



MATÉRIA ESPECIAL

A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas:
Novos paradigmas para a atuação do Ministério Público
Felipe Faria de Oliveira

ENTREVISTA

José Roberto Marques

CONTEÚDO

Direito Público, Coletivo, Civil, Penal e Informações Variadas

APRESENTAÇÃO

CARÍSSIMOS AMIGOS,

Esperamos que nossos ávidos leitores desfrutem do material cuidadosamente selecionado, com o intuito de manter um constante diálogo entre prática e teoria, proporcionando uma leitura agradável e ao mesmo tempo rica de informações.

Gostaria de destacar o texto do Promotor de Justiça de Minas Gerais Felipe Faria de Oliveira, sobre o paradigma de atuação do Ministério Público à luz dos preceitos de Jürgen Habermas. Destaco também a entrevista com o Promotor de Justiça de São Paulo José Roberto Marques.

Bom proveito. Desejo a todos uma ótima leitura!

Rogério Filippetto de Oliveira
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

CONSELHO EDITORIAL

Conselheiros

Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento

Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes

Conselheiros Convidados

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto (Investigador sênior – Centro de Estudos Sociais - Coimbra / Portugal)

Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Espanha) in memoriam

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)

Prof. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)

Prof. Michael Seigel (University of Florida, EUA)

Prof. Vittorio Manes (Universidade de Salento – Itália)

Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do STJ)

Desembargador João Cancio de Mello Junior (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais)

Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna)

Prof^a. Djanira Maria Radamés de Sá (Faculdade Pitágoras, Uberlândia)

Procurador da República Elton Venturi (Curitiba/PR)

Prof. Humberto Theodoro Júnior (UFMG)

Prof. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Paraná)

Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Sub-Procurador-Geral da República, UERJ)

Prof^a. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Fundação Universidade de Itaúna)

Prof. Leonardo Silva Nunes (Escola Superior de Negócios de Belo Horizonte)

Prof. Luciano José Alvarenga (Professor no Centro de Atualização em Direito (CAD), Universidade de Gama Filho, Pesquisador Filiado à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência {SBPC})

Prof. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo)

Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna)

Prof^a. Maria Garcia (PUC/SP)

Prof^a. Maria Tereza Aina Sadek (USP)

Prof. Mário Lúcio Quintão Soares (PUC/MG)

Prof^a. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG)

Prof. Nelson Nery Junior (PUC/SP)

Prof. Nilo Batista (UERJ)

Prof. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro)

Prof^a. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro)

Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG)

Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (Estado do Rio de Janeiro)

Promotor de Justiça Emerson Garcia (Estado do Rio de Janeiro)

Promotora de Justiça Cristina Godoy de Araújo Freitas (Estado de São Paulo)

Promotor de Justiça José Roberto Marques (Estado de São Paulo)

Promotor de Justiça Dermeval Farias Gomes Filho (Distrito Federal e Territórios)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotor de Justiça Rogério Filippetto de Oliveira

**COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS
E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL
Alessandra de Souza Santos

PROJETO GRÁFICO
João Paulo de Carvalho Gavidia
Camila Carvalho (Estágio Supervisionado)
Victor Duarte Fioravante (Estágio Supervisionado)

DIAGRAMAÇÃO
João Paulo de Carvalho Gavidia
Victor Duarte Fioravante (Estágio Supervisionado)

CAPA
João Paulo de Carvalho Gavidia
Camila Carvalho (Estágio Supervisionado)
Victor Duarte Fioravante (Estágio Supervisionado)
Fotografia: Thomas Koenigkam / thomas@itacabo.com.br
Local: Matriz de Santo Antônio, Tiradentes - MG

SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS
Daniela Porto Pinto
Ricardo Naves Silva Melo

INDICAÇÃO DE OBRAS
Promotor de Justiça do Estado de Rondônia Samuel Alvarenga Gonçalves

REVISÃO
Patrícia Brandão Cordeiro
Gabriela Nunes Gomes (Estágio Supervisionado)

SUMÁRIO

MATÉRIA ESPECIAL

- 9** A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas: novos paradigmas para a atuação do Ministério Público.
Felipe Faria de Oliveira

ENTREVISTA

- 23** Entrevista com José Roberto Marques

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor de Direito Ambiental nas Faculdades COC e UNIP, ambas em Ribeirão Preto, e no curso de Especialização em Direito Ambiental da PUC-SP.

Artigos:

26 Órgãos do Ministério Público e oferecimento à remoção ou à promoção.
Há uma ordem necessária?
Emerson Garcia

27 Princípio da eficiência: o que se espera das instituições.
José Sávio dos Reis

31 Uma questão de virtude!
Fábio Galindo Silvestre

Jurisprudências:

34 STJ, 1ª Seção. Ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo ao fornecimento de medicamento de alto custo impede a concessão de mandado de segurança.

35 STJ, 1ª Seção. Não se aplica o prazo prescricional da legislação penal em processo administrativo disciplinar, quando inexistente a apuração criminal.

36 TJMG, Corte Superior. Possibilidade de defesa do agente político ou servidor público, pela Advocacia-Geral do Estado, se acionado judicialmente em razão de exercício de suas funções institucionais.

Sugestões de Leitura:

37 Obra doutrinária: SOUZA, Jadir Cirqueira de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Pillares, 2010. 461p.

37 Artigo: OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência**. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 18, nº 73, out./dez. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 160-191.

Artigos:

38 Conceito de floresta para efeito de crime ambiental.
Cristovam Joaquim F. Ramos Filho

39 Medidas protetivas
Eduardo Henrique Machado

Jurisprudências:

42 TJMG, 15ª Câmara Cível. Momento processual adequado para que o juiz determine a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC.

42 TJMG, 3ª Câmara Cível. É permitida à concessionária do serviço público cobrar tarifa, de forma reduzida, pela simples coleta de esgoto ou resíduos.

43 TJMG, 1ª Câmara Cível. Função sócio-ambiental da propriedade com respaldo nas normas constitucionais.

Sugestões de Leitura:

- 43** **Obra doutrinária:** MUKAI, Toshio. **Direito Municipal Ambiental: abordagens teóricas e práticas.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, 160p.
- 44** **Artigo:** NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes.** In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 19, n. 76, out./dez. de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 13-45.

DIREITO CIVIL *Material e Processual*

Artigos:

- 45** **Princípios gerais do Código Civil de 2002**
Davidson Alessandro de Miranda
- 47** **A polêmica questão do direito à personalidade na visão da parternidade socioafetiva e biológica**
Lillian Virginia Carneiro Gondim

Jurisprudências:

- 49** *TRF4, 3ª Turma.* **Desnecessidade de prévio inventário para citação quando do óbito do executado. Admissível a citação do cônjuge sobrevivente na figura de administrador provisório.**
- 50** *TJMG, 14ª Câmara Cível.* **Revisão de cláusulas contratuais quando não atendidos o equilíbrio e a função social do contrato. Inadmissível a onerosidade excessiva de uma das partes sob alegação de cumprimento do princípio *pacta sunt servanda*.**

Sugestões de Leitura:

- 51** **Obra doutrinária:** ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 238p.
- 51** **Artigo:** ALVIM, Arruda. **Notas sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.** In: *Revista de Processo – RePro*, ano 36, nº 191, jan. de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 299-318.

DIREITO PENAL *Material e Processual*

Artigos:

- 52** **A unificação dos delitos de atentado violento ao pudor e estupro**
Igor Serrano Silva
- 54** **A sistemática da prescrição penal frente à inércia do Estado na suspensão condicional do processo**
Felipe Faria de Oliveira

Jurisprudências:

- 56** *TJMG, 2ª Câmara Criminal.* **Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é fundamento para anular o julgamento e determinar que o réu seja submetido a novo júri, oportunidade em que outro Conselho de Sentença analisará a questão.**
- 56** *TJMG, 2ª Câmara Criminal.* **A legitimidade do Ministério Público para determinar diligências investigatórias decorre de sua função constitucional.** *Crime da Lei nº 8.666/93.*

57 TJMG, 3ª Câmara Criminal. **Aplicação da majorante do § 2º, art. 157, CP: utilização da arma é condição suficiente para infundir o temor que inviabiliza a resistência da vítima.**

57 STF, 1ª Turma. **Ordem de habeas corpus concedida de ofício por ocorrência de reformatio in pejus.**

Sugestões de Leitura:

58 **Obra doutrinária:** SOUB, Maria Anaides do Vale Siqueira. **O Ministério Público na Jurisdição Penal Internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 216p.

58 **Artigo:** MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A competência por prerrogativa de função e o Supremo Tribunal Federal.** In *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*, ano XI, nº 65, dez. 2010 / jan 2011. de 2011. Porto Alegre: Síntese, 2011. p. 221-232.

INFORMAÇÕES VARIADAS

59 **Comemoração de dez anos de Ministério Público** - *Tatiana Marcellini Gherardi*

60 **O discurso jurídico na clínica do psicótico infrator** - *Andrea Mismotto Carelli*

64 **Normas de publicação**

MATÉRIA ESPECIAL

A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas: novos paradigmas para a atuação do Ministério Público¹

Felipe Faria de Oliveira

Promotor de Justiça na Comarca de João Pinheiro-MG

Mestre em Direito Público

Professor universitário

Considerações iniciais

Até pouco tempo atrás, os juristas pátrios, muito embora cientes da hermenêutica jurídica, não se debruçavam com muito afinco à seara interpretativa/construtiva do Direito. É bem verdade que em determinados campos da ciência jurídica surgiam algumas obras que se interessavam pela aplicação das normas. Entretanto, via de regra, as referidas obras se limitavam a descrever uma forma subsuntiva e limitadora de aplicação das normas legais ao caso concreto, sem haver qualquer preocupação com a complexidade que hoje se reconhece à hermenêutica.²

1 Parcela do presente texto é parte integrante da obra *Direito Tributário e Direitos Fundamentais: uma revisão interpretativa do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

2 Neste tocante, vale lembrar que a ilustre tributarista mineira Misabel Derzi nos brindou com obra de significativa importância no campo da interpretação tributária (DERZI, 1988). Mais atenta às vicissitudes da linguagem, Derzi (1988, p. 287-288), em obra dedicada ao tema, alerta sobre a impossibilidade de maximização da segurança jurídica em toda a esfera legislativa. Mais. A autora acerta novamente, ao perceber que o Direito Tributário não pode ser compreendido como um dado pronto pelo legislador, mas sim um construir constante e ininterrupto.

No desenvolvimento de um estudo diferenciado, a tributarista realiza minuciosa análise acerca da tipologia, buscando encontrar quais as características dos ditos “tipos tributários”. Com vistas a esse objetivo, recorre aos filósofos alemães para concluir, com excelência, que os tipos não são efetivamente cerrados como pressupõe toda a doutrina. Pelo contrário. Sua forma de construção acaba por lhes acarretar uma abertura que lhes é própria, concluindo, assim, pela “abertura do tipo, que se revela na inescotabilidade de suas notas” (DERZI, 1988, p. 64).

Não obstante, após constatar o equívoco por que se pauta a doutrina, Misabel retorna sua mente para a busca da mesma precisão que caracteriza os autores já apontados, filiando-se à postura dominante de busca por uma legalidade engessadora, enaltecendo a segurança jurídica por meio da técnica legislativa.

Desta feita, os doutrinadores e juristas atuais vêm cada vez mais voltando os olhos para a hermenêutica jurídica. Qual seria a melhor forma de construção e aplicação do Direito? Nossa estrutura antropológica nos permite elaborar um sistema jurídico que assegure o mínimo de influência de valores subjetivos na elucidação do caso concreto? As normas jurídicas conseguem trazer segurança jurídica? De qual maneira? Como conseguir a almejada segurança sem abrir mão da justiça e da efetividade do Direito caso a caso? Essas são questões que têm sido recorrentemente postas em debate.

No presente estudo, tem-se a pretensão unicamente de apresentar as bases principais de uma das principais correntes hermenêuticas que propõem soluções para os questionamentos supramencionados. O procedimentalismo jurídico, o qual nos tem servido de marco teórico a vários outros trabalhos,³ não se propõe a debater o direito material a ser criado quando ocorre a elaboração das normas jurídicas pelo Parlamento em seu discurso de fundamentação.

Nesse sentido, após realizar minuciosa distinção entre os “tipos legais tributários” e a “especificação conceitual” por ela utilizada, Misabel conclui que a utilização de tipos abarca uma abertura conceitual inadmissível para os parâmetros fiscais. Para ela, seriam os tipos por demais flexíveis, permitindo assim, graduações e concessões que culminariam na indeterminação rechaçada pela certeza tida por escopo. Por isso mesmo, a lei deveria ser “fonte fundamental e exclusiva de produção de normas tributárias novas, abstratas e genéricas, as quais espancam ou devem espancar, na medida do possível, a discricionariedade dos atos de aplicação, quer administrativos, quer judiciais...” (DERZI, 1988, p. 287).

É importante deixar claro, desde já, que também somos contrários à discricionariedade, entretanto, com base em razões distintas. De todo modo, reparem como Derzi, mesmo identificando o problema que assola a teoria da tipicidade cerrada, cai na armadilha de uma saga por uma especificação conceitual que, mais descritiva e exaustiva, não permitiria os espaços abertos negligenciados pela tipologia, culminando, dessa forma, em uma vinculação das atividades administrativas (lançamento, fiscalização, etc.) e jurisdicionais. Trata-se, em realidade, de pretensão inalcançável.

Daí nos posicionarmos de acordo com Ávila (2006, p. 308 ss.), para quem a determinação constitucional implica mera certeza de existência normativa, e não de certeza de conteúdos pré-determinados.

3 Nesse sentido, *vide*, em especial, OLIVEIRA, 2010, e CRUZ ; OLIVEIRA, 2009.

O foco de estudo desta linha de pensamento, que tem Jürgen Habermas como seu principal nome, parte de um discurso deontologicamente neutro, sem valores ou direitos anteriores ao discurso, ao Direito, ao próprio Homem ou ao Estado. Com isso, deixa-se à sociedade a possibilidade de criação do sistema jurídico que bem lhe aprouver, limitado, unicamente, à própria possibilidade do discurso. Sobre o tema, veremos mais adiante.

