas em cada um dos tipos, uma vez que tanto os perfis dos envolvidos como os contextos em que eles ocorrem se diferenciam demasiadamente. Esse ponto, a meu ver, é o de maior contribuição sociológico deste estudo”. (p. 357).

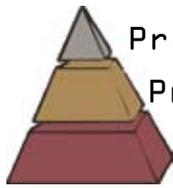
Para melhor elucidar os propósitos do excelente trabalho, transcrevemos:

Neste artigo, busco identificar quais são as características relacionadas aos tipos de homicídios que permitem categorizá-los a fim de buscar aproximações e diferenças entre os mesmos. Para tanto, uso 265 denúncias de homicídios consumados e tentados oferecidas, entre 2003 e 2005, pelo Ministério Público de Minas Gerais, na comarca de Belo Horizonte. Para analisá-las, utilizo métodos qualitativos (análise de conteúdo em relação aos textos das denúncias) e quantitativos (análises uni e bivariadas, análise fatorial, além de análises espaciais). Tais técnicas, aliadas às teorias estudadas, permitem categorizar tais crimes, de forma a tipologizá-los no intuito de compreender e explicar o fenômeno, ampliando, desta forma, o conhecimento acerca da temática ‘Violência e Sociedade’. (p. 339).

3.4.4 Jurisprudência da área

3.4.4.1 STF, 1ª Turma. *Porte ilegal de munição desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade da conduta. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento*

EMENTA: Porte Ilegal de Munição. Ante as peculiaridades do caso, a Turma, por maioria, deferiu *habeas corpus* para reconhecer a atipicidade da conduta imputada a denunciado pela prática do delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, por ter sido apreendida munição de uso proibido ou restrito no interior de sua residência. Na espécie, as instâncias inferiores reputaram a conduta materialmente atípica, em face da ausência lesiva da munição, porquanto desacompanhada da arma de fogo. Ocorre, contudo, que o STJ reformara tal acórdão por considerar irrelevante a não apreensão da arma para configuração do tipo, haja vista cuidar-se de delito de perigo abstrato. Inicialmente, salientou-se que, durante o seu interrogatório, o paciente afirmara que mantinha as munições em roupeiro a título de recordação do período em que servira o Exército. Em seguida, assentou-se que a conduta em apreço, a rigor, enquadrar-se-ia no tipo previsto no art. 16 do Estatuto do Desarmamento. Destarte, asseverou-se que se estaria diante de conduta formalmente típica, a qual, todavia, não se mostraria típica em sua dimensão material, na medida em que não seria possível vislumbrar, nas circunstâncias, situação que expusesse o corpo social a perigo, dado que a munição apreendida – guardada em armário e desacompanhada da arma de fogo – seria incapaz, por si só, de provocar qualquer lesão ao bem jurídico tutelado – a incolumidade pública. Por fim, enfatizou-se que não se estaria a firmar tese segundo a qual a munição desacompanhada da arma seria conduta atípica, mas apenas se atentando às singularidades do caso concreto. Vencido o Min. Marco Aurélio, que indeferia o *writ* por entender típica a conduta. Aduzia



que a quadra vivenciada levara ao abandono do enquadramento do porte de munição como simples contravenção penal e o Congresso Nacional, em uma opção político-normativa, trouxera à baila o art. 16 da Lei 10.826/2003, que possui diversos núcleos – que são conducentes a concluir-se que se tem crime formal e não material. Salientava que no referido tipo penal se teve presente, numa ficção jurídica, que qualquer das condutas colocaria em risco a paz pública, os cidadãos em geral. HC 96532/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 6.10.2009. (HC-96532) (**Informativo nº 562 do STF, Brasília, 5 a 9 de outubro de 2009, Assessora responsável pelo Informativo Anna Daniela de A. M. dos Santos**).

3.4.4.2 STJ, 5ª Turma. *Porte ilegal de munição desacompanhada de arma de fogo. Tipicidade da conduta. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento*

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. Na linha de precedentes desta Corte o porte de munição é delito de perigo abstrato, sendo, portanto, em tese, típica a conduta daquele que é preso portando munição, de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (precedentes). Ordem denegada. (STJ, 5ª Turma, HC 130172 / SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23.06.2009, DJe 17.08.2009)

3.4.4.3 STJ, 6ª Turma. *Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito para os crimes de tráfico de drogas cometidos antes da vigência da Lei 11.343/06. Possibilidade*

EMENTA: PENAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – DIMINUIÇÃO DE PENA DA LEI NOVA – APLICAÇÃO RETROATIVA – POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – ESCOLHA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO – ORDEM CONCEDIDA. 1- É aplicável retroativamente, nos termos do disposto na Constituição da República e no Código Penal, a norma penal benéfica, mesmo em caso de sentença transitada em julgado. 2- A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado. 3- A substituição da pena privativa de liberdade imposta a traficantes de drogas condenados sob a égide da antiga Lei Antidrogas é possível, salvo se a quantidade da pena imposta não o permitir ou se for desfavorável o exame das circunstâncias judiciais referentes ao agente. Precedentes do STF. 4- Ordem concedida. (STJ, 6ª Turma, HC 93394 / DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), j. 26.02.2008, 06.08.2008, DJe 10.03.2008).

3.4.4.4 STF, Pleno. *Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito para os crimes de tráfico de drogas cometidos antes da vigência da Lei 11.343/06. Impossibilidade*

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. FATO ANTERIOR À LEI 11.343/06. PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento de *writ* anteriormente aforado perante aquela Corte, denegou a ordem. 2. A questão de direito debatida neste *writ* envolve a possibilidade (ou não) de incidência do art. 44, do Código Penal, às hipóteses relacionadas aos crimes hediondos e a eles equiparados, como é o caso do crime de tráfico ilícito de substância entorpecente (Lei nº 6.368/76, art. 12; Lei nº 11.343/06, art. 33). 3. O Pleno desta Corte já teve oportunidade de apreciar a questão no HC nº 85.894-5/RJ (rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 28.09.2007). 4. Entendo que não haveria aplicação retroativa da regra contida no art. 44, caput, da Lei nº 11.343/06, ao presente caso, eis que o sistema jurídico anterior ao seu advento já não permitia a substituição da pena corporal por pena restritiva de direito em relação aos crimes hediondos e a eles equiparados. A esse respeito, estou convencida acerca da impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, mesmo no período anterior ao advento da Lei nº 11.343/06. 5. Contudo, na linha do precedente desta Corte já referido (HC nº 85.894-5, rel. Min. Gilmar Mendes), não encontro razão para tratar o presente caso de modo diferente, ainda que atualmente esteja em vigor o art. 44, da Lei nº 11.343/06. Adotando-se o raciocínio já desenvolvido nos votos vencedores do referido julgamento, a norma do art. 44, da Lei nº 11.343/06, não pode retroagir para atingir fatos pretéritos, sob pena de violação ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria penal. 6. E, no tema referente à progressão do regime prisional, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada. 7. Ordem concedida para que se proceda ao exame, pelo juízo competente, da presença (ou não) dos requisitos do art. 44, do Código Penal, e da progressão do regime prisional. (STF, Pleno, HC 89976 / RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.03.2009).

Informações Variadas

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 DIREITO E EFETIVIDADE

4.1.1 A desnecessidade de alvará judicial para recebimento do seguro obrigatório em caso de acidente de trânsito (DPVAT)

Luciana Teixeira Guimarães Christofaro

Promotora de Justiça - Ministério Público de Minas Gerais

Diariamente são protocolizados pedidos de alvarás judiciais objetivando o recebimento do seguro DPVAT na Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização – FENASEG – em razão da recusa, pela seguradora, de pagamento do prêmio devido. A negativa ao atendimento do requerimento do beneficiário é justificada com fulcro no § 2º do art. 4º da Lei Federal nº 6.194/74¹ com a redação que lhe deu a Lei nº 8.441, de 13/07/1992, *in verbis*:

Art. 4º (...)

§ 2º Deixando a vítima beneficiários incapazes, ou sendo ou resultando ela incapaz, a indenização do seguro será liberada em nome de quem detiver o encargo de sua guarda, sustento ou despesas, conforme dispuser alvará judicial.

Ocorre que tal parágrafo foi revogado pela Lei nº 11.482/2007, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º A indenização no caso de morte será paga de acordo com o disposto no art. 792 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 8.441, de 1992). (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

¹ Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não.