De todo modo, esta é uma linha de pensamento que muitos vêm comentando sem, muitas vezes, compreender suas efetivas bases. Desta feita, procederemos a uma breve apresentação do paradigma a que o procedimentalismo se contrapõe para, então, delinear algumas breves ideias sobre o tema. Entretanto, desde já se alerta. O presente ensaio serve como uma mera apresentação aos pontos centrais dessa rica corrente teórica. Para maiores verticalizações acerca do tema recomendamos o estudo das obras aqui mencionadas.

O delineamento do paradigma a ser superado

Buscar a raiz da sistemática moderna de interpretação jurídica não é tarefa das mais simples. Afinal, desde os primórdios da Grécia antiga podemos identificar formas de pensamento que até o início do século XX seriam caracterizadoras do sistema interpretativo.

Exemplificativamente, podemos citar Aristóteles, que já ventilava a concepção de que as palavras deteriam um caráter representativo de uma realidade já posta, antecipando a corrente neopositivista do Wiener Kreis.⁴

4 Em Viena, um grupo de amigos intelectuais no início dos anos de 1920 costumava se reunir em um café da cidade para debater temas filosóficos e científicos. Mais tarde, com o ganho de substância dos debates e a redação de um “manifesto” que logrou delinear uma corrente de pensamento própria, surgiu o Wiener Kreis (Círculo de Viena), também chamado de neopositivismo ou positivismo lógico.

A própria formação de seus integrantes – grande parte ligada à lógica ou matemática – já denota certas características do pensamento vienense do início do século passado. Ainda gravado pelas influências do racionalismo, o neopositivismo se consagrou como uma corrente extremamente anti-metafísica, com pressupostos científicos de verificação (seguimento da ideia de “causa-efeito” de Descartes), além de uma intensa preocupação com o estudo da linguagem e da ciência em si. Todos esses elementos restavam submetidos à perseguição de um conhecimento tão exato quanto o lógico-matemático presente em suas bases científicas. Para Sofia Rovighi, essa doutrina “é caracterizada não apenas por elementos positivos [...] mas também por uma radical aversão à metafísica, unida à valorização das ciências experimentais e da lógica formal” (ROVIGHI, 2004, p. 473).

Outro ponto marcante desse novo modelo de pensamento é a busca por atrelar a função da linguagem ao desenvolvimento da filosofia.

Para os integrantes do neopositivismo, todos os grandes problemas da filosofia não estavam na filosofia em si, mas sim na sua forma de expressão. Toda discordância filosófica, toda incompreensão da realidade não passam por uma incompreensão ou desconhecimento da filosofia “*stricto sensu*”, mas sim por uma carência linguística. Por isso mesmo a própria filosofia deveria ocupar-se da linguagem.

Em passagem sobre Rudolf Carnap, membro do pensamento vienense, Manfredo Araújo afirma que “sua convicção era de que a maioria dos problemas filosóficos autênticos era controversa a respeito do quadro lingüístico adequado a uma pesquisa científica ou descritiva sobre fatos

Isto se relaciona, ainda, com sua concepção de que os objetos já teriam em si mesmos uma carga de significado independente do intérprete que se colocava ao conhecimento – estrutura de pensamento hoje conhecida como “ontologia do objeto”, e que acarreta significativos impactos no processo de conhecimento da realidade.⁵ Estes dois dados, aparentemente banais, foram fundamentais para o conhecimento que posteriormente dominaria a epistemologia do mundo moderno.

Ao se chegar à Idade Média, porém, a interpretação das leis passa a ser carregada por um caráter político. Calcada nas bases teóricas desenvolvidas por Santo Agostinho – o qual se inspirou nas ideias de Platão – e especialmente Santo Tomás de Aquino – que por sua vez, seguiu o norte deixado por Aristóteles – a Igreja Católica conseguiu dar sobrevida ao seu poder de dominação na construção do conhecimento científico e jurídico defendendo a unicidade e hierarquia interpretativa.

Em breves palavras, Tomás de Aquino afirmava que haveria um escalonamento das normas, com direta relação de busca por legitimidade. A fim de fundamentar todas

dos quais tais pesquisas tratam, as confusões existentes na filosofia provêm do fato de os filósofos não terem clareza a respeito dessa realidade, isto é, que as perguntas filosóficas são, nesse sentido, perguntas puramente lingüísticas [...] Isso significa, então, que todos os problemas filosóficos são, na realidade, problemas de sintaxe lógica.” (OLIVEIRA, 1996, p. 81-82).

5 A preocupação ontológica de Aristóteles, a qual se constata na observância do “ser enquanto ser” foi responsável por delinear a “filosofia do objeto” ou “filosofia do ser”. Esta forma de pensamento foca sua atenção nas coisas em si, no objeto como potência e que tem em sua essência a definição de sua finalidade e utilização. Para conhecer a realidade, deveria o homem se ater a descobrir o que as coisas querem “transmitir” para o intérprete, já que as mesmas já detêm um propósito que independe da pragmática do sujeito. O objeto se esgota em si mesmo, pois detentor prévio de conteúdo e finalidade.

Na mesma senda, seu entendimento acerca da utilização da linguagem. “Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência.” (STRECK, 2003, p. 118). Ou seja, por representarem objetos, que por sua vez detinham em si um uma materialidade exauriente em sua própria existência, as palavras e expressões contemplavam um conteúdo material já definido ontologicamente: os significados dos signos e expressões já estavam delimitados previamente ao uso pelo sujeito, afinal, referidas palavras representavam objetos que, por sua vez, já tinham “conteúdos” próprios anteriores à forma como o sujeito se utilizava desse mesmo objeto.

É a ideia que ainda hoje encampa alguns teóricos defensores de uma descrição legal da realidade capaz de expressar todas as nuances, e conter todo o significado anterior ao intérprete (algo próximo ao *brocardo in claris cessat interpretatio*). Reside tal argumentação na lógica do princípio da tipicidade, por exemplo, segundo o qual, em um texto legal já se tem compreendido todo o conteúdo da realidade que se quer conhecer – a lei como objeto e com conteúdo predeterminado antes mesmo de ser interpretada.

Entretanto, à frente de seu tempo, Aristóteles percebia a necessidade de realizar a contextualização das normas para sua incidência concreta: “assim como a régua de chumbo só concretiza a sua virtude prática de ajustar as molduras lésbicas ao se adaptar à forma de pedra, é através do adaptar-se ao caso, mediante o decreto corretivo, que a lei universal é por isso regra indeterminada atualiza concretamente a sua normatividade. Na concretude do caso é que se realiza e se determina a normatividade da lei.” (GALUPPO, 2002, p. 33).

as demais, estaria no topo da pirâmide, a lei divina, a qual somente poderia ser conhecida pela própria Igreja.⁶

Nesse tocante, surge uma das maiores críticas ao direito teológico: inspirar-se em uma fonte de legitimidade metafísica, que foge à capacidade de comprovação e conhecimento dos homens.

Entretanto, os próprios excessos praticados pelo clero foram responsáveis pela alteração epistemológica. Receosos de que a influência religiosa pudesse macular toda e qualquer forma de produção de conhecimento – além das próprias penas impostas aos que desafiassem os dogmas religiosos⁷ – pensadores da época passaram a buscar fundamentos que pudessem “neutralizar” toda e qualquer influência externa sobre a observação natural e produção científica. Neste ponto, Descartes foi, sem dúvida, um dos principais nomes. Ao advogar a tese de que todo conhecimento, para ser validado, deve ser produzido de forma neutra, sem qualquer influência do subjetivismo do sujeito, ou mesmo amarras religiosas ou morais, Descartes conseguiu garantir a neutralidade matemática ao conhecimento humano, além de atender aos anseios de respostas predefinidas e cientificamente verificáveis.⁸

6 As ideias agostinianas já esboçam uma relação entre a vontade divina – fonte de toda a realidade – e o direito positivo. Este último, situado no plano terreno, deve-se adequar à sua matriz transcendental divina. Não obstante a fusão entre filosofia e fé possibilitadora de uma maior força da dogmática cristã seja marcada pela patrística agostiniana, é Santo Tomás de Aquino quem pode ser apontado como a expressão da vontade eclesial em dominar a construção de conhecimento na Idade Média.

Aquino distinguiu quatro espécies de leis estruturadas hierarquicamente: lei eterna, lei natural e lei humana. E acima delas, a lei divina.

A lei eterna, de origem divinatória, compõe a ordem universal que rege todas as coisas. Graças à sua origem transcendental, a vontade divina é incorruptível e universal. “Os universais são perpétuos e incorruptíveis, mas o verdadeiro é maximamente universal, pois é convertível com o ente; portanto, a verdade é perpétua e incorruptível [...] ‘porque a justiça é eterna e imortal’, mas a verdade faz parte da justiça” (TOMAS DE AQUINO, 1999, p. 197; 195).

Não obstante seja a lei eterna a fonte divina que tudo ordena, apenas Deus e os bem-aventurados teriam acesso direto ela. A todos os demais apenas indiretamente, através da expressão da lei eterna na lei natural seria possível conhecer o conteúdo natural regente. Entretanto, a fim de cuidar dos possíveis desvios de comportamento, seria ainda necessária a criação de uma lei positivada. Após expor estas distintas hierarquias de leis, Aquino cria entre elas uma cadeia de legitimidade, em que a lei humana, para ser efetivamente válida, teria que se coadunar com os preceitos determinados pela lei natural e consequentemente pela lei eterna.

7 Neste ponto, merece especial atenção o caso de Giordano Bruno, cujo triste destino foi fundamental para que Descartes se visse motivado a escrever sua obra *Discurso do Método*: “Em 1591, a convite de um nobre veneziano, voltou imprudentemente à Itália. Um ano depois, foi denunciado ao Santo Ofício, preso, transferido para Roma e encarcerado. Nos sete anos seguintes, apesar da mais extrema e prolongada tortura, discutiu tenazmente com a Inquisição. À exigência dos Inquisidores de que se retratasse, recusou-se obstinada e repetidamente. Por fim, em 1600, foi oficialmente condenado por heresia e sentenciado à morte. A 17 de fevereiro daquele ano foi para a estaca. Levaram-no amordaçado, a fim de que sua continuada rebeldia não se revelasse embaraçosa para os carrascos ou perturbadora para os espectadores reunidos” (BAIGENT; LEIGH, *apud* CRUZ, 2004 p. 59).

8 A obra de Descartes, muito embora sucinta, é extremamente rica para caracterizar o paradigma em que ele se encontrava. Em dado momento, querendo argumentar como os sentidos (subjetividade) era

Com isso, toda e qualquer área do conhecimento que quisesse ser tida por respeitável, deveria conseguir alcançar as mesmas bases de certeza e confiabilidade.

Do mesmo modo, Newton, observando a repetibilidade dos fenômenos da natureza, passou a descrever o universo natural como uma sinfonia de leis infalíveis e exatas.

A perspectiva de conhecimento da realidade pela ciência muito se adequou com o antropocentrismo e o racionalismo kantiano que passaram a marcar o surgimento da modernidade. Inserido em seu paradigma, Kant entendia que o sujeito solipsista, individual e suficiente em sua reta razão era capaz de ter acesso a todo o conhecimento da realidade externa.⁹

Diante desse quadro, o Direito, que também queria ganhar o *status* científico até então direcionado às ciências exatas, buscou a matematização de resultados jurídicos. Para tanto, transpôs a perspectiva newtoniana às normas positivadas, dando um caráter objetivo e formal ao Direito.

É muito simples verificar essa relação. Newton já havia afirmado que: se A, é B (p. ex: se tenho ação, tenho reação em mesma direção e sentido contrário). O Direito, importando o conforto dos resultados previsíveis, elaborou a se-

um inconveniente à produção científica, ele expõe: Assim, porque os nossos sentidos às vezes nos enganam, quis supor que não havia coisa alguma que fosse tal como eles nos levam a imaginar [...] pois enfim, quer estejamos acordados, quer dormindo, nunca nos devemos deixar persuadir senão pela evidência de nossa razão. Há que se notar que digo de nossa razão, e não de nossa imaginação, nem de nossos sentidos. Assim, embora vejamos o sol muito claramente, nem por isso devemos julgar que ele seja apenas no tamanho que o vemos.” (DESCARTES, 1996, p. 37; p. 45). Posteriormente, o mesmo autor conclui: “pois, enfim, o método que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar exatamente todas as circunstâncias do que se procura contém tudo o que dá certeza às regras de aritmética [...] por meio dele, tinha a certeza de usar em tudo minha razão.” (DESCARTES, 1996, p. 25-26).

9 Mister perceber que, com sua teoria, Kant reformula a filosofia até então vigente. Conforme mencionado, desde a Antiguidade é viável identificar uma “filosofia do objeto”, na qual cabia ao homem tentar conhecer qual a essência que o objeto tinha em si. Dessa forma, o sujeito “girava em torno” do objeto.

Kant inverte a ordem desses elementos. Não é o homem que deve conhecer as “leis do objeto”, e sim as impressões do objeto que devem-se amoldar à racionalidade humana! A partir de então, é o objeto que deve girar em torno da razão humana, impulsionando, assim, a chamada “filosofia da consciência”.

Cruz também percebe que “desde Kant, sabe-se que o conhecimento não pode ser reduzido a uma relação objeto/objeto. [...] Em outras palavras, o exame da ‘coisa-em-si’ seria uma falácia, posto que o que nos alcança sempre é a ‘coisa-para-mim’ [...] O segundo paradigma da filosofia transcendental caracteriza-se pelo exame das condições subjetivas do pensar e do conhecer. Ao invés da objetividade do ente, passa-se agora ao exame das condições de possibilidade do conhecimento.” (CRUZ, 2007, p. 77).

É de se notar ainda que tudo isso se dá, para Kant, em um indivíduo isolado. É o sujeito solipsista, contando com seus sentidos e sua razão cognoscitiva individual que faz as bases de seu acesso ao mundo e ao conhecimento. Acompanhando a exacerbação da autonomia individual que caracterizou o pensamento jurídico burguês do século XVIII, também o filósofo concebia um homem dotado de autossuficiência cognoscitiva.

guinte fórmula: Se A, deve ser B (se João matou alguém, pena de 6 a 20 anos).

É a mesma consequência lógica, imediata e inquestionável, tal qual os dogmas da física!

Em que pesem todas essas questões, elas de nada adiantariam, se não houvesse o elemento político.

Com o ocaso do Estado absolutista, a burguesia emergente queria garantir um sistema jurídico que pudesse limitar o poder público de forma a impedir os abusos de outrora. Instrumentalizados por uma corrente de pensamento que imaginava que as leis positivadas conseguiriam fornecer as mesmas previsibilidades e certezas das ciências exatas, pensou-se que, ao estabelecer os limites do Estado pelo princípio da legalidade, seria possível delimitar, sem qualquer possibilidade de controvérsia, as barreiras para que o Leviatã não pudesse importunar os direitos individuais. Entretanto, a saga do positivismo encontrou sua derrocada pragmática e também filosófica.

Pragmaticamente, observou-se que a pretensão de redução do Direito a leis escritas não era capaz de garantir a segurança jurídica que se pretendia, e muito menos a Justiça ao caso concreto. O estopim se verificou quando o Tribunal Alemão, em pleno III Reich, chancelou as barbáries cometidas pelo regime nazista somente com o argumento de que se tratava de normas legais formalmente adequadas, sem importar com seu conteúdo ou com a realização de uma interpretação mais condizente com os valores constitucionais ou com a justiça que a situação pedia. Constatou-se, assim, que a técnica, fria, e sem a harmonia com a humanização, seria capaz de destruir, ou ao de agregar à comunidade mundial.¹⁰ Hermeneuticamente, dois pensadores extirparam do pensamento filosófico dois dos principais pilares do positivismo jurídico.

Wittgenstein, antes participante do neopositivismo vienezense, inaugurou a reviravolta linguístico-pragmática, ao

10 Nesse sentido, já discorremos, em obra conjunta com Álvaro Ricardo de Souza Cruz que: “Com o despojar da II Guerra Mundial, os tribunais do III Reich nazista traduziram de modo incontestável uma frieza formalista e despreocupada com valores humanísticos que o positivismo teorizava. Com isso, começou a lançar normas legais, escritas e positivadas, que violavam todas as formas de direitos humanos e fundamentais imagináveis, tais como as Leis raciais de Nuremberg. Não se poderia, porém, questionar a legitimidade destas normas. Afinal, todas haviam cumprido o único requisito de validade existente: estavam positivadas!

“Neste momento, não havia que se falar em princípios jurídicos reconhecidos como fundamentais e que pudessem servir de contraponto a estas leis – p. ex. dignidade da pessoa humana. Caso não se mostrassem reduzidos à escrita, referidos princípios não comporiam o sistema jurídico vigente e impositivo e, por isso, restariam impossibilitados de evitarem que leis discriminatórias, desumanas e arbitrarias desenvolvessem determinações que, é bom que se diga, eram acatadas pelo Tribunal Alemão. Os campos de concentração nazistas não foram criados de forma paralela ao sistema normativo alemão, mas sim legitimados pelo legalismo míope que prevalecia à época.” (CRUZ; OLIVEIRA, 2009, p. 186).

afirmar que as palavras não representam uma realidade já posta ao sujeito. Pelo contrário. Durante a própria utilização dos signos, os próprios interlocutores vão agregando significado às palavras, as quais, dentro de um jogo de linguagem, adquirem vida própria à medida que vão sendo “jogadas” pelos sujeitos.¹¹

De outro lado, Gadamer, em continuidade aos ensaios de Heidegger, observou que em todo e qualquer processo de conhecimento – inclusive interpretativo – é impossível apartar o aspecto subjetivo do intérprete. Pelo contrário, as pre-compreensões do sujeito, deixam de ser empecilho, para se tornarem verdadeira condição de possibilidade ao conhecimento. Desta forma, quando há interpretação de uma norma jurídica, a junção do horizonte anterior do intérprete, em conjunto com a carga conteudística do objeto/lei, é responsável pela fusão que ensejará o resultado interpretativo. Com isso, rompe-se a neutralidade positivista, e se chega à conclusão de que um mesmo objeto/norma jurídica pode acarretar duas interpretações diversas de dois sujeitos distintos.¹²

Com essas novas informações, chegou-se à conclusão de que a matematização do Direito e a neutralidade interpretativa não apenas falharam, pragmaticamente, em atingir seu desiderato, como ainda eram impossíveis ante a situação antropológica humana.

11 Ao partir para o estudo observacional do papel da linguagem, Wittgenstein percebeu o quão absurda era proposta antedita. O autor notou que não há como proceder a uma estruturação relacional ontológica, exata e atemporal entre signo e significado tal qual propunha o neopositivismo. Analisando a utilização pragmática da linguagem – e essa é a verdadeira reviravolta de postura quanto a relação linguagem-filosofia – ele percebeu que os conteúdos dos termos linguísticos não se encontram previamente engessados aos seus signos correspondentes. Se impossível a estabilidade perene da relação conceitual, também cai por terra o objetivo de utilização instrumental da linguagem como forma de transmissão exata do conhecimento a ser comunicado.

Atento à importância das relações contextuais, o autor argumentou que apenas durante a utilização pragmática de um termo linguístico esse adquire seu verdadeiro conteúdo provisório. De forma simplificada, apenas “falando” colabora-se com a edificação de significado dos termos falados. Eis a razão de Wittgenstein firmar que “o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem” (WITTGENSTEIN, 2002, p. 207).

Exemplo claro é a construção de conteúdo das diversas gírias utilizadas pelos jovens e adultos na modernidade. Expressões tais como “chapa”, ou “bombar” não mais têm como conteúdo empírico uma referência a uma “extensão plana de metal utilizada pelas indústrias ou siderurgias”, ou mesmo relação com artefatos explosivos utilizados em conflitos armados. Em um diálogo atual, é possível também identificar, no uso desses vocábulos, a intenção do sujeito de fala se referir a uma pessoa querida, ou mesmo a uma festa ou evento que reunirá muitas pessoas. São conteúdos que, muito embora não tenham sido “originariamente” estabelecidos aos termos respectivos, hoje são aceitos e compreendidos com naturalidade.

12 Gadamer (1997) inverte a polaridade que antes dominava a filosofia cartesiana. As tradições e pré-compreensões que, para Descartes, poderiam acarretar a deformação do processo científico e cognitivo, passam a ser elementos essenciais para que o sujeito consiga empreender qualquer atividade intelectual. De maneira lúdica, Dutra expõe que: “Da mesma forma, a pomba imagina voar com mais liberdade no vácuo porque não contaria mais com a resistência do ar, esquecendo de que tal resistência é condição de possibilidade de seu voo, no vácuo (que seria a condição ideal de voo, sem resistência, sem atrito) a pomba não voaria: assim também os interesses são condições de possibilidade da experiência, ao mesmo tempo que lhe impõem um limite” (DUTRA *apud* CRUZ, 2007, p. 52).

Mas, como então propiciar qualquer forma de segurança jurídica diante desse novo quadro imposto pela nossa própria condição humana, e ainda assim, garantir a efetivação da Justiça nas mais variadas lides? Este é o desafio que foi posto às novas correntes hermenêuticas.

O procedimentalismo habermasiano e seus principais pontos de entendimento

É compreensível a busca por uma certeza matematizada do conhecimento científico, e também jurídico. Por certo, temos todos a constante tendência de buscar a firmeza de bases sólidas e científicas para amenizar as incertezas contingenciais da vida humana. Nossa própria tradição histórica nos lançou a uma empreitada desta natureza.

Não obstante, compreende-se, com Wittgenstein e Gadamer, a impossibilidade de se engessar o Direito em leis escritas, ou mesmo, a repetição absolutamente equânime dos mesmos conteúdos legais ao longo do tempo ou espaço, indiferente ao intérprete. Com isso, impossível também prever, a exatidão imaginada pelos pensadores modernos.

Estaremos então fadados a uma insegurança jurídica propiciadora dos arbítrios que outrora ocorreram em razão da ausência de dispositivos democráticos? Estaríamos aqui afirmando a inocuidade dos instrumentos legislativos no que tange à construção legítima de um Estado regulado pelo Direito? Obviamente não! Bem se poderia afirmar justamente o contrário.

O que se deve compreender quando nos deparamos com uma crítica ao pensamento positivista é que a segurança jurídica que se tem por inatingível é aquela ligada à fixação dos conteúdos materiais presentes nas normas legais. Entretanto, caso modificada a forma como pensamos o Direito, bem como a relação Estado/cidadão, torna-se possível vislumbrar um novo paradigma que permite tocar, com maior propriedade, a faceta democrática que deve embasar o Estado contemporâneo.

Habermas, cuja extensa pesquisa se corporifica em um sem-número de obras, acompanhou pessoalmente o desenvolvimento e derrocada do III Reich alemão, período em que o formalismo jurídico – verificação da correção do Direito com base, unicamente, na obediência de ritos de elaboração da norma – e a reta razão acatados por Kelsen foram utilizados como forma de legitimar, juridicamente, decisões de uma guerra marcada por campos de concentração, genocídio e outras barbáries.

Diante disso, o autor percebeu que o desenvolvimento isolado de uma racionalidade técnica autônoma, e a consequente validação do Direito esgotada na formalização pontuada – ideia de que a legitimidade do Direito se verifica na formalização legislativa –, não alcançava qualquer projeto

de justiça, pois firmada unicamente no tecnicismo jurídico desconectado das considerações morais e ético-políticas.¹³

Habermas deixa claro que não se pode eclipsar de forma absoluta as pretensões de construção de um Direito correto apenas tendo por base a estabilização (previsão) de expectativas, estabilização essa que serve de principal argumento aos defensores do tecnicismo jurídico. A segurança jurídica, não obstante seja um princípio que permeia o cenário democrático – e em algum momento se pode esquecer –, trata-se apenas de mais um elemento que compõe tal sistema.

Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. [...] O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção. (HABERMAS, 2003, p. 246-247)

Assim, voltado à discursividade, ele propõe uma abertura à visão e contribuição alheia, em que todos os sujeitos de fala buscam um entendimento não impositivo, um acordo racional intersubjetivo consubstanciado em normas jurídicas aptas a reger os diversos projetos de vida que se submetem ao Direito.¹⁴ Eis o grande salto dado pela adoção deste novo modelo de racionalidade: a negativa da perspectiva kantiana de um sujeito singular autossuficiente e

13 “De outro lado, é possível afirmar que Habermas identificava o neopositivismo como manifestação da chamada razão instrumental que tanto atormentara os frankfurtianos. Uma razão que teria desumanizado a ciência por meio da imposição de um saber único, baseada no método matemático de descrição da natureza como algo dotado de causalidade, fundada na repetibilidade dos eventos naturais, mecânico, que esperava apenas a intervenção do intelecto humano para ser descrito por meio de leis universais e imutáveis. Para esse raciocínio, o conhecimento técnico estaria, de um lado, imunizando-se de qualquer controle democrático e, de outro lado, transformando as decisões de fundo ético, pragmático e moral, em questões subordinadas/dependentes apenas do conhecimento de especialistas. O primeiro problema identifica com a época da teoria. A questão da tecnologia nuclear ter sido desenvolvida sem qualquer acesso crítico da sociedade, fechada em gabinetes de cientistas militares, teria alterado significativamente a importância da razão instrumental, eis que a sobrevivência da raça humana estaria em jogo: um poder técnico insensibilizado pela racionalidade das formas de vida ético-culturais de uma dada sociedade, moldada por interesses objetivos irrefletidos e não devidamente depurados pelos valores democráticos, poderia agora, apagar da face da terra a humanidade” (CRUZ, 2006, p. 63-64, grifo nosso).

14 Cruz deixa claro que Habermas não abandona completamente a razão prática kantiana; apenas deixa de considerá-la autossuficiente na busca de uma racionalidade. “Neste sentido, não há que se falar em uma substituição da razão prática pela razão comunicativa, eis que, para Habermas, a razão comunicativa não se coloca na antiga função clássica da razão prática, isso é, como fonte de produção de normas sociais, mas apenas como condição de possibilidade e validade para pretensões de validade em torno de tais normas. E, por outro lado, a razão prática não desaparece. No entanto, suas pretensões ficam muito mais modestas, vez que não opera mais como suporte direto para a legitimação do Direito e para a Moral, mas tão-somente como fio condutor para a construção e reconstrução dos discursos de racionalização e legitimação do poder.” (CRUZ, 2007, p. 157-158).

onisciente ter acesso ao conhecimento determinado e anterior ao intérprete, dando lugar, assim, a uma racionalidade construtiva e intersubjetiva em que o *debate entre os atores livres é o substrato de formação dos conteúdos jurídicos*.

Não se trata mais da identificação de conteúdos prévios ditados por sujeitos individuais (paradigma liberal), ou mesmo um macrossujeito superdimensionado (paradigma social), ambos momentos constitucionais em que a autonomia dos particulares se curvou frente às condições fáticas (liberal), ou o sufocamento por uma vontade supraindividual (social). Com a atuação cidadã simultânea na destinação e formação da vontade política, Habermas revê a segmentação das autonomias pública/privada e reorganiza a ideia de autolegislação com a participação efetiva dos indivíduos na construção do conteúdo normativo sem o encapsulamento do saber jurídico que antes possibilitava uma dominação política silenciosa.

Com o reconhecimento de uma equiprimordialidade entre as esferas pública e privada, são esquecidas todas as velhas ideias antes ventiladas de submissão de um ator social (Estado e/ou indivíduo) em benefício de outro. Consequentemente, também a oposição entre Estado e sociedade sofre uma determinante desconstrução. Afinal, particular e Estado, agora de mãos dadas, detêm não apenas a mesma importância, mas também (por que não dizer?) os mesmos anseios! Afinal, a construção da vontade estatal passa pela atuação participativa dos particulares envolvidos em suas vontades, fazendo com que o diálogo entre Estado e sociedade se torne intenso.