4.2 SOCIEDADE EM DEBATE

4.2.1 A inconstitucionalidade do pagamento de gratificação natalina a secretários municipais

Rodrigo Alves Barcellos

Advogado em Minas Gerais

Pós-graduado em Direito Público pela PUC-MG
Coordenador Subseccional da Escola Superior da Advocacia

§ 3º Nos demais casos, o pagamento será feito diretamente à vítima na forma que dispuser o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

Dessa feita, o pagamento da indenização no caso de morte deverá obedecer tão-somente ao que dispõe o Código Civil:

Art. 792 – Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que foi feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

O sítio oficial do DPVAT² não lista, como documento necessário ao recebimento do seguro, o alvará judicial, bem assim o sítio da SUSEP³. Este último, para constar, exige o alvará somente no caso de a *vítima* ser menor de idade, e, mesmo assim, se tiver entre 17 e 18 anos e não estiver assistida por seu representante legal. Para vítimas com até 16 anos, a indenização será paga ao representante legal (pai, mãe ou tutor), independentemente da ordem judicial.

Assim, não podem as seguradoras se furtar ao pagamento do seguro ao argumento de falta de alvará judicial, por clara afronta à lei. É bom lembrar que a sociedade seguradora que infringir as disposições da Lei nº 6.194/74, nos termos do seu art. 11, com a redação dada pela Lei nº 11.482/2007, estará sujeita às penalidades previstas no art. 108 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, de acordo com a gravidade da irregularidade, observado o disposto no art. 118 do mesmo diploma legal.

A má-fé das seguradoras que se furtam ao pagamento dos prêmios é patente e obriga os beneficiários a recorrer ao Poder Judiciário para receber algo que lhes é devido por lei, retardando o recebimento dos valores e abarrotando as prateleiras de juízes e promotores de Justiça com processos desnecessários.

Isso posto, em razão da revogação do § 2º do art. 4º da Lei nº 6.194/74, as ações ajuizadas com tal objetivo deveriam ser extintas sem resolução do mérito por falta de interesse de agir consubstanciada na necessidade da demanda. Porém, em nome da adequada prestação jurisdicional, eficiência e solidariedade, tendo a seguradora negado o pagamento, forçando o ajuizamento da ação, acabamos por analisar o mérito e emitir o parecer ministerial, despendendo tempo que poderia ser concentrado em outras demandas as quais reclamam efetivamente a intervenção do *Parquet*.

² www.dpvatseguro.com.br/consulta_indenizacao

³ www.susep.gov.br/menuatendimento/dpvat.asp

Um tema que tem gerado bastante controvérsia, principalmente em virtude da Recomendação da Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais¹ que busca coibir o pagamento de gratificação natalina a prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, diz respeito à inconstitucionalidade da percepção dessa verba remuneratória também por



secretários municipais.

Diz o artigo 39, § 4º, da Constituição da República que:

O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Em que pese à clareza da determinação constitucional, Di Pietro, autora sempre citada para respaldar a possibilidade do pagamento de décimo terceiro “salário” ou gratificação natalina aos secretários municipais, comentando a norma acima, enfatiza que:

Embora o dispositivo fale em **parcela única**, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias.

Poder-se-ia argumentar que o § 4º do artigo 39 exclui essas vantagens ao falar em parcela única; ocorre que o § 3º refere-se genericamente aos **ocupantes de cargo público**, sem fazer qualquer distinção quanto ao regime de retribuição pecuniária. Quando há duas normas constitucionais aparentemente contraditórias, tem-se que adotar interpretação conciliatória, para tirar de cada uma delas o máximo de aplicação possível. No caso, tem-se que conciliar os §§ 3º e 4º do artigo 39, de modo a entender que, embora o segundo fale em parcela única, isto não impede a aplicação do outro, que assegura o direito a determinadas vantagens, portanto, igualmente com fundamento constitucional.²

Ao nosso modesto sentir, essa não é a melhor interpretação. Tem-se, *in casu*, a norma do § 4º do art. 39 da Constituição Federal, que é específica no que tange à remuneração dos secretários municipais. A norma genérica do § 3º contempla a possibilidade do pagamento do décimo terceiro aos servidores ocupantes de cargos públicos que não aqueles expressamente ressalvados pelo § 4º do dispositivo constitucional em comento.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica que a norma especial afasta a incidência da norma geral no que diz respeito à questão específica, na linha do velho brocardo latino: *lex speciali derogat generali*. A questão específica da remuneração de secretários municipais é regida pela norma especial do § 4º do art. 39 da Carta de 1988, por isso que, vale repetir, a norma geral não revoga nem modifica a norma especial ou, noutras palavras, a norma especial sim é que afasta a aplicabilidade da norma geral do § 3º do mesmo artigo.

Diniz ensina que:

Uma norma é especial se possuir em sua definição

legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral.

E continua:

Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*. Ter-se-á, então, de considerar a passagem da lei geral à exceção como uma passagem da legalidade abstrata à equidade. Essa transição da norma geral à especial seria o percurso de adaptação progressiva da regra de justiça às articulações da realidade social até o limite ideal de um tratamento diferente para cada indivíduo, isto porque as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas da mesma forma, e as de outra, de modo diverso. Há, portanto, uma diversificação do desigual. Esse critério serviria, numa certa medida, por ser decorrência do princípio constitucional da isonomia, para solucionar antinomias, tratando desigualmente o que é desigual, fazendo diferenciações exigidas fática e axiologicamente, apelando para isso à *ratio legis*³

Pensamos que a razão da norma insculpida no § 4º do artigo 39 da Constituição Federal situa-se justamente no fato de dar tratamento desigual a agentes públicos que se encontram em situação de desigualdade. Acaso fosse intenção do legislador constitucional possibilitar o pagamento da pecúnia natalina aos secretários municipais, não teria veiculado expressamente esses agentes na prescrição restritiva mencionada.

Bandeira de Mello afirma que:

Para que um discrimen legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende observar que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.⁴

De acordo com a boa técnica interpretativa, devemos entender que a Constituição Federal não possui palavras inúteis, sob pena de derrogação do brocardo *verba cum effectu, sunt accipienda*. Carlos Maximiliano ensina que “(...) as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis”⁵. No mesmo sentido, Alexandre Moraes, com base no magistério de Jorge Miranda, afirma que “(...) deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que

Informações Variadas

lhe suprima ou diminua a finalidade”⁶. E arremata Ferrara: “A interpretação deve ser objetiva, desapassionada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei”⁷. Logo, ao interpretar-se a Carta Maior de forma a possibilitar o pagamento de verba natalina (décimo terceiro) aos secretários municipais, não haveria função normativa para o texto do § 4º do art. 39.

Bem por isso, presente a regra de hermenêutica mencionada, o § 4º do art. 39 da Constituição Federal deixou expresso que secretários municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. O § 3º abrange ocupantes de cargo público (gênero), o § 4º exclui secretários municipais (espécie).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto enfatizou com clareza essa distinção:

Bem, sobre essa matéria, o §4º do art. 39 da Constituição Federal (redação introduzida pela EC nº 19/98) estabelece que o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio, cuja fixação ou alteração é matéria reservada à lei específica, observada, em cada caso, a respectiva iniciativa (incisos X e XI do art. 37 da CF/88). Fez, então, uma nítida separação entre a classe dos servidores públicos em geral e o segmento daqueles agentes situados no topo da estrutura funcional de cada Poder Orgânico da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Isto, naturalmente, para ensejar maior visibilidade aos ganhos regulares de tais agentes de proa, cujos cargos, por isso mesmo, têm os respectivos nomes cunhados pela própria Constituição. O que não se dá com aqueles em que se decompõem as competências ordinárias do Estado.⁸

Fernando Botelho, desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, examinando especificamente a questão da inaplicabilidade dos direitos inculpidos no § 3º do art. 39 da CF aos secretários municipais, proferiu a seguinte decisão:

Contudo, a norma constitucional em comento, acrescentada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, se torna aplicável, tão-somente, aos agentes públicos-servidores ocupantes de cargo público.

Aos agentes políticos, como os Secretários Executivos Municipais, aplica-se, com exclusividade, a outra disposição constitucional - do § 4º, do artigo 39, que, insista-se, dispõe:

‘O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.’

Nesse diapasão, vê-se que o legislador constituinte derivado deu tratamento diferenciado aos servidores públicos e aos agentes políticos quanto aos direitos sociais garantidos pelo artigo 7º, já que estendeu expressamente alguns destes apenas àqueles, isto é, aos servidores, ocupantes de cargo público.