Obviamente, é possível que o Estado opte por manter à parte a participação popular na formulação do Direito aplicada à comunidade. Por vezes, o debate acerca do Direito seguirá, inversamente ao imaginado, ao agir estratégico, e ignorará por completo o debate argumentativo que ora se faz alusão. É, sem dúvida, um constante risco. Mas, deve-se sempre ter por certo que, com a construção jurídica determinada verticalmente (de cima para baixo), sem a participação cidadã, viria, em conjunto, o risco de uma perda de legitimidade e de comprometimento da população com as normas elaboradas sem sua atuação discursiva.

Enfim, aqui se fala de uma democracia genuína, em que os participantes e afetados pelo Direito detêm a possibilidade de atuar no debate acerca das normas que lhes irão incutir.

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regula-

ção social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e a privada (HABERMAS, 2003b, p. 147).

Nessa trilha, o sistema jurídico deixa de determinar de antemão quais aspectos materiais deverão ser marcados como fundamentais, para instituir mecanismos e procedimentos de participação comunicativa e inclusiva na elaboração do Direito.

Uma vez pautado no mérito do melhor argumento, bem como na sinceridade¹⁵ de os participantes se abrirem a fundamentações alheias pela sua força argumentativa, deságua-se em um consenso na perspectiva de uma não coercitividade na aceitação de posicionamentos instituídos, e na construção jurídica de um entendimento intersubjetivo com bases na fundamentação vencedora. Observe-se que aqui não se trata de uma abdicação de todo o caráter sancionatório ou coativo do sistema do Direito. Depois de elaborado o conteúdo legítimo de uma norma legal, esta se reveste de todo o aparato institucional que lhe é próprio, restando ao indivíduo a obediência aos seus preceitos sob pena de sanções estabelecidas.

Todavia, em razão das diferenças de interesses, que não abandonam seus interlocutores no debate argumentativo, por vezes, não será atingido pelos participantes um consenso propriamente dito.¹⁶ Nesses casos, o princípio majoritário de decisões se apresenta como um instrumento de extremo auxílio à tentativa de integração social. Não obstante, ele deve vir acompanhado de dois outros elementos para não desnaturar a democraticidade que busca Habermas: a “temporiedade”, consistente na possibilidade, sempre presente, de serem revistas, pelos participantes, as decisões provisórias acerca do tema; e “reciprocidade”, que implica a aceitação de que, os atuais vencedores “majoritários” devem também se submeter às mesmas regras, caso ocorra uma modificação do Direito determinado por uma eventual reavaliação dos conteúdos precariamente firmados.

No entanto, possibilitar a realização de um debate e um

15 Mais uma vez, é importante evitar um eventual equívoco em pensar Habermas como uma fantasia desprendida da realidade. A sinceridade habermasiana não significa uma pressuposição de que todos os envolvidos sempre estarão comprometidos a dizer unicamente a verdade em prol de um agir comunicativo. Desde já vale lembrar, o agir estratégico é não apenas lembrado, mas espera-se que ele esteja presente! A sinceridade a que ora se faz alusão significa um comprometimento dos participantes em possibilitar argumentações alheias e estarem abertos a elas mesmas. Pressuposto este que, uma vez ausente, impossibilita qualquer forma de comunicação! Sobre o tema, ver-se-á mais à frente.

16 Diante dessas verificações é que se pode constatar que eventual crítica de que os habermasianos “fantasiam” uma realidade inexistente de modo algum procede! Ver-se-á que o pensamento de Habermas, não se embasa ou mesmo conclui uma sociedade metafísica onde todos os envolvidos participem rousseauaneamente em prol unicamente de um justo debate democrático, mas sim em atenção às contingências reais do mundo que nos cerca.

acordo racional desta magnitude necessita de certas “condições ideais de fala” que devem estar presentes em qualquer âmbito discursivo para que este seja permeado pela racionalidade. Caso contrário, se não forem exigidas quaisquer condições estruturais para o diálogo, verificaremos não a construção democrática do Direito, mas sim a colonização do poder comunicativo sob o manto do poder administrativo, hierárquico e financeiro, maculando, assim, o debate jurídico.

O discurso pressupõe uma ‘situação ideal de fala’ que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a idéia subjacente de ego e alter ego (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o medium lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática [...]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso. (CRUZ, 2006, p. 88).

Com isso, Habermas centra seu foco de pesquisa na garantia dessas condições procedimentais que possibilitam um debate racional voltado para a busca de uma regulamentação jurídica ampla e democrática. O direito escapa à mera obediência a um procedimento formal, para buscar a aceitação dos cidadãos/destinatários da norma. O próprio conceito de legitimidade jurídica cunhado pelo autor passa a abraçar tal abertura discursiva em prol dos fundamentos de validade do Direito, ou seja, a aceitação não imposta dos argumentos validativos do mesmo, sempre dispostos a uma reavaliação diante de novas ideias, posições ou fundamentações. É de se perceber que sua legitimidade foge da observância de conteúdos determinados aprioristicamente para se voltar à garantia de procedimentos possibilitadores da participação discursiva dos afetados pela norma.

Trazendo todo esse aparato teórico à proposta de construção democrática do Direito, Habermas consegue importar o “princípio do discurso”, que estabelece a validade normativa pelo assentimento dos participantes, ao processo deliberativo-político, e assim, elaborar um “princípio da democracia”.¹⁷

17 “A ideia da autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica.” (HABERMAS, 2003, p. 158). Neste ponto, Habermas aproveita para demonstrar sua desvinculação com o discurso kantiano de vinculação do Direito à moral. Para ele, o debate jurídico é deontologicamente neutro, ou seja, não está determinado pelos conteúdos morais anteriores ao sistema jurídico, podendo assumir quaisquer formas, desde que embasadas pela fundamentação argumentativa das razões de validade da norma.

Em poucos termos, suas ideias podem ser esboçadas na máxima de que *não é mais a forma que legitima o direito, mas sim as razões de seu conteúdo anuídas pelos envolvidos* em um procedimento discursivo: “O direito não consegue seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade.” (HABERMAS, 2003, p. 172.).

Mas como propiciar tais procedimentos? Ora, não apenas no momento de elaboração legislativa, como, também, diante de todo e qualquer caso concreto! É o que nos faz afirmar, por exemplo, o viés democrático do controle difuso de constitucionalidade, que permite o debate, pelos próprios envolvidos no processo, antes da aplicação de uma norma jurídica.

Em sua acepção, a formação dos conteúdos normativos passa pela garantia de instrumentos procedimentais que permitem a participação irrestrita e não coercitiva de todos os cidadãos no debate político. Nesse procedimento deliberativo, a causa final que irá legitimar o conteúdo das normas será o consentimento voluntário decorrente da força argumentativa das fundamentações apresentadas pelos participantes na busca do entendimento.

A partir daí, a norma legal, fruto desse procedimento, não estará gravada com a imposição desmotivada de outrora, mas sim de uma carga democrática que lhe dará legitimidade para condicionar os comportamentos sociais. Mais uma vez se ressalta como a superação do positivismo não significa um repúdio à legislação!

Mas em que sentido a legitimidade surge da legalidade? À medida que a legalidade é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica [...] com o processo legislativo cercado por cuidados e prescrições em seus procedimentos, temos um fundamento legítimo que aponta para uma base de validade do Direito estatuído. Isto porque com a positivação do direito não temos a emanção de um poder arbitrário ou autoritário, ao invés, trata-se da manifestação de uma vontade legítima portadora de um poder que, em última instância, emana do povo (MOREIRA, 2002, p. 161; p. 125).

Habermas constata que as teorias antes utilizadas para fundamentar o Direito se desvirtuavam justamente de sua base de legitimidade por pecar de um mesmo mal: elas retiravam da esfera do debate público o questionamento dos pressupostos de validade normativa.

E de fato, assim o era. O jusnaturalismo e jusracionalismo embasavam a fonte do direito vigente em uma norma suprapositivada transcendental que, por ser anterior à existência humana e intrínseca à sua natureza, não permitia avaliações de conteúdo. Isso se torna claro nos pensadores contratualistas, que perce-

biam a força jurídica no pacto fundador do Estado, e portanto, externo e impermeável ao exercício da política.¹⁸

Da mesma forma, o positivismo, que pautava a expectativa de estabilização de comportamentos por meio de um procedimento legislativo que, após concluído, tinha seu conteúdo normativo sacralizado. Obstava, assim, o resgate de suas fundamentações, a não ser por meio de outro instrumento legislativo formal. Ou ainda, o viés schmittiano, que lançava como dogmas as escolhas e decisões políticas do Führer corporificadas em instrumentos normativos expedidos pelo Executivo.

Ora, se em busca da democraticidade esboçada na efetiva participação por meio do poder comunicacional, e diante da transposição da legitimidade do Direito a uma possibilidade de constante verificação dos fundamentos de validade das normas, Habermas tenta justamente evitar o cerceamento discursivo antes presente nas teorias jurídicas modernas e pré-modernas. Isso porque, seguindo suas premissas, quaisquer restrições desmotivadas – seja em termos de banimento de conteúdos, seja limitando os instrumentos procedimentais – são capazes de desvirtuar o caráter democrático do Direito respectivo, e até mesmo o próprio Estado Democrático de Direito. E tal não é de se estranhar, afinal, uma democracia de bases sólidas pressupõe, justamente, a superação das visões não participativas que antes habitavam o seio jurídico, e cujo conteúdo definido por uma minoria dominante apenas eram acessados pela sociedade quando de sua aplicação.

Daí a importância que se dá a uma amplitude procedimental que possibilite a todos, a todo tempo, debater razões argumentativas e conteúdos jurídicos na construção do Direito. Nessa trilha, para que se perceba a concretização da faceta democrática, deve haver um processo de institucionalização desta produção observando dois pontos.

O primeiro é a ampla liberdade comunicativa, em simetria de posições entre os participantes, a não coercitividade, bem como as demais condições ideais de fala. Isso significa, no âmbito da discursividade, a irrestrição argumentativa dos membros na formulação das normas jurídicas a serem institucionalizadas – quanto a isso, já tratado.

A segunda questão a ser observada encontra-se ligada à correção procedimental, que deve dar ares de institucionalização às vontades democraticamente formuladas. Mister atentar que, uma vez que se legitimar-se a norma legal em seus fundamentos racional-argumentativos, a possibilidade de correção de eventuais injustiças presentes naquelas se mostra inevitável, sob pena de sacralização do Direito, ainda que de origem discursiva. Ademais, argumentos, aqui considerados como razões resgatadas por meio do discurso,

nunca podem ser cogentes, impositivos, e assim, não indicam um ponto final ao consenso momentâneo. Caso contrário, Habermas estaria a negar suas próprias bases!

A aceitação da falibilidade das verdades provisórias culmina, justamente, no resgate argumentativo das fundamentações racionais da norma. Estando a legitimidade do Direito vinculada a tais razões, as pretensões de validade normativa apenas se sustentam enquanto seus argumentos forem convincentes, argumentos esses que podem ser questionados a qualquer momento, inclusive quando de sua aplicação! Qualquer problematização envolvendo o convencimento que antes possibilitou a construção do Direito suspende sua aceitação para se (re)verificar em que pé se encontra o entendimento acerca do mesmo. Dessa forma, Habermas reconhece que a legitimidade deve carregar consigo a constante possibilidade de revogabilidade, ou de reconstrução do entendimento acerca da materialidade jurídica presente nas normas positivadas. Em exemplificação, para fins didáticos, poder-se-ia tomar a situação da imunidade tributária em benefício de livros e periódicos prevista no art. 150, VI, “d” da CF/88.¹⁹ Nesse tocante, cumpre observar que há intenso debate acerca da possibilidade ou não de a imunidade constitucional abarcar os livros eletrônicos.

Pois bem. A força deste dispositivo reside, segundo a teoria em comento, no entendimento intersubjetivamente buscado pelas partes envolvidas e convencidas das razões que fundamentam o conteúdo constitucional. Em um procedimento jurisdicional (ou seja, *já no momento da aplicação da norma*) em que se esteja debatendo a imunidade tributária dos livros eletrônicos, tem-se a possibilidade de resgatar as razões validativas da norma, ao invés de aplicá-la de forma “automática”.

Neste caso, é plausível imaginar que, após a problematização e o embate discursivo entre os participantes, haja a percepção de que a disseminação da cultura e educação é um dos objetivos que a sociedade visa alcançar, além de constituir um pressuposto para a participação ampla e consciente no debate deliberativo. Dessa forma, sendo essas as razões que fundamentam a própria norma, seu conteúdo também deve abarcar a imunidade dos livros eletrônicos, que demonstram as mesmas características dos livros impressos no que tange às razões ora aludidas. Daí a reconstrução ou a reformulação do entendimento – e conseqüentemente, do conteúdo jurídico – acerca do dispositivo constitucional, que agora será aplicado neste caso concreto em que houve o debate com uma materialidade jurídica diversa. Reparem como o texto positivado

19 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

18 Cf. HABERMAS, 2003, p. 123 e ss.

deixa de ser ponto de chegada, para ser ponto de partida e objeto de debate!

Eis uma possibilidade de construção do conteúdo jurídico condizente, tanto com os giros linguístico e hermenêutico, quanto com a constante observância da vontade popular, verdadeira fonte do poder instituído.

Com toda essa reformulação proposta por Habermas, até mesmo os direitos fundamentais mudam de enfoque.

Desde o jusnaturalismo teológico, passando pelo jusracionalismo, e mesmo pelos pensadores da modernidade, os direitos fundamentais sempre tiveram uma excessiva carga deontológica prévia. Ou seja, argumentava-se que havia direitos que seriam inerentes ao ser humano, ou ainda, anteriores ao próprio Estado, razão pela qual seriam intocáveis. Não fosse bastante, os referidos pensadores elencavam quais seriam esses direitos materiais impassíveis de serem colocados em debate.

Entretanto, na perspectiva procedimentalista, deixa-se por completo esta concepção, dando aos direitos fundamentais dois momentos, ou duas facetas.