Noutras palavras, a regra do artigo 7º se mostra

aparentemente geral, aplicável ao universo dos servidores públicos, mas não pode esta aplicabilidade fissurar a do artigo 39, § 4º, que se mostra especial e restritiva-específica, posto que dirigida a determinados agentes – membros de Poder.

Assim, a última prevalece sobre a primeira frente à especificidade de que cuida, vale dizer, exclui-se, do âmbito da primeira a categoria de agentes públicos (*lato sensu*) - os agentes políticos (*stricto sensu*) - cujo regramento remuneratório se conduz sob a égide especial-específica, do parágrafo 4º do art. 39/CF.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, após tecer considerações sobre os servidores públicos, adverte, neste exato sentido, que ‘ditas observações só valem para estes, não abrangendo os agentes políticos, pois é apenas dos primeiros que cogita o art. 39, § 3º.’ (op. cit., p. 253)

Em que pese divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, filio-me, pois, a este entendimento: o de que aos agentes políticos integrados ao Poder Executivo Municipal não se aplicam direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, inculpidos no artigo 7º da Carta Magna, *in casu* consubstanciados no ‘décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria’ (inciso VIII) e ‘o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal’ (inciso XVII).⁹

Logo, inquestionável que, por força do art. 7º, VIII, combinado com o art. 39, § 3º, a gratificação natalina somente se aplica aos servidores ocupantes de cargo público. E, sobre o conceito de servidor público tal como dimana da Constituição, assim pontifica o ilustre José Afonso da Silva, com remissão a Hely Lopes Meirelles e Carmem Lúcia Antunes Rocha:

O elemento subjetivo do órgão público – o titular – denomina-se genericamente agente público, que, dada a diferença de natureza das competências e atribuições a ele cometidas, se distingue em: agentes políticos, titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do governo, e agentes administrativos, titulares de cargo, emprego ou função pública, compreendendo todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, não eventual, sob vínculo de dependência, caracterizando-se, assim pela profissionalidade e relação de subordinação hierárquica.¹⁰

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também examinou a matéria em abril de 2008 nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.08.470784-3/000, em que o Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais apresentou representação, com pedido de cautelar suspensiva, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 2.949, de 2 de junho de 2004, do Município de Boa Esperança, que instituiu o décimo terceiro subsídio aos secretários municipais. O dispositivo da lei municipal em comento tinha a seguinte redação: “Art. 2º - Será devido décimo terceiro (13º) subsídio aos Secretários Municipais, no valor de seu subsídio mensal, a ser pago no final de cada ano da legislatura”. O Desembargador-relator Célio César Paduani deferiu a cautelar reivindicada, para suspender a eficácia desse artigo 2º, sendo a liminar ratificada pela Corte Superior do Tribunal de Justiça mineiro em votação unânime.

No mesmo sentido, com base em decisão do Superior Tribunal de Justiça¹¹, o Tribunal de Contas do Estado da Bahia, no Parecer Normativo nº 10/2005, asseverou que

“(…) não podem os agentes políticos municipais do Estado da Bahia, eleitos *ou nomeados*, receber gratificação natalina, ou décimo terceiro salário, a partir do exercício em curso de 2005, ficando revogadas quaisquer orientações pregressas que versem sobre o assunto e que se choquem com o aludido decisório”, fazendo alusão às razões de decidir do Ministro José Arnaldo Da Fonseca, que enfatizou: “(…) em se tratando de dinheiro público, não se pode cogitar do subjetivismo de ser justo ou injusto o pagamento de determinado encargo, devendo prevalecer, isso sim, a sua legalidade e constitucionalidade”.

Alguns tribunais de Justiça admitiam, até bem pouco tempo atrás, o pagamento de gratificação natalina aos secretários municipais, desde que amparado por lei municipal autorizadora. No entanto, nunca conseguiram responder à seguinte indagação: se a Constituição Federal, em seu art. 39, § 4º, veda o pagamento “(…) de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”, como pode a lei municipal dispor em sentido contrário, sem quedar-se em inconstitucionalidade material?

Lado outro, se prefeitos e vereadores, que possuem a legitimidade da soberania popular expressada através do voto, não fazem jus à verba natalina, situação já pacificada na doutrina e na jurisprudência pátria, por que motivo os secretários municipais, que, na maior parte das vezes, galgam esses postos pelo apadrinhamento unipessoal, pela posição político-partidária que adotam no período pré-eleitoral, teriam direito a esse beneplácito remuneratório? Ainda mais que a vedação ao pagamento provém do mesmo dispositivo constitucional (art. 39, § 4º) em que todos esses agentes estão expressamente elencados. Secretários municipais, da mesma forma que prefeitos e vereadores, não prestam concurso público, não são organizados em carreira; o provimento de seus cargos ocorre de forma discricionária e é desprovido do vínculo da permanência no serviço público. Eles comandam a secretaria pelo período do mandato do prefeito ou enquanto gozar da confiança e simpatia deste ou ainda de acordo com os influxos das conjecturas políticas da época. Logo, não podem ser equiparados aos servidores efetivos elencados no § 3º do artigo 39 do Texto Fundamental, pelo fato de serem regidos por situação funcional juridicamente diversa.

Insista-se: sem previsão constitucional, não há como estender aos secretários municipais a gratificação natalina. A finalidade da regra insculpida no artigo 39, § 4º, da Constituição Federal é justamente unificar a remuneração,

evitando a multiplicação indevida de parcelas. Logo, se secretários municipais não são equiparados aos empregados ou aos servidores públicos, concluímos que os direitos sociais fundamentais inseridos nos artigos 7º e 39, § 3º, da Lei Fundamental, incluindo o décimo terceiro, não os alcançam, sendo, de conseqüência, inconstitucional qualquer disposição legislativa municipal que lhes proporcionem o percebimento dessa verba pecuniária.

Notas e referências bibliográficas:

- 1 BRASIL. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Procedimento Administrativo n. MPMG-0024.09.000597-6. Ementa: “Norma jurídica municipal. Pagamento de 13º salário a agentes políticos detentores de mandato eletivo. Impossibilidade. Inexistência de relação com o Poder Público, senão a de natureza política. Inconstitucionalidade.”
- 2 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 464.
- 3 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74.
- 4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.
- 5 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 250.
- 6 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 43.
- 7 FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. v. 1. Roma: Athenaeum, 1921. p. 206.
- 8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3.491-0. Rio Grande do Sul. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. 27 set 2006.
- 9 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0107.07.001029-6/001. Comarca de Cambuquira. Rel. Des. Edgard Penna Amorim. j. 08 ago 2008.
- 10 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 658.
- 11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n.º 15.476/BA. 5ª T. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. j. 16 mar 2004.

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.3.1 Aspectos processuais e instrutórios da Nova Lei Antidrogas: limitações de garantias

Érico de Oliveira Della Torres

*Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Uberlândia
Ex-estagiário do MPMG e do MPF*

1. A verdade real como mito

Antes da análise específica dos procedimentos previstos na atual Lei de Tóxicos (Lei n.º 11.343/2006), necessária se faz a desmistificação do conceito de verdade real, causa justificante da busca de meios de provas que, cada

vez mais, limitam liberdades e garantias individuais sob o argumento de que, em processo penal, para evitar qualquer dúvida, deve o juiz analisar o processo diante de fatos efetivamente comprovados. São os dizeres de CAPEZ:

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade não se conformando com a verdade formal constante nos autos (...). Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas (*vide* art. 130 do CPC).¹

Ocorre que a mente humana, muitas das vezes, maior produtora de provas no processo penal, não é uma máquina perfeita e que guarda as informações tais como ocorreram, por estar sujeita às paixões e aos lapsos, o que faz com que o

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26-27.