Conforme já percebido, todo o estudo do nosso marco teórico enfoca a participação efetiva e ativa de todos os membros da sociedade na construção de um conteúdo justo e democrático do Direito que irá reger dada comunidade social. Não se fala, em momento algum, em conteúdos pré-estatais fundamentais, ou mesmo em direitos fundamentais cujo conteúdo, já determinado, deva reger todo o desenvolvimento do Estado e da sociedade. A feição democrática é colocada em destaque para, justamente, dar, aos afetados pelas normas, a possibilidade de argumentar quais os conteúdos de direitos lhes são efetivamente fundamentais.

Ora, se assim o é, uma *primeira aceção* acerca do que sejam direitos fundamentais neste novo paradigma já se torna clara: são direitos fundamentais aqueles necessários para a garantia de participação efetiva nos debates e argumentações jurídico-políticas. Noutros termos, são direitos que, como condição de possibilidade, fornecem ao cidadão os elementos exigidos para ele estar presente e atuante nas esferas públicas discursivas e, uma vez inserido na arena argumentativa, possa, juntamente com os demais membros da sociedade, construir de forma irrestrita – e não coercitiva –, o conteúdo dos direitos que entende adequado.

Mas como então identificar quais seriam tais direitos/postulados? Habermas faz sua sugestão:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à *maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. [...] (2) Direitos funda-

mentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração positivamente autônoma da proteção jurídica individual. [...] (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. [...] (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente (HABERMAS, 2003, p. 159-160).

Mister destacar como os direitos fundamentais, neste momento, denotam um caráter muito mais *instrumental*, do que material, remetendo o cidadão não apenas à ampla possibilidade de postulação de seus direitos, mas também à garantia de liberdade e condições fáticas de empreender em um debate que culminará na tomada de rédeas da estruturação do Estado, da sociedade e das relações privadas. Afinal, este é, efetivamente, seu papel: instrumentalizar e possibilitar que os indivíduos assumam a cidadania ativa e participativa na construção dos conteúdos normativos. Assim sendo, a liberdade não é mais compreendida em sua acepção liberal-burguesa, mas em uma perspectiva de amplitude de participação na arena pública; a isonomia abandona o *status* de finalidade do Estado social, e adquire o caráter de meio/instrumento, consubstanciada na igualdade de posições e oportunidades de se expor a argumentação pretendida, e assim por diante.

Essa releitura discursiva retira de tais direitos sua dimensão substantiva clássica. A liberdade, por exemplo, resumir-se-á à perspectiva do indivíduo de participar na implementação dos discursos sociais de fundamentação e aplicação das normas jurídicas. A dignidade da pessoa humana passa a ser compreendida pelo fato de todos poderem participar em simétricas condições no discurso com todos os demais interessados. Dessa forma, enquanto os direitos fundamentais atuam como condição para o discurso, não se sustentam sobre valores substantivos. Ao contrário, são entendidos como regras de comunicação. (CRUZ, 2006, p. 168).

Caso se tenha compreendido que na esfera de um Estado Democrático de Direito a amplitude argumentativa possibilita aos destinatários da norma construir e reconstruir incessantemente os conteúdos jurídicos que irão reger as relações sociais, uma segunda aceção de direitos fundamentais mostra-se ululante. Uma vez garantidos os direitos fundamentais (postulado) como condição de participação no embate democrático, todos os cidadãos terão, justamente, a oportunidade de construir o conteúdo provisório (pois passível de revisão) dos direitos fundamentais, agora vistos como consequência ou resultado do debate comunicativo.

Não se trata de uma predeterminação de direitos fundamentais por decisões pré-estatais, mas sim da transferência

para os destinatários da definição de que direitos sejam estes! Caso compreendam que o conteúdo fundamental a ser observado culmina na construção de isonomia geométrica e adoção de ações afirmativas, por exemplo, assim o será. Todavia, uma vez que a revisão discursiva implique uma renovação deste conteúdo jurídico, seus resultados, frutos de um discurso amplo e democrático, serão agregados ao ordenamento jurídico, modificando, assim, a visão inicial adotada. E assim por diante.

Eis a razão de não se poder determinar e fixar, de antemão, o conteúdo que os direitos apresentarão dentro da esfera de direitos fundamentais. Afinal, a substancialidade dos mesmos, nesta segunda visão, é a própria consequência do discurso travado entre os cidadãos e proporcionado pela existência e garantia dos direitos fundamentais/postulados (primeira aceção).

É como leciona Cruz:

De um lado, os direitos fundamentais, como condição do procedimento discursivo, são pressupostos da comunicação, e, portanto, despidos de conteúdo substantivo. Contudo, de outro lado, os direitos fundamentais, entendidos como conseqüências/produtos do procedimento discursivo, certamente estão repletos de substância. (CRUZ, 2006, p. 172).

Por derradeiro, não poderíamos deixar este breve ensaio sem tecer considerações acerca da segurança jurídica, dado que sempre vem à tona quando questionado o procedimentalismo habermasiano. Afinal, se temos como pressupostos inexistência de conteúdos jurídicos pré-definidos à aplicação da norma ao caso concreto (Wittgenstein), bem como a impossibilidade de realizarmos repetições idênticas e neutras das legislações (Gadamer), estaríamos, então, pregando a completa ausência de segurança jurídica? A resposta é absolutamente negativa!

Inicialmente, no que tange à segurança jurídica, é necessário lembrarmos, mais uma vez, a impossibilidade de se buscar a antecipação e a repetição de conteúdos jurídicos por meio da sua positivação nas normas legais. Daí a afirmativa de que, ao almejarmos outras formas de segurança jurídica que não configurem uma previsibilidade absoluta de decisões judiciais, estamos, em realidade, buscando a única forma de segurança (ou certeza) que temos possibilidade de instrumentalizar.

Caso observemos bem as argumentações trazidas ao longo deste trabalho, note-se que discorreremos nessas páginas acerca do procedimentalismo habermasiano justamente no intuito de demonstrar a viabilidade (e necessidade) de tal segurança. Não a versão positivista, envolvida com a estabilização e certeza de conteúdos jurídicos materiais e identificados previamente pelo intérprete. Isso já foi demonstrado impossível – a redundância desta informação parece

mesmo necessária. Mas, considerando ser a legitimidade do Direito não mais verificada pela mera observância de um rito de elaboração legislativa, e sim ligada à aceitação ampla, racional e provisória (pois passível de revisão) das razões normativas, é possível identificar a segurança jurídica na garantia de procedimentos que assegurem ao interessado rever, criticar e reavaliar o conteúdo jurídico que lhe será aplicado por meio do debate de seus fundamentos de validade em um processo cercado pela amplitude discursiva.

Mais uma vez deixamos claro. A certeza jurídica a que estamos a trabalhar não é aquela que indica com precisão matemática newtoniana o resultado final de uma lide trazida ao Estado, mesmo porque, nenhuma norma legal, por mais “detalhada” que o seja, conseguirá efetivar tal desiderato. A segurança que somos capazes de propiciar ao jurisdicionado é aquela que lhe permite obter a absoluta certeza de que ele terá a possibilidade de participar de forma ativa na “construção” do Direito que lhe será aplicado. Ora, mas se tal “construção” há de se dar no caso concreto, e o ordenamento assegura ao cidadão instrumentos que lhe permitem fundamentar e argumentar acerca das razões validativas das normas, então estaremos possibilitando a este mesmo indivíduo a constante capacidade de afetar o próprio conteúdo do direito material aplicado!

Aliás, foi visto que os próprios direitos fundamentais devem ser lidos dessa forma: carentes de conteúdos materiais determinados, e garantidores de possibilidades participativas para a construção democrática do direito. Afinal, o conteúdo destes direitos será realizado pelos próprios envolvidos. Isto, afinal, é democracia.

É como o próprio Habermas esclarece:

A segurança jurídica, apoiada no conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa, ela mesmo, um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios. Em troca, a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a *segurança jurídica num outro nível*. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; *deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários*. (HABERMAS, 2003, p. 280-281, grifo nosso.)

A angústia dos juristas apenas se esvairá quando atentarem ao fato de que a era das certezas materiais já se foi, ou melhor, nunca existiu. O combate às pretensões da postura hermenêutica moderna de uma matematização dos conteúdos jurídicos apreendidos pela técnica e pela razão individual não é uma luta em favor de um método de melhor aplicação. Mas sim a um método que consiga *efetiva aplicação!*

A opção por trabalhar os pressupostos hermenêuticos – ainda acompanhados pelo risco de uma abordagem talvez por demais breve – serviu-nos justamente para tentar alertar aqueles que ainda defendem a necessidade de uma previsão exata das soluções jurisdicionais da ilusão metafísica em que se encontram.

E não há que se falar em negligenciamento das leis, ou mesmo do princípio da legalidade. A legislação persiste sim com uma importância ímpar dentro de um cenário democrático, tanto o é que Habermas argumenta longamente acerca da amplitude do debate quando acontece o momento da elaboração normativa. A única questão que colocamos em pauta é a pretensão de se conseguir estabilizar conteúdos jurídicos por meio de leis positivadas, ou ainda, a visão de tipicidade que procura afirmar que a norma deve prever todos os elementos para que haja sua efetiva incidência.

A atuação do Ministério Público no contexto procedimentalista

Conforme visto acima, a presente pesquisa visa elucidar os parâmetros de uma nova possibilidade de construção e interpretação do Direito. Às críticas de que um procedimentalismo habermasiano não teria espaço em um cenário brasileiro – comumente ventiladas –, os constitucionalistas afirmam, de forma categórica, que a perspectiva discursiva e dialógica que ora estamos a apresentar não seria uma possibilidade de construção jurídica, mas sim a *única forma de se estruturar o sistema jurídico de maneira efetivamente democrática*.²⁰

Em que pese a importante missão que se direciona à perspectiva teórica apresentada, sua aplicação no ordenamento pátrio somente alcançará sucesso se as instituições e os operadores jurídicos compreenderem e encamparem suas concepções. E nesse rol, insere-se, indubitavelmente, o Ministério Público.

Já foi visto acima que o pilar central da perspectiva procedimentalista se calca na efetivação de um debate amplo entre os envolvidos e atingidos pela norma legal, debate este cuja instrumentalização chega a ser categorizada como direito fundamental/postulado.

Pois bem.

Após o advento da Constituição da República de 1988, o Ministério Público ganhou nova faceta, tendo dentre seus principais elementos norteadores, a garantia e a proteção dos direitos fundamentais constitucionais.

Conseqüentemente, a atuação do Ministério Público se liga à defesa da própria sociedade que, constitucionalmente, lhe capacitou de instrumentos e lhe direcionou atribuições:

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da sociedade política, como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor da sociedade. A primeira seria a social, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a política, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas. A terceira seria a jurídica, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade. (ALMEIDA, 2010, p. 27).

Dentro do já argumentado, os direitos fundamentais sob o enfoque de nosso marco teórico se traduzem em dois momentos distintos: os direitos fundamentais/postulados instrumentais como condição possibilitadora do discurso, e direitos fundamentais como resultado consciente e valorativo do debate amplo e irrestrito realizado pela própria comunidade.

A primeira acepção de direitos fundamentais/postulados, claramente se apresenta com importância ímpar, uma vez ser a base estruturante de toda a inclusão discursiva, pressuposto máximo para a construção do direito de forma efetivamente democrática.

Neste tocante, é tarefa constitucionalmente direcionada ao Ministério Público atuar judicialmente e extrajudicialmente a fim de implementar as condições discursivas essenciais para que todos os indivíduos tenham a possibilidade de expor suas visões e argumentos na elaboração do conteúdo jurídico que se está a formar.

Obviamente que, conforme dito acima, todo e qualquer argumento produzido pelos envolvidos deverá ser depurado ao longo do processo democrático.

Entretanto, faz-se absolutamente necessário que sejam dadas condições reais para que os cidadãos possam manifestar-se de forma efetivamente livre, em que seus discursos e vontades declaradas – e que não se resumem ao momento de votação eleitoral, mas sim na exposição de ideias ao longo de todo o tempo – sejam livres de toda e qualquer forma de colonização, seja ela política, econômica, ou de outra natureza. Para tanto, vale destacar a atuação do Ministério Público na efetivação do direito à educação, à saúde, à defesa do patrimônio histórico cultural, e na garantia do desenvolvimento educacional e pessoal das crianças e adolescentes, dentre outras searas, a fim de que todos os cidadãos tenham condições de atuar de forma concreta na construção do debate amplo e discursivo. Neste sentido, os Termos de Ajustamento de Condutas, Reco-

20 Sobre o tema, vide CRUZ, 2006.

mendações, Ações Civis Públicas, visando à implementação e efetivação desses pressupostos à atuação dialógica compreendem mecanismos que o ordenamento jurídico dispõe ao Ministério Público para que se formem cidadãos com consciência crítica e cultural suficientes para debater seus próprios interesses.

Mas não apenas isso. A criação de oportunidades, tais como realizar audiências públicas junto a autoridades, fomentar a cidadania ativa e facilitar o atendimento pessoal ao promotor de Justiça, também são imprescindíveis para que se concretizem, com fidelidade teórica, os direitos fundamentais em sua primeira acepção, qual seja, ampliar e inserir, de forma irrestrita, todos os cidadãos no debate democrático, dando-lhes as condições de possibilidade para a construção do direito e criando oportunidades de expressão de sua vontade democrática.

Sobre o tema, Gregório Assagra de Almeida, após discorrer sobre a “função pedagógica da cidadania”, a qual se atribui também ao Ministério Público, leciona sobre as audiências públicas, temática umbilicalmente relacionada, passando a mencionar, ainda, a realização das referidas audiências públicas para esclarecimento da própria atuação ministerial:

A audiência pública encontra-se fundamentada no princípio constitucional do exercício direto da soberania popular, estabelecido no art. 1º, parágrafo único, da CF/88. [...] constitui-se, assim, mecanismo de exercício direto da soberania popular, pois o cidadão, por si ou por seus entes sociais representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas adotadas ou a serem adotadas pelas autoridades públicas [...]

O Ministério Público não só pode como deve realizar audiências públicas com periodicidade necessária. Na condição de Instituição de defesa social e de promoção da transformação, com justiça, da realidade social (arts. 1º, 3º, 127, e 129, todos da CF/88), o Ministério Público deve permitir a participação direta da sociedade na elaboração de seus Programas de Atuação Funcional, bem como esclarecer os cidadãos e seus entes representativos sobre as medidas adotadas pela Instituição [...]. (ALMEIDA, 2010, p. 40-41).