Informações Variadas

conteúdo constante nos depoimentos prestados em juízo, em várias oportunidades, não represente, de forma fidedigna, os fatos da forma que ocorreram. Ferrajoli ressalta nesse sentido:

A verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é o resultado de uma ilação dos fatos 'comprovados' do passado com os fatos probatórios do presente. Esta ilação - realizada por um historiador, um juiz ou detetive - pode ser representada como uma inferência *indutiva* que contém nas premissas a descrição do fato que se tem de explicar e as provas praticadas, além das generalidade habitualmente subentendidas (entimemáticas) no atendimento de experiências análogas, e que contém na conclusão a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale à sua hipótese de explicação.²

O mesmo autor, em momento anterior, relembra que nem no que tange às ciências empíricas as "verdades" podem ser tidas como dogmas, dado que representam apenas probabilidade, conseqüência da experiência que demonstra que os fatos ocorrem sempre naquela ordem, numa relação de causa e efeito. São as palavras do doutrinador italiano:

A 'verdade' de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a 'verdade' de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que dela possuímos.³

A idéia de uma representação fidedigna dos fatos como ocorreram (verdade real), que, muitas das vezes, legitima eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso sistema processual penal, deve ser desmistificada e analisada à luz da Carta Magna de 1988, que, segundo entendimento de Oliveira,

(...) desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e ampla defesa bem como a imparcialidade, de *convicção* e de *atuação*, do juiz, impedem-no. Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*.⁴

Após tal digressão, torna-se possível a análise crítica de alguns dos meios de prova referidos na atual legislação antidrogas, bem como a ligação desses meios com uma política criminal repressiva.

2. Da possibilidade de infiltração de agentes policiais

Prescreve o art. 53, I, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;⁵

A possibilidade de infiltração de agentes policiais já era prevista na Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95) e, com a promulgação da nova lei antidrogas, fez-se novamente presente, demonstrando a intenção de repressão total às verdadeiras organizações criminosas.

Ocorre que a adoção de institutos alienígenas, sem a competente regulamentação, mostra-se incompatível com os princípios reitores do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, totalmente ineficaz. São as críticas da doutrina especializada:

O primeiro problema que se apresenta é o seguinte: quais crimes o infiltrado está autorizado a praticar? Toda pessoa que se apresenta ao crime organizado submete-se a ordens e é obrigado a praticar alguns crimes. O infiltrado estaria isento de qualquer pena nesse caso? Quais crimes ele poderia praticar sem ter problemas legais? O infiltrado deve mudar sua identidade, de sua família etc. Quando descoberto é aposentado compulsoriamente. Nada foi regulado pela nova Lei. A eficácia do instituto está seriamente comprometida. Vejamos sua eficiência. O tempo dirá se esse meio investigativo é realmente útil.⁶

O objetivo da novel legislação, no campo material como no processual, foi reprimir o tráfico de drogas, mediante a utilização de mecanismos gravosos e que permitam a punição dos líderes das organizações criminosas. Ocorre que, prematuramente, criou-se um instituto incapaz de atender aos objetivos colimados por ausência de regulamentação legal, configurando verdadeira *atecna* legislativa.

As críticas não cessam nesse ponto, principalmente quando se observa a tendência legislativa brasileira na seara criminal. São expressivas as críticas de Bitencourt:

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de *exacerbação e ampliação* dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governos utilizam o *Direito Penal* como panacéia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrariamente e simbolicamente o direito penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 55.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 291.

⁵ BRASIL. **Lei 11.343**. Publicada em 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 5 mai. 2009.

⁶ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 264.

imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade.⁷

Ora, antes da criação de qualquer instituto, principalmente quando acarrete restrições às liberdades constitucionais⁸, necessária se faz a escorreita regulamentação para que, no caso concreto, possa o magistrado, ponderando os direitos fundamentais em conflito, decidir pela viabilidade ou não da medida, sob pena de instituição de mera demagogia de eficácia no âmbito penal.

Percebe-se, pois, que:

Todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como 'discurso legitimador' do *abandono progressivo* das garantias fundamentais do *direito penal da culpabilidade*, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, (...). Na linha de 'lei e ordem', sustentando-se a validade de um *Direito Penal Funcional*, adota-se um moderno *utilitarismo penal*, isto é, um *utilitarismo dividido*, parcial, que visa somente à *máxima utilidade da minoria*, expondo-se, conseqüentemente, às tentações de *autolegitimação* e a retrocessos autoritários, bem ao gosto de um *Direito Penal máximo*, cujos fins justificam os meios e a sanção, como afirma Ferrajoli, deixa de ser 'pena' e passa a ser 'taxa'.⁹

3. Da delação premiada

Não bastasse a permissão de infiltração de agentes policiais, totalmente sem regulamentação e, por conseguinte, ineficaz, a nova lei antidrogas ainda previu, no art. 41, a possibilidade de benefício ao co-réu ou indiciado que colabore com as investigações criminais. *In verbis*:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.¹⁰

A mera leitura do dispositivo denota que o legislador, antes de se preocupar com princípios morais e éticos, procurou, mais uma vez, reprimir o tráfico de entorpecentes com a garantia de um direito subjetivo¹¹ àquele que coopera com a instrução criminal, permitindo uma ação mais efetiva da polícia e do Judiciário.

Assim, buscando minimizar, emergencialmente, os problemas estruturais investigatórios, que, desde longínqua

data se demonstram ineficientes, o novel diploma legislativo, mediante a colaboração daqueles que, diuturnamente, encontram-se envolvidos com o tráfico de drogas, permitiu a redução de pena, mesmo que tal ação seja pautada em valores contrários aos preceitos do grupo¹² criminoso, demonstrando, inescrupulosamente, que:

A delação premiada, com efeito, assenta-se na traição. A Lei não é pedagogicamente correta quando ensina que trair traz benefícios. Sendo eticamente reprovável (ou, no mínimo, discutível), deve a delação premiada ser restringida o máximo possível. Só teria cabimento em situações muito especiais. E, de qualquer modo, requer muita cautela porque pode haver incriminação puramente vingativa.¹³

Não bastasse tal fato, a lei é peremptória ao exigir que, além da identificação dos demais co-autores e partícipes, o investigado deve, com sua ação, permitir a recuperação dos produtos do crime.

Ocorre que, em delitos de drogas, a prova da origem dos bens oriundos da ação criminosa nem sempre é fácil e, muitas das vezes, não é de conhecimento do delator. Por conseguinte, difícil será a aplicação do instituto caso a interpretação literal prevaleça. Assim, para que a benesse não se torne letra morta, deve-se interpretá-la com prudência. Nos dizeres de Oliveira:

(...) pensamos que a recuperação do produto do crime somente há de ser exigida, também como condição, se houver efetiva possibilidade fática da medida. Ou seja, não é porque não se conseguiu a recuperação (total ou parcial) do produto que não se poderá aplicar a redução da pena. A identificação dos co-autores e partícipes e a citada recuperação do produto do crime, na realidade, constituem os elementos definidores da *colaboração* do acusado. É dizer: será efetiva a colaboração, se com ela se puder apontar os demais envolvidos. Em relação à recuperação do produto, todavia, nem sempre será possível, porque eventualmente poderá estar fora do alcance do acusado. E nem por isso, pensamos, se deverá afastar a diminuição da pena.¹⁴

Em sentido oposto, os sodalícios nacionais, desde a égide da legislação anterior, têm-se mostrado renitentes na aplicação do dispositivo mencionado, garantindo ao réu o benefício somente quando preenchidos, de forma cabal, os requisitos legais, o que, mais uma vez, confirma que o intuito colaborador do legislador é mera aparência e, em realidade, o que se busca é a repressão de um maior número de criminosos. Nesse sentido, tem decidido o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MANUTENÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ART. 14 DA LEI 6.368/76. CARÁTER ESTÁVEL E PERMANENTE DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPROVAÇÃO. AUTONOMIA DOS ILÍCITOS TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 12 E 14 DA LEI Nº 6368/76. ART. 13 DA LEI 6.368/76. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELO DO ACUSADO PARCIALMENTE PROVIDO. INAPLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública. v. 4. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

⁸ Nessa categoria se insere a "infiltração de agentes policiais", uma vez que o sigilo de comunicações dos investigados é quebrado, com o conseqüente monitoramento de todas as suas ações.

⁹ BITENCOURT, op. cit. p. 241.

¹⁰ BRASIL. **Lei 11.343**. Publicada em 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 5 mai. 2009.

¹¹ É a posição de GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹² Utiliza-se a terminologia "grupo", uma vez que nem todas as organizações criminosas ligadas ao tráfico de drogas são quadrilhas e, em não tendo a legislação nacional restringido a benesse aos bandos, a melhor interpretação do dispositivo é aquela que permite a sua aplicação a todos os indiciados ou réus que, conforme a lei, dele se utilizem.

¹³ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 229.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.630.

Informações Variadas

AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 32 DA LEI Nº 10.409/2002. QUANTIDADE DE DROGA. CONSIDERAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM RELAÇÃO AOS APELADOS. NÃO CONCRETIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DA NORMA PENAL INCRIMINADORA (LEI 6.368/76). APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA OS CRIMES HEDIONDOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. É de rigor a manutenção da sentença que condenou um dos acusados como incurso nas penas do art. 14 da Lei 6.368/76, em restando comprovado o caráter estável e permanente da associação para o tráfico.

2. Os ilícitos tipificados nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, são autônomos e puníveis na forma do art. 69 do CP.

3. Não configuração do delito previsto no art. 13 da Lei 6.368/76.

4. Inaplicação do benefício da delação premiada em face da ausência dos requisitos previstos no art. 32 da Lei nº 10.409/2002.

5. A expressiva quantidade de droga apreendida deve ser considerada na fixação da resposta penal.

6. É de rigor a manutenção da sentença absolutória se no decorrer da instrução criminal não restar demonstrado, em relação aos apelados, que os mesmos concretizaram os elementos da norma penal incriminadora (Lei 6.368/76).

7. A vedação à progressão do regime de cumprimento da pena para os crimes hediondos é inconstitucional.

8. Apelo do Ministério Público improvido. Parcial provimento ao apelo do réu.¹⁵

Demonstra-se, novamente, que o legislador, sem se preocupar com a escuridão técnica, regulou o instituto de forma parca, o que o torna quase impraticável, servindo, tão-somente, de “meio de barganha” do investigado para que colabore com a instrução criminal, sem lhe garantir o mínimo: sua proteção.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Quarta Turma. **Apelação Criminal 2006.01.99.022502-9/MT.** *Justiça Pública e Joilson Paulo dos Anjos Martins versus Justiça Pública, Juliana Aparecida Fazio e Reginaldo Gorgonho de Oliveira*. Rel. Des. Hilton Queiroz. Julgado em 21/06/2007, DJ p.29.

4.4 ANÁLISE CRÍTICA

4.4.1 Apelação no Tribunal do Júri e as novas decisões do Superior Tribunal Federal

Roberto Atílio Jávere
Procurador de Justiça aposentado do
Ministério Público de Minas Gerais

Não bastassem tais críticas, deve-se lembrar que, hodiernamente, a incorporação de diretrizes do movimento “lei e ordem”, principalmente com a utilização da mídia de massa para a justificação da repressão a delitos, a delação premiada deve ser repensada, uma vez que “(...) tudo isso vem a público imediatamente, porque o tempo da mídia não é o mesmo da Justiça. A presunção de inocência, em regra, não vale para a mídia”.¹⁶

Assim, a cautela deve imperar na utilização do instituto, garantindo-se, principalmente, proteção ao delator, uma vez que a diminuição de pena àquele que delata verdadeira e poderosa organização criminosa, sem a correspondente proteção estatal não representa benefício em face da “pena capital” que lhe seria imputada pelos demais co-autores e/ou partícipes caso seu depoimento fosse descoberto.

É factível que neste ponto, novamente, a legislação brasileira adotou instituto alienígena sem se preocupar com sua efetiva regulamentação ou seus limites, visando, tão-somente, à repressão dos inculcados.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública.** v. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Lei 11.343.** Publicada em 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 5 mai. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Quarta Turma. **Apelação Criminal 2006.01.99.022502-9/MT.** *Justiça Pública e Joilson Paulo dos Anjos Martins versus Justiça Pública, Juliana Aparecida Fazio e Reginaldo Gorgonho de Oliveira*. Rel. Des. Hilton Queiroz. Julgado em 21/06/2007, DJ p.29.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada: Lei 11.343 de 23.08.2006.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 229.

Há tempos, em perfeita sintonia com a intenção legislativa e com indiscutível acerto, vem o Supremo Tribunal Federal sedimentando o entendimento de que o recurso de apelação de decisão proveniente do Tribunal do Júri tem natureza restrita, ficando o seu conhecimento adstrito aos fundamentos especificados



na sua interposição.

Também a doutrina pátria caminha no sentido de considerar que, nesse caso, a petição, eventualmente complementada por razões recursais tempestivas, é por si só eficaz para a devolução da matéria à instância superior, mas tão-somente na extensão em que foi proposta, considerando-se que os recursos manifestados em julgamento pelo Tribunal do Júri, dado o seu caráter peculiar, exigem prévio questionamento quanto à matéria a ser tratada, não sendo eles dotados do efeito devolutivo genérico inerente às demais apelações.

Obriga-se o recorrente, nesses termos, a explicitar objetivamente quais as hipóteses em que se funda o inconformismo, sob o risco de, não o fazendo, ter o apelo conhecido pelo motivo mais abrangente, qual seja, o de ter sido o veredicto proferido de maneira inteiramente contrária às provas dos autos. “É defeso ao Tribunal dar provimento à apelação por um fundamento quando o apelo é fundado em outro”.¹

Em face dessa reiterada e segura orientação originada do Tribunal Maior, acatada na íntegra pelos nossos doutrinadores, todas as cortes revisoras do país têm adotado, sem nenhuma discrepância, idêntico posicionamento.

Compreende-se que não existe excesso de rigorismo por parte do Supremo Tribunal e tampouco afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa. Ao contrário, justifica-se a exigência. “O Código Penal adjetivo delimita as hipóteses de cabimento de recurso quando o juízo *a quo* é o Júri, motivado, como se sabe, pela regra constitucional da soberania desse Tribunal”.²

Todavia, ultimamente, o Colegiado excelso vem se distanciando da glorificante função de julgar para imiscuir-se na atribuição de legislar. Em razão talvez, ou até mesmo, da inoperância ou incompetência de nossas casas legislativas.

Assim ocorreu com a orientação sumular que objetivou a disciplina do uso de algemas (Súmula Vinculante nº 11), cuja edição, entretanto, não guardou nenhuma sintonia com a regra constitucional que a pudesse autorizar. Veio a lume, sem que para a sua aprovação houvesse “[...] reiteradas decisões sobre matéria constitucional” (art. 103-A da Constituição da República, com a alteração determinada pela EC nº 45/2004). Igualmente, estabelece o § 1º do mesmo artigo que a “[...] súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Mais uma vez, nenhum desses requisitos, que são cumulativos, fazia-se presente.

Sem outros questionamentos acerca do valor moral dessa regulamentação, o certo é que ela se aprofunda de maneira extremamente duvidosa em sua eficácia, chegando ao absurdo de contaminar o próprio processo ou o ato processual realizado, o que fere de morte o princípio da proporcionalidade.

Nova investida legislativa do Supremo Tribunal Federal, dessa feita inovando o ordenamento jurídico-processual penal, assegura aos advogados o acesso às provas colhidas na fase

investigatória, ainda que não concluídas (Súmula Vinculante nº 14).

É incontestável o princípio constitucional da amplitude da defesa, parecendo-me despiçando que o STF viesse a propagá-lo em regulação sumular. Aliás, sendo um direito do cidadão, personalíssimo, portanto, convém destacar que o acesso às provas não é direito autônomo do advogado, como sugere a dúbia redação da decisão normativa, sendo imprescindível o mandato pelo investigando para a representação perante o órgão apurador. A procuração outorga ao advogado esse direito, ainda que o caso envolva sigilo legal, hipótese que a súmula não ressaltou, nada obstante a previsão do Estatuto da Advocacia (art. 7º, incisos XIII e XIV).

Oportuno lembrar que, em se tratando de Súmula Vinculante, também lhe deve atenção o Ministério Público, quando na condição de agente investigador.

Como se vê, em detrimento dos rigorosos dispositivos legais, estão os senhores Ministros assumindo posturas mais benevolentes e abrangentes, em nome da ampla defesa.

Exemplo disso é o conhecimento da apelação, mesmo estando o acusado foragido, ao fundamento de que a garantia do devido processo legal abrange o direito do duplo grau de jurisdição. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desse modo, passou a entender que o fato de estar o réu foragido não poderia ser óbice ao recebimento da apelação ou torná-la deserta.

Importa ressaltar que, embora a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 tenha expressamente revogado o art. 594 do Estatuto Processual Penal, não operou o legislador a revogação expressa do art. 595 do Códex.

No mesmo sentido, foi também proibida a prisão do réu antes de findo o processo. O STF concluiu que é ilegal a execução provisória da pena, resultando dessa decisão que um condenado somente poderá ser recolhido à prisão depois de exauridas todas as instâncias, devendo permanecer liberto enquanto houver possibilidade de qualquer recurso.

Com efeito, em *habeas corpus*, impetrado em 2004 pelo fazendeiro Omar Coelho Vítor, condenado a sete anos e seis meses de reclusão por tentativa de homicídio, debateu-se que, após a condenação pelo Tribunal do Júri, o juiz permitiu-lhe o recurso em liberdade, condicionando a expedição da ordem prisional ao trânsito em julgado da sentença. Porém, o Tribunal de Justiça mineiro, analisando apelo defensivo, determinou a imediata prisão do réu, decisão essa mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.