Somado a todos esses elementos, deve vir, paralelamente, a tutela dos eventos e procedimentos que surgem, de forma a impedir que, por meio de recursos espúrios, haja a colonização da vontade livre dos participantes, seja por intermédio do aparato público, ou pelo fator econômico, o qual comumente coloniza a expressão da vontade democrática. Assim, o Ministério Público assegurar, por exemplo, que o atendimento à saúde pública seja irrestrito a todos os indivíduos, sem que haja atuações demagógicas, eleitoreiras ou favorecidas a grupos determinados é essencial para que, no momento da expressão da vontade cidadã, esta seja feita

de forma voluntária e livre de interesses outros que não a exposição de suas visões acerca da temática debatida.

Ultrapassado esse momento, surgem os direitos fundamentais em sua segunda acepção, tidos como resultado momentâneo, precário e passível de revisão sobre quais direitos fundamentais foram eleitos por esta comunidade discursivamente inserida e participativa. Sobre o tema, já se discorreu acima.

Também neste momento cabe ao Ministério Público atuar de forma a concretizar os ideais democráticos firmados pelos cidadãos, fazendo uso, para tanto, de todos os instrumentos que lhe são disponibilizados no ordenamento jurídico e que já foram exemplificados na presente peça.

Entretanto, também a operacionalização, a atuação cotidiana do membro do Ministério Público, no afã de efetivar os direitos fundamentais em suas duas acepções demanda especial atenção.

Em primeiro lugar, e conforme supra-argumentado, deve-se transcender às amarras positivistas que nossa tradição jurídica a todo o tempo nos impõe. Para tanto, é necessário averiguar a todo momento a existência de argumentos racionais que justifiquem e legitimem a norma jurídica tal qual se apresenta ao intérprete, bem como possibilitar aos envolvidos que apresentem suas razões, a fim de contribuir na construção do direito no caso concreto em que se está a atuar. Sobre o tema, tivemos a possibilidade de exemplificar na situação tributária nesta mesma pesquisa, bem como em caso concreto envolvendo o Direito Penal²¹.

Entretanto, um desprendimento desmedido aos parâmetros normativos pode fazer o operador jurídico cair em outras armadilhas igualmente perigosas à lisura do ordenamento.

A possibilidade de se interpretar e reconstruir o direito ante as nuances do caso concreto não pode ser visto como uma legitimação indiscriminada para a atuação do Ministério Público, ou mesmo do Judiciário e partes processuais. Para a compreensão desse ponto, ainda que de forma breve, deve-se destacar que toda norma legal passa por dois momentos distintos.

O primeiro momento, o qual se denomina “discurso de fundamentação”, volta-se à elaboração inicial das normas jurídicas, quando então se possibilita o debate livre e irrestrito, tal qual colocado acima. Durante o “discurso de fundamentação”, a sociedade irá elencar quais valores axiológicos lhe são mais caros e que devem prevalecer na estruturação jurídica daquela mesma sociedade.

21 Conferir: OLIVEIRA, Felipe Faria. A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista. Revista De Jure, 2011. No prelo.

Entretanto, ultrapassado esse momento, quando ocorre a aplicação da norma legal, os aspectos valorativos acima elencados, muito embora sejam passíveis de revisão pela própria comunidade, não podem ser objeto de flexibilização pelo operador do Direito. Afinal, caso assim o fizesse, o intérprete jurídico passaria por cima das escolhas políticas firmadas por aqueles que detêm a legitimidade política e eletiva para tanto, legitimidade essa que não é deferida ao Poder Judiciário, Ministério Público ou a outros operadores.

Assim sendo, o promotor de Justiça, em sua atuação, deve respeitar e se ater às escolhas axiológicas realizadas pela comunidade, respeitando, assim, o viés democrático que pauta todo este marco teórico.

Entretanto, não se pode afirmar que o representante ministerial esteja de mãos atadas ante a norma legal posta. Nesse segundo momento, no qual ocorrerá o “discurso de aplicação”, possibilita-se ao membro do Ministério Público em arvorar-se a debater questões principiológicas da norma, bem como a construção conteudística e a verificação de legitimidade que se realizarão junto às particularidades do caso concreto.

Obviamente que toda essa atividade deve ocorrer sem se descurar das escolhas axiológicas realizadas no “discurso de fundamentação”, e sem se substituir à organização social que o Ministério Público deve proteger.

A título de exemplo, poder-se-ia imaginar uma ação judicial que se liga à efetivação de ações afirmativas relacionadas ao sistema de cotas estudantis. Ainda que o Ministério Público apresente razões e justificativas no sentido de que ações afirmativas não são prioridades na efetivação do direito à igualdade no cenário brasileiro, essa foi uma escolha valorativa realizada pela própria comunidade, e, portanto, deve ser acatada. Entretanto, o debate principiológico acerca do atendimento ou não, das escolhas feitas no momento do “discurso de fundamentação”, ante a implementação de operacionalização de critérios por meio de uma determinada instituição de ensino é atuação interpretativa que permite a atuação ministerial.

Do mesmo modo, esboçamos nossas razões em outra pesquisa²² no sentido de que o art. 217-A do Código Penal Brasileiro, o qual determina a criminalização do estupro mediante violência presumida, no tocante a crianças e adolescentes menores de 14 anos de idade, deve ser lido como uma escolha política da sociedade para aplicar sanção àqueles que se aproveitam da inocência e imaturidade sexual para satisfazer sua lascívia. Este é um elemento axiológico que não pode ser ignorado. Entretanto, é possível analisar e construir o conteúdo material do direito para

verificar se, no caso concreto, os elementos de escolha valorativa e que legitimam/justificam a norma estão presentes a autorizar a sanção estatal prevista.

Na presente oportunidade, realizou-se uma superficial e breve exposição sobre os principais aspectos da visão procedimentalista. Pautou-se com superficialidade ainda maior a atuação ministerial dentro desse paradigma. Vi-sou-se, unicamente, trabalhar ideias iniciais, cujo debate pode incrementar ainda mais detalhes sobre a atuação do Ministério Público na efetivação desse (não tão) novo modelo teórico.■

²² Conferir: OLIVEIRA, Felipe Faria. A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista. *Revista De Jure*, 2011. No prelo.

Bibliografia

- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social**. In: CHAVES, Cristiano, ETAL. **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. 2.Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-59.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- 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.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; OLIVEIRA, Felipe Faria de. A teoria da ponderação de valores e os direitos fundamentais: avanços e críticas. In: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição**. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 183-205.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997. v.1
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v.I
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v.II
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.
- OLIVEIRA, Felipe Faria. **A ilegitimidade do art. 217-A do CPB ante o caso concreto sob a perspectiva procedimentalista**. Revista *De Jure*, 2012, no prelo.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.
- ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia contemporânea: do século XIX à neoclássica**. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4.ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TOMAS DE AQUINO. **Verdade e conhecimento**. Trad. Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ENTREVISTA



JOSÉ ROBERTO MARQUES

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor de Direito Ambiental nas Faculdades COC e UNIP, ambas em Ribeirão Preto, e no curso de Especialização em Direito Ambiental da PUC-SP.

O senhor é autor, entre outros livros, da obra “Lições Preliminares de Direito Ambiental”, lançada pela Editora Verbatim em julho de 2010. Por favor, comente um pouco sobre este livro.

O livro “Lições Preliminares de Direito Ambiental”, lançado pela Editora Verbatim no mês de julho deste ano, está constituído pela primeira parte de minha tese de doutorado, defendida em outubro passado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ela foi elaborada para firmar o meu entendimento a respeito de alguns conceitos, sobre os quais se apoia o tema específico “Desenvolvimento Sustentável”, que será objeto de outra obra. Nas “Lições”, sistematizo, sob a minha ótica, os pontos básicos do Direito Ambiental. Não tenho, com ele, a pretensão de estabelecer inflexibilidade sobre minhas ideias, mas de reiniciar o debate a respeito de alguns temas que interessam à proteção do ambiente, especialmente da reparação do dano. Sobre esta, proponho uma nova metodologia e, ainda, defendo que os bens são públicos ou particulares e o que é bem de uso comum do povo, que é o bem difuso, é o benefício que advém do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quais são os principais desafios da tutela ambiental no Brasil e no mundo?

Para mim, o desafio maior é a conscientização da sociedade em geral – incluindo-se os empresários – de que a proteção do meio ambiente tem a finalidade de garantir a sadia qualidade de vida de todos e propiciar, também, a continuidade da atividade produtiva em bases sustentáveis, ou

seja, em bases que propiciem o mesmo aproveitamento de recursos naturais no futuro. O setor econômico deve entender que a degradação está contribuindo para o comprometimento dos recursos ambientais que ele também utiliza (solo, água, ar, fauna e flora). Se não houver consciência de que o ambiente deva ser protegido, o lucro hoje, à custa do meio ambiente, pode ser grande, mas o seu comprometimento poderá inviabilizar, no futuro, alguns setores, seja pela falta de matéria-prima (recursos naturais) ou pela deterioração de sua qualidade.

Contudo, o meio ambiente deve ser pensado em dimensões mundiais. “Fazer a nossa parte”, embora seja relevante, pode ser uma atitude insignificante diante do montante de degradação de outros países e do caráter transfronteiriço da poluição. Mas não podemos, diante da omissão de outros povos, desistir da proteção ambiental.

O direito ao desenvolvimento deve ser reconhecido, mas com a limitação que o ambiente impõe. Neste ponto, as explicações que permitem a atuação dos operadores do Direito cabem às Ciências Naturais. O Direito não pode ignorar a Química, a Biologia, a Física etc., sob pena de não produzir efeitos concretos. Contrariar a natureza, ignorando suas leis imutáveis, é agir com evidente má-fé.

A conscientização de que devemos defender o meio ambiente, em cada ação, deve ser buscada de forma incessante. Isso porque a cumulatividade de pequenas ações degradadoras pode ter impacto negativo maior, às vezes, que um fato da mesma espécie, de grande dimensão.

Quais são os pontos positivos e negativos da atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente?

A atuação do Ministério Público tem pontos positivos e negativos, mas certamente prevalecem os primeiros; a vantagem dos positivos é tão grande que os negativos diluem-se demais. Quando admito esses pontos negativos, aceito que, às vezes, o promotor age com algum excesso. Mas é melhor pecar pelo excesso do que pela omissão. Nada é pior do que um membro do Ministério Público que não age. E eventuais excessos são devidos a uma formação incompleta do promotor, que não tem conhecimentos específicos de Ecologia, de Geografia, de Agronomia, de Engenharia Ambiental etc. Aliás, não seria exigível dele que os tivesse. Esse cenário é constatado quando o Ministério Público, em algumas regiões, não tem órgãos de assessoramento técnico, o que prejudica o seu trabalho, exigindo, por cautela, a propositura de ações, sem a instrução prévia adequada, com o fim de garantir a proteção da qualidade do ambiente.

O avanço da proteção ambiental no Brasil se deve ao Ministério Público, sem dúvida. Foi a partir de sua atuação, legitimado que foi pela Lei nº 6.938/81, que se conseguiu desacelerar a degradação ambiental e que se exigiu mais dos órgãos técnicos governamentais. Observo que “desacelerou”; não a conteve, entretanto.

Fale um pouco sobre as dimensões do dano ambiental e qual seria a metodologia mais adequada para sua reparação?

O grande problema daqueles que trabalham com o Direito Ambiental é, justamente, dimensionar o dano ambiental, saber qual é a sua extensão. A ocorrência ou não de dano deve ser indicada pelas Ciências Naturais, cabendo aos operadores do Direito, baseados em opiniões de técnicos, buscar a sua reparação. Com relação a ela, opto por falar em busca da “tentativa da reparação” porque, ao certo, não sabemos se, mesmo que se consiga um restabelecimento máximo da situação anterior, ela vá gerar os mesmos serviços e benefícios ambientais antes proporcionados. Então, estamos sempre na busca da tentativa de reparação, esperando que ela se efetive e, mesmo assim, não sabemos o prazo em que isso ocorreria. Nós trabalhamos com um limite temporal bastante pequeno, enquanto a natureza reage em prazo muito superior, que pode estender-se por séculos. É essa regra serve para os efeitos da degradação ambiental, que pode ter um período de latência muito grande, produzindo

do impactos negativos muito tempo depois de sua geração, sem que se possa, então, estabelecer onexo causal.

A reparação do dano, exigida pela Constituição Federal, deve ser completa, integral. Assim, não se pode restringir, exclusivamente, à tentativa de reconstituição do que foi degradado. Existe um dano – que eu chamo de intercorrente – que surge com o fato degradador e segue até a tentativa de reparação, que deve ser indenizado. Nesse período, a comunidade deixou de ser beneficiada ou, às vezes, foi mesmo prejudicada diretamente. Ainda que isso possa parecer distante, o prejuízo deverá ser reparado por meio de indenização. Além disso (um terceiro aspecto), a nova situação (vamos considerar um caso de reconstituição de uma reserva florestal) não gerará os mesmos serviços ambientais que produzia a vegetação que lá existia. Podemos dizer que a nova vegetação é uma “prótese”: ela está no lugar daquela original, mas não tem

a mesma utilidade, as mesmas propriedades. Pela “depreciação” do bem ambiental e pelo dano intercorrente, deve o degradador ser condenado à indenização, sem prejuízo da tentativa de reparação específica, quando possível. Além disso, está o degradador sujeito, se for o caso, à indenização pelo dano moral, previsto no art. 1º, da Lei nº 7.347/85.

Se admitirmos que apenas a tentativa de reparação seja suficiente, chegaremos à conclusão de que “o crime compensa”, ou seja, valho-me de danos ao ambiente para desenvolver atividade econômica ou recreativa e, “se” descoberto, proponho-me a tentar a reconstituição da situação anterior ou, não

a aceitando, submeto-me a um processo judicial que, não raramente, tardará anos para ter sua conclusão de procedência, para, depois do trânsito em julgado, iniciar-se a execução.