No Supremo, entretanto, em votação não unânime, prevaleceu o entendimento de que não cabia a segregação do paciente, sendo proibida, segundo o Ministro Eros Grau, a execução da pena antes do fim do processo, enfatizando que: “Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º”.

Já o Ministro Celso de Mello asseverou que, para a prisão de alguém, há a necessidade de uma guia de recolhimento, a qual “[...] só pode ser extraída depois da decisão ter transitado em julgado. A lei proíbe de forma clara a prisão sem o transitado em julgado da condenação”.

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 614.

² Acórdão nº 1.0000.00.153544-2/001(1) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de 18 de novembro de 1999.

Informações Variadas

Na ponderação do Ministro Cezar Peluso, um funcionário público condenado pela Justiça continua a receber normalmente o salário se o processo ainda não tem trânsito em julgado. Mas, a lei “[...] pode admitir a punição máxima das medidas gravosas que é a restrição da liberdade”.

A seu turno, afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski que ao Judiciário assiste “[...] a missão histórica para que esse valor (direito a liberdade) seja preservado em sua integridade”.

Para o Ministro Carlos Britto, “[...] enquanto não sobrevém o trânsito em julgado em sentença condenatória, o sujeito se encontra investido desse princípio de presunção de inocência”.

Aproveitando a oportunidade, comentou o Ministro Gilmar Mendes: “É um mundo de horrores a Justiça Criminal brasileira”, referindo-se à situação do sistema prisional brasileiro.

Embora se reconheça que alguns presídios

espalhados pelo Brasil mais se assemelham a masmorras medievais, não será equivocada afirmar igualmente que a impunidade é um dos maiores incentivos à violência e à reincidência criminosa, e para elas contribuem efetivamente essas decisões do Tribunal excelso.

Tudo faz crer que os senhores Ministros viraram as costas para a célebre afirmação de Francis Bacon, segundo a qual “Os juízes devem sempre lembrar-se de que seu ofício é *jus dicere*, não *jus dare*, interpretar a lei, não fazer ou dar a lei”.

Na realidade, esse garantismo distorcido adotado pelo STF, reflexo de um discurso legitimador da impunidade através do abuso do direito de defesa, só pode causar danos irreversíveis à sociedade brasileira, alimentando a descrença e o temor, já que a última coisa de que precisamos é da certeza de mais impunidade.

Isso tudo exposto, resta esperar, agora, como pensará e reagirá o STF em face das decisões do tribunal popular.

4.5 TÉCNICA PROCESSUAL

4.5.1 Grupo de combate aos crimes praticados por agentes políticos municipais com foro especial

José Fernando Marreiros Sarabando
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

Expediente nº 12482/09

Identificador nº 1249656

Município: Santa Rita de Caldas-MG

Comarca: Santa Rita de Caldas

Eminente DESEMBARGADOR RELATOR,

Instaurou-se o expediente em epígrafe, a título de apuração criminal preliminar, com supedâneo nos artigos 5º, § 3º, do Código de Processo Penal, e 2º, 3º e 4º, da Resolução Conjunta Procuradoria-Geral de Justiça – Corregedoria-Geral do Ministério Público nº 02/2004, com o específico fim de se verificar a procedência das informações contidas na peça inaugural, a saber, cópia de ação civil pública que tramita na comarca de Santa Rita de Caldas (fls. 03/10), enviada a esta especializada pelo promotor de justiça local, o Dr. Nívio Leandro Previato, para os fins criminais eventualmente cabíveis (*v.g.*, emissão de *opinio delicti*), dizendo respeito a delito ambiental, em tese.

Detectada, porém, após breves e fundamentais diligências, a improcedência das referidas informações (artigo 5º, § 3º, do CPP), deliberou-se pelo indeferimento da instauração de procedimento investigatório criminal e, mais ainda, por não oferecimento de denúncia, o que

seria mera especulação (*vide* linha de argumentação às fls. 202-verso/203), por vislumbrada ausência de suporte mínimo de viabilidade fática, tudo conforme, aliás, previsão expressamente contida na supramencionada resolução conjunta.

O egrégio Conselho Nacional do Ministério Público, no entanto, em sentido contrário aos dispositivos acima invocados, editou a Res. CNMP nº 13, de 02/10/2006, onde simplesmente não é prevista a possibilidade do indeferimento, de plano, de instauração do referido procedimento, com subsequente arquivamento sumário das respectivas peças de informação, dando a entender, destarte, que toda e qualquer *notitia criminis*, ainda que manifestamente improcedente, deve ser arquivada perante o Juízo competente, na forma exata do disposto no art. 28 do CPP.

In casu, de rigor a conclusão no sentido de que mesmo a instauração de um P.I.C., para prosseguimento nas investigações, seria decisão por demais arbitrária, quiçá verdadeiro abuso de autoridade por parte do MP.

Com efeito, alguns membros do *Parquet*, instituição incumbida pela Carta Magna de, privativamente, propor a ação penal pública – art. 129, I –, não raras vezes se arvoram o direito a arroubos exagerados de perseguição e de punição, acabando, em tais oportunidades, por abusar de seu poder ou cometer desvios, oferecendo denúncias temerárias, sem base sólida, fulcrada em elementos de convicção frágeis em demasia, comportamento esse que não só compromete a credibilidade da instituição, conquistada após várias décadas de trabalho sério e árduo, mas, também, põe em risco seus projetos de consolidação de prerrogativas e de missões constitucionais, inclusive os de ampliação delas.

Sem embargo, todavia, da necessária combatividade dos valorosos membros da instituição, isso quase como regra geral, pouquíssimas exceções, **há que se levar a cabo com muita reflexão – a par de alguma moderação – o mister da persecução penal das pessoas, dedicando-se**

especiais cuidados, por sinal, nos casos de notícias anônimas (embora não seja esse, exatamente, o caso dos autos), pois que o noticiante, protegido pelo anonimato, grande parte das vezes não age assim como medida de autopreservação, com temor de represálias, mas, sim, vale-se de sua confortável condição de desconhecido para injuriar, caluniar e difamar, tudo ao seu bel prazer, lançando-se à verbosidade sem o comedimento que normal e saudavelmente deriva da preocupação com possíveis reveses judiciais.

De fato, as paixões da má política, as inimizades pessoais, os interesses mesquinhos, os desequilíbrios psicológicos (o intrigante fenômeno da “paranoia querelante”, p.ex.), enfim, um sem número de razões, em sua maioria inconfessáveis, podem levar alguém se valer do anonimato para magoar outrem, ofendê-lo, irritá-lo, abalar-lhe o prestígio social, prejudicá-lo no ambiente de trabalho, ou, ainda, diminuir-lhe as chances num determinado pleito eleitoral.

Na específica hipótese destes autos, expediente de apuração sumária, eis que inexistente um lastro probatório mínimo a autorizar o prosseguimento das investigações e, menos ainda, eventual proposta de ação penal (crime ambiental), sem se incidir em abuso ou desvio de poder, pois, como é curial, a acusação deve ser verossímil, não podendo ser um exercício de abstração, uma peça meramente especulativa.

Com efeito, o que se vê, *in casu*, linhas gerais, são as inúmeras e muito complexas dificuldades com que se deparam, os gestores públicos municipais, quando têm de deliberar acerca do destino dos resíduos domésticos e hospitalares (“lixão”), mormente quando passam os municípios, como é de sabença geral, por uma crise financeira e orçamentária sem precedentes na história recente do país.

Ora, a legislação ambiental é por demais rigorosa – e aqui não vai nenhuma crítica a esse rigor, haja vista a sua crucial importância para as gerações atuais e futuras da humanidade, como não se ignora, apenas sua consideração para os fins penais em análise de conduta específica do investigado –, sendo poucas as cidades que possuem condições financeiras de arcar com o alto investimento que representa um “lixão” adequado, sem que para isso tenham de recorrer a auxílio de verbas da União, já que também os estados-membros passam por agruras financeiras (registre-se, *en passant*, que o atual governo federal vem perpetrando um sem-número de ações políticas as quais em nada contribuem para o desenvolvimento descentralizado do país, mas, ao contrário, são ações que concentram a maior parte da arrecadação em poder da União, em franco detrimento principalmente dos municípios, os quais amargam perda de receita em níveis realmente alarmantes).