Por fim, registro que uma coisa é a impossibilidade de se dimensionar o dano ambiental; outra, o reconhecimento de sua inexistência. Não é porque não se pode medir o dano que se pode dizer que ele não ocorreu. São situações distintas, que não devem ser confundidas. O Judiciário pode, com base nas Ciências Naturais, concluir que houve degradação. A impossibilidade de medição não leva à conclusão de inexistência. Nesse caso, o magistrado deve recorrer a um perito, que “sugerirá” uma fórmula para o cálculo da indenização.

“O avanço da proteção ambiental no Brasil se deve ao Ministério Público, sem dúvida. Foi a partir de sua atuação, legitimado que foi pela Lei nº 6.938/81, que se conseguiu desacelerar a degradação ambiental e que se exigiu mais dos órgãos técnicos governamentais. Observo que “desacelerou”; não a conteve, entretanto.”

O senhor defende uma visão antropocêntrica sobre a tutela do meio ambiente. Por favor, comente sobre o debate existente entre as visões biocentrista e antropocentrista na área ambiental.

Esse debate, embora exercite a doutrina, não tem efeito prático, a meu ver. As duas correntes, embora se intitulem com nomes que, aparentemente, se opõem, estão, a meu ver, em perfeita harmonia. Não imagino que aqueles que defendem o biocentrismo sejam extremados, senão como forma de garantir a sobrevivência do homem com sadia qualidade de vida. São protegidas, ao máximo, todas as formas de vida porque elas são, diretamente, úteis ao ser humano, ou, de outra forma, possibilitam o equilíbrio ecológico que, a final, permite a sadia qualidade de vida. A proteção da fauna e da flora é instrumento para assegurar o direito inscrito no *caput* do art. 225, da Constituição Federal.

O biocentrismo acaba sendo, na verdade, um caminho para a garantia de sadia qualidade de vida das atuais gerações e, principalmente, das futuras. Com a preservação (consideramos assim algo que não admita a intervenção humana) integral – que não pode estender-se a todos os recursos naturais –, possibilitaremos que nossos descendentes tenham acesso às formas de vida que, hoje, contribuem para o equilíbrio ecológico e que lhe proporcionam o mesmo benefício.

Acredito que a Constituição Federal acabou consagrando as duas correntes, mesclando-as numa fórmula intermediária, que permite a proteção de todas as formas de vida, com vista, principalmente, para o futuro. Podemos dizer que ela fez uma opção antropocêntrica, visando às atuais gerações, mas com aspectos biocêntricos, com vista às futuras gerações.

Ao final, resume-se a uma discussão acadêmica que, na prática, converte-se na execução das mesmas ações e na observância das mesmas regras. O que interessa, de fato, é que com a proteção do meio ambiente e dos recursos que o compõem se permita sadia qualidade de vida para nós e, sem comprometer as atuais gerações, para as gerações que ainda virão.

Gostaríamos que o senhor deixasse uma mensagem ao Ministério Público de Minas Gerais.

O Ministério Público tem evoluído muito no País e o de Minas Gerais tem-se despontado entre os mais atuantes na questão ambiental. Contudo, é sempre pouco, porque a velocidade com que agem os degradadores é sempre maior que a da atuação institucional. Eles não têm regras para observar, ao contrário do Ministério Público, que não pode agir à margem da lei. Então, exige-se uma atuação mais preventiva, quase se aproximando da fiscalização *in loco*, que é responsabilidade dos órgãos ambientais. Se o Ministério Público pode agir e a Administração Pública não o faz, ele deve tomar a frente dos trabalhos, apurando-se, concomitantemente, a conduta dos administradores, sob o ângulo, até, da improbidade administrativa.

Assim, a mensagem é a de que os membros do Ministério Público mineiro sejam persistentes.

Finalmente, a eles dirijo os meus cumprimentos, com a esperança de que o ideal de proporcionar sadia qualidade de vida perdure e seja, sempre, a linha-mestra da Instituição. ■

“Se admitirmos que apenas a tentativa de reparação seja suficiente, chegaremos à conclusão de que “o crime compensa”, ou seja, valho-me de danos ao ambiente para desenvolver atividade econômica ou recreativa (...)”

DIREITO PÚBLICO

Constitucional, Administrativo e Institucional

Artigos

Órgãos do Ministério Público e oferecimento à remoção ou à promoção. Há uma ordem necessária? Emerson Garcia

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça (2005-2009).

Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa.

Membro da International Association of Prosecutors (The Hague – Holanda).

O Ministério Público brasileiro, por imperativo constitucional,¹ é organizado em carreira, entendendo-se como tal o conjunto de classes, que congregam vários cargos, estruturado de modo a permitir a progressão funcional consoante critérios previstos na ordem jurídica. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, somente possíveis em relação aos serviços auxiliares e em situações excepcionais, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional.

Os membros do Ministério Público estadual ocupam cargos de carreira: Promotor de Justiça e Procurador de Justiça. Enquanto este último cargo costuma apresentar feições unitárias, aquele está sujeito a inúmeras subdivisões. Daí se falar em Promotor de Justiça substituto ou titular; de 1ª, 2ª, 3ª entrância ou de entrância especial etc. Com a inatividade, os membros do Ministério Público deixam de integrar a carreira, isso porque deixam de ocupar o cargo para o qual foram nomeados. Em consequência, será possível

que outro agente venha a ingressar na carreira ou, mesmo, ocupar o antigo cargo do inativo.

As duas principais características da carreira são a mobilidade e a verticalidade. Não há carreira estática, ao menos no plano idealístico-formal, e muito menos carreira sem escalonamento orgânico-funcional.

Enquanto o provimento dos cargos iniciais da carreira é necessariamente antecedido pela aprovação em concurso público de provas e títulos, cada uma das classes subsequentes é acessada por provimento derivado, baseando-se o critério de decisão, alternadamente, na antiguidade ou no merecimento.

Na conhecida construção de Otto Gierke, os órgãos são centros de competência, ocupados por agentes públicos, que se destinam ao cumprimento das atividades finalísticas do Estado. O órgão, assim, tem duas características essenciais: a institucional (*institutionelle*), indicando a sua integração à estrutura administrativa, e a funcional (*funktionalle*), apontando para as competências que está legalmente autorizado a exercer.² A feição funcional e administrativa são indissociáveis, indicando o *was* (*rectius*: o que o agente faz) e o *wo* (*rectius*: onde ele está inserido na estrutura administrativa).

Na sistemática adotada pela Lei Orgânica Nacional, são órgãos de execução do Ministério Público estadual, entre outros, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça,³ sendo esses agentes alocados, respectivamente, em Procura-

1 CR/1988, art. 129, § 3º.

2 Cfr. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 527-528.

3 Lei nº 8.625/1993, arts. 31 e 32.

dorias de Justiça e em Promotorias de Justiça,⁴ órgãos administrativos que contam com serviços auxiliares e ao menos um órgão de execução. É plenamente factível, desse modo, que cada Procuradoria ou Promotoria de Justiça absorva dezenas de Procuradores ou Promotores de Justiça.

Por força da necessária vinculação entre os planos funcional e administrativo, sempre que o membro do Ministério Público é promovido na carreira, mudando de cargo, ele é alocado em um órgão administrativo, Procuradoria ou Promotoria de Justiça, correspondente à respectiva classe. O referencial de carreira, tanto no plano jurígeno, como no axiológico, torna imperativo que as distintas classes sejam acomodadas de cima para baixo, o que busca assegurar a completude das classes superiores e oferecer espaço nas classes inferiores, permitindo, inclusive, que novos agentes sejam recrutados para a carreira do Ministério Público.

Estabelecidas as premissas iniciais, algo óbvias, algo intuitivas, já é possível responder ao questionamento inicial: há uma ordem necessária no oferecimento de órgãos vagos à remoção ou à promoção? Ora, se o Ministério Público é organizado em carreira, é factível que a mobilidade se inicia

4 Lei nº 8.625/93, arts. 19 e 23.

na própria classe e se estende à classe inferior, não sendo lógico ou razoável que o acesso a escalões mais elevados da carreira coloque o respectivo agente em pior situação jurídica, sendo preterido por aqueles situados em classe inferior.

Nessa linha, a única interpretação que se mostra compatível com a Constituição é aquela que apregoa a necessidade de, uma vez identificada a vacância de uma Procuradoria ou Promotoria de Justiça, ser ela oferecida àqueles que já se encontram na respectiva classe. Não ocorrendo interessados, abre-se o órgão à promoção daqueles que se encontram na classe imediatamente inferior. Somente assim será possível falar em uma verdadeira organização em *carreira*.

O oferecimento do órgão à remoção e, posteriormente, à promoção, é regra que se aplica qualquer que seja o critério utilizado para o respectivo provimento, por antiguidade ou merecimento, não havendo justificativa plausível para o tratamento diferenciado entre essas categorias.

Pelas razões expostas, a conclusão possível é a de que as poucas unidades do Ministério Público brasileiro que oferecem órgãos vagos à promoção sem que, antes, tenham sido abertos à remoção, passam ao largo do conceito de carreira, situando-se a jusante da ordem constitucional. ■

Princípio da eficiência: o que se espera das instituições

José Sávio dos Reis

José Sávio dos Reis

Analista do Ministério Público

Breves Considerações Sobre as Raízes e a Constitucionalização do Direito Administrativo

De acordo com a doutrina publicista, o surgimento do Direito Administrativo vincula-se ao Estado de Direito, cujo conceito vinha desenvolvendo-se estruturado sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, a partir dos movimentos revolucionários que acabaram com o regime absolutista. (MEDAUAR, 2003).

Com a ampliação das funções do Estado, a Administração se transformou em agente essencial para a vida dos cidadãos, com a missão de prover os meios necessários para a realização do bem comum. Essa importância está evidenciada na larga regulamentação dispensada pelas Constituições, particularmente a brasileira, que reservou um capítulo inteiro destinado a modelar a atividade administrativa. Nesta, a matéria é pautada pelo regramento introdutório acerca da obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse ponto, é imprescindível atentar para a constitucionalização dos diversos ramos do direito, entre eles do direito administrativo, ocasionada pela incidência no seu domínio dos princípios constitucionais, tanto os específicos como (e principalmente) os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico.

Como decorrência desse processo, predomina o entendimento que conduz à harmonia entre os Poderes, além do que a cada um dos órgãos do poder estatal é atribuída uma função preponderante – função típica, mas não privativa, pois todos eles exercem, em certa medida, atividades atípicas que caberiam a outra esfera do Poder. A aplicação adequada do princípio, diante da crescente complexidade da realidade político-institucional e social do momento presente, admite (em certos casos, exige) algumas interferências necessárias ao estabelecimento de um sistema destinado a coibir abusos – freios e contrapesos. Afinal, a lógica da tradicional separação de Poderes não pode ser invocada para justificar o arbítrio do administrador.

No que concerne ao princípio da legalidade, o entendimento mais atualizado é aquele em que se encontra superada a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei – regra

escrita. No ambiente criado pela percepção da noção de “direito por princípios”, que sucedeu ao insuficiente conceito do Direito “por regras”, a Administração Pública é regida pelo “princípio da juridicidade”, em que o administrador tem a faculdade, em muitos casos até mesmo o dever, de agir tendo por fundamento direto a Constituição, independentemente de qualquer manifestação do legislador ordinário. Conforme observa Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 30), “[...] a noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.”

Para Odete Medauar (2004, p. 146), os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade apresentam-se enredados numa inter-relação tal que dificulta o estudo individualizado. Com efeito, o princípio da impessoalidade diz respeito à prática do ato de forma objetiva, sem levar em conta o próprio interesse ou de terceiros, o que não deixa de expressar contornos da feição da moralidade (conceituados sob a ótica administrativista); por sua vez, a publicidade constitui-se, a um só tempo, como um meio de controle e ato obrigatório para a demonstração da observância dos anteriores.

Deve-se ressaltar que, para se evitar o desgaste das instituições e o uso de dinheiro público para a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, o que por si só já configura conduta imoral, a publicidade deve ter caráter informativo, educativo ou de orientação social, sendo vedada a referência a nomes, símbolos ou imagens que caracterizem a promoção citada. Mas não se pode admitir a invocação a esta regra para justificar o não cumprimento do dever de transparência, o qual visa a proteger tanto os interesses individuais, como defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos.

A conduta ética, movida pela boa-fé, é o paradigma objetivado pelo princípio da moralidade, da qual decorre necessariamente o dever de probidade administrativa. A despeito da desnecessidade de se positivar tal dever, a Lei Federal nº 8.429/92, qualifica como de improbidade administrativa, além dos atos que importam enriquecimento ilícito e acarretam prejuízo ao erário, também **os que atentam contra os princípios da administração pública**, conceituando-os como qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Princípio da Eficiência – Garantia de Condução das Instituições aos seus Fins

As reformas administrativas que se verificaram em inúmeros países a partir da década de 90 surgiram como alterna-

tiva para o enfrentamento da crescente escassez de recursos financeiros, de ajuste às modernas regras de economia de mercado e, principalmente, para superar a crise do Estado burocrático.

O vocábulo ‘eficiência’ suscita a ideia de ação eficaz para a produção de resultados concretos com qualidade intrínseca e em tempo hábil para a satisfação do público cliente.

Processo (meios) eficiente conduz à eficácia do resultado (fins).

Nesse mesmo sentido, Odete Medauar (2003, p. 242), leciona: “Eficiência opõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão.” Como princípio da Administração Pública, determina que esta deve agir de modo ágil e preciso, para produzir resultados que atendam às necessidades da população.

Considerando que nas democracias há liberdades mais amplas para todos, a fim de se evitarem os desvios e a letargia em detrimento da satisfação do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração deve estruturar um sistema efetivo de controle interno da rotina que garanta às instituições o alcance dos seus fins. Controle interno este, sob a ótica da doutrina tradicional, é aquele que realizado pela Administração sobre seus próprios órgãos e entidades indiretas, por ser ele uma função inerente à atividade administrativa decorrente da hierarquia.