Fica a critério dos alcaides, portanto, verdadeira mágica de “produzir riquezas”, não somente quanto ao assunto “lixão”, como também em diversas outras áreas da administração municipal.

No caso presente, o investigado, prefeito de Santa Rita de Caldas-MG, longe está de se mostrar indiferente, arredoio ou mesmo refratário às ações oficiais do Ministério Público, mas, ao invés, demonstrou, intermédio de sua verossímil manifestação de fls. 13/14, que vem se empenhando, paulatinamente, em solucionar o grave e intrincado problema do destino correto dos resíduos domésticos e hospitalares.

A documentação por ele acostada, fls. 15/31 do feito, bem demonstram a verdade dessa assertiva, inclusive com suporte de um importante laudo técnico, firmado por engenheiro civil, cujas conclusões *quantum satis* indicam que, se ainda não se atingiu a situação ideal, em termos de aterro

sanitário, muito próximo se está desse dia, mercê de uma série de providências que, ao mesmo tempo em que mitigam os danos ambientais já verificados, começam a surtir efeitos no sentido de sua plena extinção, para o futuro (fl. 17).

Não há se falar, pois, em dolo e nem em culpa, na conduta do prefeito Geraldo Donizeti de Carvalho, em sede de apreciação de suas atitudes sob a estrita e restritiva ótica criminal, salvo melhor entendimento.

Ademais, eis que a existência de uma ação civil pública, tramitando na comarca respectiva, de autoria do representante local do *Parquet*, cuja combatividade e zelo para com a coisa pública já são célebres, permite se possa contar com certa tranquilidade, por parte da sociedade mineira, de que todas as medidas possíveis já estão sendo adotadas, pois certo é, sem nenhum sofisma, que a sinergia entre o Poder Judiciário e o Ministério Público vem a ser algo de extremo valor para que se possa, quicá num futuro próximo, atingir o ideal de solução para todos os problemas do cotidiano.

Caso, pois, salvo melhor juízo, de se promover o arquivamento dos autos da notícia-crime em perspectiva, *ad referendum* da egrégia Corte de Justiça mineira, decisão a qual, por sua natureza, há de valer tão-só *rebus sic stantibus*.

Diante do exposto e ratificando as sucintas razões expendidas às fls. 202-verso/203, **encaminho¹ os autos a este egrégio Tribunal, a fim de que se proceda à homologação do ora proposto arquivamento, decisão que ora se requer ao eminente Desembargador Relator**, na precisa forma legal (artigos 3º, inciso I, da Lei Federal nº 8.038/90, e 28 do Código de Processo Penal), ressalvado, como de rigor, futuro pedido de desarquivamento para novas investigações, *ex vi* do artigo 18 do CPP e do enunciado nº 524 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, isso na eventualidade do surgimento de novas provas, assim compreendidas não apenas as formalmente novas, mas – e principalmente –, aquelas substancialmente inovadoras.

Belo Horizonte, 7 de outubro de 2009.

JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO

Procurador de Justiça

(por delegação do Procurador-Geral de Justiça)

¹ Artigos 29, inciso IX, da Lei Federal nº 8.625/93, e 69, XIII, da Lei Complementar-MG nº 34/94, conforme ato de designação e delegação publicado no “Minas Gerais” / Caderno II / Diário da Justiça, de 14/01/2009

Informações Variadas

4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.6.1 Complexidade da linguagem jurídica e possibilidades de simplificação

Daniela Paula Alves Pena

*Analista do Ministério Público de Minas Gerais – Revisora
Graduada em Tecnologia em Processamento de
Dados pelo Unicentro Newton Paiva
Graduada em Letras pela
Universidade Federal de Minas Gerais
Pós-graduada em Língua Portuguesa*

1. Introdução

O presente artigo trata da linguagem jurídica, especificamente da complexidade dos termos existentes nessa linguagem, refletindo sobre sua atual utilização no País, quando a Constituição afirma ser objetivo do Poder Judiciário manter uma maior proximidade com a população, inclusive no que diz respeito às classes menos privilegiadas, desprovidas de maiores recursos, cultura e educação.

2. Necessidade de simplificação

Vivemos num Estado Democrático de Direito em que a Constituição elegeu, entre os seus fundamentos, a *cidadania*: “Art. 1º A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; (...)” (BRASIL, 2006, p.13). Para que o indivíduo possa realmente exercer sua cidadania, deve conhecer bem seus direitos e deveres, sendo a ele assegurado o acesso ao Judiciário caso se sinta lesado de alguma forma.

As partes envolvidas nos processos judiciais precisam compreender *minimamente* os argumentos ali existentes, o que indica que a Justiça está cumprindo seu *papel social*. A existência de uma linguagem correta e clara nos documentos judiciais apresenta-se, então, como uma questão de cidadania. Por isso a ocorrência de grandes discussões sobre o tema da simplificação da linguagem forense, o que demonstra sua relevância.

Apesar de há tempos já discutida, a questão permanece atual, haja vista a campanha que foi lançada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em 2005 visando à simplificação da linguagem jurídica. Vê-se que tanto especialistas em Direito quanto os estudiosos da língua portuguesa têm percebido a necessidade urgente de mudança. O professor de Língua Portuguesa Hélio Consolaro pondera:

O Jornal do Advogado, junho de 2003, da OAB-SP, publicou reportagem de Suzana Lakatos sobre a linguagem jurídica: rebuscamentos, erros de português e excesso de citações. Bom sinal. Se a própria entidade dos advogados está preocupada com isso, realmente a mudança está acontecendo. (CONSOLARO, 2009).

Entretanto, também registra que “(...) *certos advogados da velha guarda* (...) gostam de esnobar sapiência, por isso emitem arrazoados herméticos; às vezes, até os publicam em jornais”. (CONSOLARO, 2009, grifo nosso). Talvez porque muitos profissionais do Direito ainda achem que a importância dos seus escritos seja medida pela utilização da

linguagem difícil e não pela profundidade de suas idéias, demonstradas de forma clara e objetiva.

3. Direito e linguagem

A linguagem, caminho essencial para a efetividade da comunicação humana, constitui um “labirinto de caminhos”.

‘Começemos por dizer que a linguagem é, ao mesmo tempo, efeito e condição do pensamento’ (Delacroix). É efeito por traduzir com palavras e fixar o pensamento; é condição porque, quanto maior for o conhecimento de palavras, mais claro é o pensamento. (NASCIMENTO, 2009, p. 3).

Há vários tipos de linguagem. Sua classificação é complexa, mas uma delas apresenta-se relevante para este estudo: a divisão tripartite da linguagem em natural, artística e científica (ou técnica).

A linguagem artística é a que aparece na expressão de uma arte, é a literatura. Nela, há subjetividade e espaço para emoções; portanto, não devem existir normas rígidas.

Já a científica ou técnica constitui uma linguagem predominantemente artificial, própria, que atende a um forte rigor conceitual, diferentemente das linguagens natural e artística. Certamente, o cientista assim age com o objetivo de se distanciar da instabilidade das outras linguagens, visando à impessoalidade, objetividade e clareza, tornando a linguagem precisa e controlável, rompendo com o senso comum.

As características que distinguem a linguagem científica da natural foram sendo estabelecidas ao longo do desenvolvimento científico; muitas vezes, elas tornam o estilo científico estranho e difícil para os leigos. Reconhecer essas diferenças implica admitir que a aprendizagem da ciência é inseparável da aprendizagem da linguagem científica.

O profissional do Direito é o um dos que mais trabalha com as palavras, dependendo basicamente delas para exercer seu ofício. “Cabe ao advogado e ao juiz estudar os processos do pensamento, que são objeto da Lógica, conjuntamente com a expressão material do pensamento, que é a linguagem.” (NASCIMENTO, 2009, p. 3).

A forma verbal (no sentido de “vocabulo”, “palavra”) adequada é, pois, essencial ao jurista, tendo em vista que, na verdade, os fatos que estão em julgamento não são examinados diretamente, eles são expostos por meio de textos escritos ou falados.

A ciência do Direito busca construir seus enunciados, proposições, teses e, principalmente, as leis utilizando-se da linguagem científica.

3.1 Qualidades do bom estilo forense

Em qualquer texto científico – incluindo o estilo forense – há propriedades que deveriam sempre estar presentes: a concisão, a clareza e a objetividade.

A concisão consiste em transmitir o máximo de idéias com o mínimo de palavras. Essa característica é distintiva de quem escreve bem. Assim:

Todo exagero produz geralmente o contrário do fim previsto. Assim as palavras servem para tornar as idéias perceptíveis, mas somente até certo ponto. Amontoadas além da justa conta, escurecem sempre as idéias a comunicar. (OITICICA *apud* BARRETO, 1998, p.19).

A tentativa de convencer pela reiteração de

argumentos, a repetição de idéias, dando voltas em torno do mesmo assunto é vício comum em textos jurídicos.

Já a clareza consiste em tentar transmitir as idéias com a mínima possibilidade de gerar dúvidas para o interlocutor. Para tornar um texto mais claro, é essencial escrever períodos curtos. Períodos longos, com várias subordinadas e presença de pronomes relativos e conjunções, acabam gerando obscuridade, que é o oposto da clareza. A falta de clareza compromete o acesso à justiça e pode prejudicar o cumprimento da decisão judicial.

A terceira qualidade essencial do estilo forense é a objetividade, que consiste em transmitir a mensagem com vistas a atingir o fim almejado. É evitar a dispersão, a utilização de pormenores prescindíveis, a narração de fatos sem importância.

Para Barreto (1998), além das três citadas propriedades essenciais do texto jurídico, há outras também relevantes. São elas: a correção, a precisão, a originalidade e a ordem.

A correção é uma qualidade básica do texto, de pouco valendo o bom estilo sem correção gramatical. Assim, o solecismo, o barbarismo, o neologismo e o arcaísmo, que configuram vícios de linguagem, devem ser evitados.

Pode-se dizer que é imprescindível que um texto jurídico demonstre confiabilidade. Esse atributo pode ser assegurado pela precisão: partindo da afirmação de que inexistem sinônimos perfeitos, haveria uma palavra exata para definir cada situação. Assim, a precisão consiste em utilizar a palavra certa na hora certa.

O texto jurídico deve ser uma construção pessoal, evitando as chamadas frases feitas, tem de ser original. É problemático o uso de modismos lingüísticos, como bem assevera Celso de Albuquerque Barreto:

‘Conjuntura’, ‘em nível de’, ‘enquanto’ ao invés de ‘como’, ‘colocar’ como sinônimo de ‘dizer’, ‘emblematicar’ e ‘agilizar’ são expressões hoje presentes em textos pretensamente fiéis à ‘modernidade’, outra palavra de uso freqüente, termos que, longe de valorizar, apenas banalizam e enfraquecem o texto. (BARRETO, 1998, p.24).

Dessa forma, o uso de neologismos¹ nesses textos deve ser reavaliado, sendo preferível a utilização do termo técnico apropriado.

As propriedades apresentadas acima são intimamente relacionadas entre si. Por exemplo, para obter clareza, o autor do texto jurídico deve evitar a prolixidade (que nada mais é do que a concisão), adotando a palavra exata para denominar as coisas (precisão), evitando, contudo, a utilização exagerada de termos técnicos.

3.2 Vocabulário e terminologia

Vocabulário, segundo definição do dicionário Houaiss, é o “conjunto dos vocábulos de uma língua; léxico”. (HOUAISS e VILLAR, 2001, p. 2877).

Terminologia, segundo o mesmo autor, é o “conjunto de termos específicos ou sistema de palavra usado numa disciplina particular (por exemplo, a terminologia da botânica, da marinaria, da matemática); nomenclatura”. (HOUAISS e VILLAR, 2001, p. 2702).

Na terminologia os termos têm significação própria e invariável, sem possibilidade de sinonímia. Edmundo

Nascimento cita exemplos de significação de vocábulos na acepção comum e na jurídica:

Assento – Tomado no sentido originário de assentar-se significa o ato pelo qual uma pessoa é empossada em um determinado cargo. Também é comum a expressão tomar assento.

Assento – Termo empregado para designar a resolução tomada pela corte ou Tribunal de Justiça acerca da questão submetida a sua apreciação em razão de sua anotação ou registro em assento que vai assinado pelos seus membros. (NASCIMENTO, 2009, p. 21).

Cada área de estudo possui sua terminologia própria, o que não pode, é claro, excluir os “leigos” de um entendimento mínimo de seu conteúdo. Como bem leciona Ronaldo Caldeira Xavier:

O jargão profissional, todavia, não pode nem deve encapsular-se num hermetismo vocabular somente acessível a iniciados. Em muitos dos papéis que tramitam pelo nosso Fórum, diariamente, sob uma falsa roupagem de tecnicismo, há mais engrimanço, mais preocupação com os efeitos pirotécnicos da palavra do que um compromisso real com a profundidade científica. (XAVIER, 2004, p. 11).

Não se está aqui propondo que o operador do Direito deixe de utilizar termos técnicos em seus escritos. Isso é impossível em qualquer área do conhecimento científico. Havendo rigor na estruturação do texto para que haja clareza e precisão e se o vocabulário for acessível, o texto cumprirá seu papel.

4. Conclusão

O objetivo aqui não foi estimular a supressão de palavras técnicas ou o “empobrecimento” da linguagem utilizada pelos operadores do Direito ou, ainda, a supressão da figura do advogado. Tais conclusões demonstrariam uma análise simplista e equivocada do assunto.

Propõe-se, sim, uma simplificação da linguagem jurídica, buscando eliminar vícios de linguagem, como rebuscamento, prolixidade, uso de latinismos quando não constituem termos técnicos e houver correspondente para eles no vernáculo, tudo isso visando a uma maior compreensão da linguagem jurídica, base para o acesso social à justiça e conseqüente exercício da cidadania.

5. Referências bibliográficas

BARRETO, Celso de Albuquerque. **Linguagem forense: estilo e técnica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2006. 448p.

CONSOLARO, Hélio. **Juridiquês: contra a cidadania**. Disponível em: <<http://www.portradasletras.com.br/pdt12/sub.php?op=polemica/docs/juridiques>>. Acesso em: 17 abril 2009.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

NASCIMENTO, Edmundo Dantes. **Linguagem forense: a língua portuguesa aplicada à linguagem do foro**. São Paulo: Saraiva, 1990.

XAVIER, R. C. **Português no Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹ “Palavra ou expressão recém-criada que ingressa ou busca ingressar na língua. Também constitui neologismo uma palavra antiga que adquire sentido novo”. (XAVIER, 2004, p. 97).



Informações Variadas

4.6.2 Indicação de obra de outra área

4.6.2.1 SARAMAGO, José. *Caim*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

*Perdão ao Pecador*¹

Não se pode negar que a polêmica vende. Se o alvo de deboche e escárnio é uma instituição milenar, então está garantido o pandemônio. Poucos são aqueles que se atrevem a adentrar tal território, mas o escritor português José Saramago nunca se furtou ao incômodo: seu “Ensaio Sobre a Cegueira” retrata em detalhes a rotina suja e infortuna de uma sociedade inteira aplacada por um surto de cegueira e é até hoje seu livro mais vendido; em “O Evangelho Segundo Jesus Cristo”, o escritor português oferece um relato alternativo (leia-se mais mundano, menos sagrado) dos acontecimentos bíblicos, obra polêmica a ponto de levar a Secretaria de Cultura de Portugal a vetar o escritor de concorrer a um prêmio literário europeu. A controvérsia, ao que parece, não será muito menor com seu novo lançamento, “Caim”.

Em seu novo livro, Saramago novamente humaniza personagens bíblicos, acentuando-lhes os traços grotescos, como a fúria, a ira e a vaidade. Nesse contexto, o autor português contesta a visão comum segundo a qual Caim mata seu irmão Abel por maldade; há sempre motivos escusos por trás de célebres episódios bíblicos, como a destruição de Sodoma e Gomorra e o sacrifício de Abraão.

Saramago oferece perdão ao pecador Caim ao retratá-lo como vítima de outro pecador ainda maior: o próprio Deus. A polêmica, não se precisa muito esforço para imaginar, não foi pequena, e Saramago foi mais uma vez alvo de duras críticas da Igreja Católica (exatamente como acontecera vinte anos atrás, quando da publicação de “O Evangelho Segundo Jesus Cristo”).

Seja polêmico, hermético ou subversivo, não importa que adjetivo se escolha para classificar Saramago, o fato é que sempre se pode esperar literatura de primeira deste que é um dos maiores autores vivos. “Não escrevo para agradar, tampouco para desagradar. Escrevo para desassossegar”, diz o desafiador autor. José Saramago está perdoado.

¹ Obra indicada por Daniel Veloso dos Santos, graduado em Letras pela UFMG.