Contudo, a ciência da administração desenvolve um conceito técnico de controle de cunho mais objetivo, que se refere à garantia de que determinado órgão ou instituição desempenhe sua função com eficiência e eficácia, levando em conta estudos prévios da organização, projeto, padronização de atividades e documentos de controle de conhecimento e uso geral, treinamentos, conscientização e atualização constantes, etc. Enfim, controlar as atividades de uma instituição é garantir que ela realize seus fins, disponibilizando, durante o processo de controle, ferramentas adequadas para coibir desvios de qualquer natureza, inclusive o *desvio de poder ou de finalidade*.

As Diretrizes para Normas de Controles Internos para o Setor Público da Organização Internacional de Entidades de Fiscalização Superiores (INTOSAI) definem “controle interno” como um processo fundamental efetuado por todos em uma organização, projetado para identificar riscos e fornecer garantia razoável de que, ao se buscar cumprir a missão da entidade, os seguintes objetivos gerais serão atingidos: executar operações de forma organizada, ética, econômica, eficiente e eficaz; estar em conformidade com as leis e os regulamentos aplicáveis; e salvaguardar recursos contra perda, abuso e dano.

Explica-se que a garantia de alcance dos objetivos é razoável porque os controles dependem de uma vantajosa relação de custo e benefício (todo controle tem um custo,

que deve ser inferior à perda decorrente da consumação do risco controlado) e da inexistência de conluio entre os envolvidos, bem como devido aos eventos externos estarem além do controle de qualquer organização (INTOSAI).

Portanto, em que pese o fato de ser tratado em nível de princípio jurídico, conforme se pode constatar, o tema é dotado de conteúdo objetivo e vincula a Administração como uma força motriz dos demais princípios que regem a gestão da coisa pública. E assim é porque a maior parte desses tem natureza instrumental, enquanto o princípio da eficiência tem natureza finalística; além disso, ao Estado não basta o desenvolver aleatório de atividades e apenas formalmente direcionadas (apontando para) ao interesse público.

Por fim, é importante notar que os direitos e garantias fundamentais decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição, não estando, assim, enclausurados no título que trata especificamente do assunto. Daí resulta que ao dever de observância ao princípio da eficiência pela Administração corresponde o direito fundamental da coletividade à implementação de políticas públicas que resultem na garantia de serviços públicos de qualidade e com resultados eficazes.

Missão Institucional do Ministério Público

A preponderância das iniciativas judiciais para a defesa dos interesses metaindividuais, mormente os referentes às políticas públicas, coube ao Ministério Público, em decorrência de uma série de fatores que conferem à Instituição uma posição estratégica dentro do sistema. Em primeiro lugar, a atual Constituição Federal lhe confere um capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, de forma que restou consagrada sua total autonomia e independência funcional. Também foram ampliadas genericamente suas funções, de forma que atualmente sua missão é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, ainda, mais especificamente, promover as medidas necessárias, no âmbito administrativo ou judicial, para garantir o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição. Ou seja, sua atuação há de tutelar os direitos, garantias e prerrogativas da sociedade.

O princípio da independência ou autonomia funcional permite ao órgão do Ministério Público a liberdade de consciência no exercício da função, não estando sujeito a ordens ou recomendações de caráter normativo, salvo a vinculação ao ordenamento jurídico, o qual, por sua vez, confere à entidade o poder de agir mesmo diante de omissão legal, tendo por meta sempre o cumprimento de sua missão definida em nível constitucional, como observa Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 793):

[...] a existência de cláusulas de extensão, tanto na Constituição Federal (art. 129, III e IX) como na Lei 7.347/85 (art. 1º, IV), e na Lei Orgânica Nacional do MP (75/93, art. 6º, VII, *d*), estendendo a atuação ministerial para outras funções compatíveis, concernentes a outros interesses metaindividuais ligados a valores e segmentos sociais porventura ainda não tipificados ou normatizados, mas (por isso mesmo) carecedores de proteção.

A atuação ministerial fundada em tais cláusulas de extensão adquire relevância em potencial no que concerne à atuação junto aos órgãos e entidades da Administração Pública, ou mesmo via judicial, visando à implementação de políticas públicas destinadas a efetivar o princípio constitucional da eficiência, como, por exemplo, adoção de medidas concretas para garantir o controle interno da rotina das repartições públicas e, conseqüentemente, a qualidade dos serviços prestados ao público.

Observe-se que o predomínio do Ministério Público para o manejo da Ação Civil Pública se deve ao fato de que os entes políticos – União, Estados e Municípios –, posto que igualmente legitimados (art. 129, § 1º; art. 5º, da Lei nº 7.347/85), comumente não se têm mostrado propensos a exercitá-la, tampouco a integrar o polo ativo quando intimados, provavelmente porque, em geral, estão representados justamente por agentes públicos cuja conduta, comissiva ou omissiva, se identifica com a condição de responsáveis pela lesão ou ameaça aos interesses transindividuais objetos da demanda.

Sendo a Lei da Ação Civil Pública de natureza processual, sua utilização pode ter por objeto qualquer medida relacionada com os interesses que podem, por meio dela, ser defendidos, até mesmo para responsabilização de agentes públicos por atos de improbidade administrativa, inclusive aqueles que configurem atentado aos princípios da Administração.

O Controle Judicial das Políticas Públicas

A discussão acerca da sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário tem sido, até recentemente, concentrada em torno da tensão que persiste entre o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, de um lado, e do princípio da separação de Poderes, de outro.

De início, é preciso reconhecer-se, à evidência de que a exegese de todo e qualquer preceito constitucional deve resultar sempre em um sentido que lhe confira a mais ampla abrangência possível, que o princípio da inafastabilidade, combinado com o direito à tutela jurisdicional efetiva, é uma opção política adotada pelo constituinte originário com a clara intenção de pôr termo à equivocada ideia de hegemonia de qualquer das esferas do Poder. Não fosse assim, estaria o Estado imunodeficiente ante as mazelas que interferem no cumprimento da missão relacionada com a sua função social.

Por sua vez, a tripartição e organização dos Poderes, herança do Estado liberal, perpetuou-se na tradição do Estado de Direito como a emblemática garantia das liberdades clássicas, chegando aos dias atuais com uma feição distorcida pela desconfiança de uma suposta ingerência funcional indevida do Judiciário na esfera de competência do Executivo.

Na tentativa de equacionar a crise institucional entre os dois Poderes, surgiram as teorias da discricionariedade, envolvendo a incognoscibilidade pelo Judiciário do mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade). Atualmente, sabe-se que o mérito cinge-se aos elementos **motivo** e **objeto**, não existindo, portanto, margem de discricionariedade a ser exercida por quem quer que seja no que diz respeito aos aspectos referentes à competência, forma e finalidade do ato a ser praticado.

Independentemente, entretanto, de tais considerações, o nosso atual sistema normativo já superou a fase da noção rígida de separação entre os Poderes, conforme restou demonstrado, além do que a questão atinente ao controle jurisdicional da Administração Pública não mais reside na tensão entre os mencionados princípios, conforme registra Paulo Bonavides (2005, p. 586):

Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante.

A partir de tal constatação, a única ilação possível é que não se pode pôr em dúvida a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário do mérito do ato administrativo, em se tratando de questão atinente a lesão ou ameaça a direitos fundamentais, devendo a decisão sempre levar em consideração os seus efeitos no mundo dos fatos, naturalmente com toda prudência a fim de não substituir o arbítrio do administrador pelo do julgador.

Atualmente, a Administração Pública é regida pelo princípio da juridicidade, de sorte que, no exercício da função, o administrador deve sujeitar-se não só às regras jurídicas, mas também aos princípios gerais de direito, principalmente os que regem a Administração Pública e, em muitos casos, agir, tendo por fundamento direto a Constituição, visando concretizar o Princípio da Eficiência.

Ao Ministério Público cabe a tutela dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade, por sua posição de independência em relação aos Poderes da República, devendo agir em defesa dos interesses transindividuais relativos à concretização do princípio da eficiência pela Administração Pública.

O Órgão Jurisdicional, em respeito aos princípios constitucionais da inafastabilidade e do direito à tutela jurisdicional efetiva, utilizando-se dos métodos hermenêuticos atualmente postos à sua disposição, deve sempre realizar um conhecimento pleno de qualquer questão levada a julgamento que envolva a implementação de políticas públicas destinadas à concretização dos princípios constitucionais e à garantia de satisfação de direitos fundamentais.■

Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

INTOSAI. **Guidelines for Internal Controls Standards for the Public Sector**. Disponível em: <<http://www.intosai.org>>. Acesso em: nov. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas Políticas Públicas**. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

Uma questão de virtude!

Fábio Galindo Silvestre

Fábio Galindo Silvestre

Promotor de Justiça na Comarca de Itaúna (MG)
Especialista em Inteligência de Estado e de Segurança Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, FESMPMG
Professor de Direito Penal da Universidade de Itaúna

Em recente entrevista, o ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello do Supremo Tribunal Federal e, atualmente, ministro do Tribunal Superior Eleitoral, a mais alta Corte do país em matéria eleitoral, asseverou que:

[...] temos uma Constituição Federal que está no ápice das normas jurídicas. Por ela, uma lei que altere o processo eleitoral não se aplica às eleições que ocorram dentro de um ano a partir da promulgação da lei. É o artigo 16 (da Constituição). Eu não sou um justiceiro. Eu sou juiz. Não ocupo cadeira voltada a relações públicas. Se há coincidência entre o anseio popular e o meu convencimento, eu atuo. Mas, se não há, eu continuo atuando da mesma forma. Não posso dar esperança vã à sociedade.¹

Ao tomar conhecimento das palavras do ministro, tive a impressão de que o primeiro e mais lúcido intérprete da Constituição Federal, em reveladora manifestação, foi igualmente o primeiro a esquecer, ou ao menos desprezar, o seu inteiro teor.

Diz a Constituição Federal que todo o poder emana do povo, que o exerce através de seus representantes eleitos ou, diretamente, nos termos da Constituição.

‘Todo’, segundo o dicionário Houaiss, é “pronomes indefinido” que significa “qualquer, seja qual for; cada”.

Segundo a mesma Constituição, o Estado brasileiro – República Federativa do Brasil – é constituído por três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Pois bem, segundo a lógica do pensamento, se todo o poder emana do povo, e todo significa *seja qual for*, sendo o Poder Judiciário um dos Poderes do Estado brasileiro que pratica diariamente uma centena de atos, dotados de poder, é forçoso afirmar que o poder dos atos estatais, *seja qual for*, é calcado única e exclusivamente no poder do povo, valendo essa máxima também para o Poder Judiciário.

Para utilizarmos um silogismo inquestionável: “Se todo o poder estatal emana do povo e, uma decisão judicial é um ato de poder estatal, logo, a decisão judicial é um ato de poder que emana do povo.”.

Mais: o Poder manifestado pelos três entes que constituem o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) só se justifica e se funda no povo, sendo imperioso concluir que não há ato estatal legítimo no Brasil senão aquele que encontra força e coercibilidade no povo, na vontade popular.

Assim, *seja qual for* o ato judicial, seja um simples despacho de um juiz de Jequitinhonha (MG) ou um voto de um ministro do Supremo Tribunal Federal, igualmente, enquanto atos estatais, inexoravelmente, encontram seu poder e seu fundamento na vontade popular, no povo, de onde emana todo o poder legítimo da República Federativa do Brasil.

Diante desse quadro, que não exige nenhum esforço interpretativo sobre-humano, fico a refletir: quando o eminente ministro dissocia seu voto do anseio popular, ao afirmar que, não havendo coincidência entre o anseio popular e seu convencimento, prefere ser fiel ao seu convencimento, não está o ministro a trair a própria Constituição e sua verdadeira missão, que é justamente de guardar e interpretar esta Constituição?

Será que a verdadeira leitura que faz o eminente ministro do art. 2º da Constituição da República é: *Todo o poder emana do povo, exceto quando contrariar meu convencimento, pois, nesse caso, o poder emana do meu convencimento.?*

Ora, diria um sábio matuto aqui de Minas Gerais, que pouco conhece sobre o sistema Judiciário: se todo o poder emana do povo, então, as decisões devem ser tomadas em favor do povo, não é isso? Logicamente teríamos que responder: sim! Mas, para alguns na República, não. Mas é isso, sim. O convencimento de qualquer autoridade de estado só é dotado de poder, legitimamente, se coincidente com a vontade popular, com o anseio popular. Quando dissociado da vontade popular, o convencimento do ministro, em essência, passa a ser apenas uma opinião pessoal, de cidadão, mas não um ato de poder estatal, pois esvaziado de poder popular.

O que temos visto atualmente, com grande pesar, é que parte do Poder Judiciário – diga-se de passagem, parcela ainda minoritária, posicionada em postos estratégicos da Justiça brasileira, como as mais altas cortes do País – ao exarar seus atos de ofício, simplesmente desconsideram a

¹ Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-25/lei-ficha-limpa-inconstitucional-nao-efeitos-eleicoes-2010>>.

vontade popular, atuando como se o poder de estado se fundasse neles próprios, e não no povo. Essa lógica perniciosa deve ser invertida.

O Poder Judiciário não está, por mais que alguns o queiram, acima da Constituição. Não é um poder supraconstitucional. É um Poder do Estado brasileiro. Tecnicamente, exerce uma função do Estado brasileiro, a sagrada função de julgar e, por essa simples razão, deve atender a lógica e fim único desse mesmo Estado, que não é um fim em si mesmo. Não existe por si próprio e que, por opção constitucional, é um Estado Democrático de Direito. Cabe, neste ponto, mais um silogismo insuperável. O Estado Democrático de Direito tem por fim único satisfazer os anseios da sociedade brasileira. O Poder Judiciário é um Poder do Estado Democrático de Direito. Logo, o Poder Judiciário tem por fim único satisfazer os anseios da sociedade brasileira.

Enquanto representantes do Estado, servidores públicos ou agentes políticos, como queiram, todos – no dizer do dicionário, *seja qual for* – estão obrigados a atender a vontade popular, a desenvolverem seu trabalho sempre e unicamente para atender a vontade popular, que é o que legitima a função pública, é a fonte que remunera o serviço público prestado, seja de um gari, de um lixeiro, de um ministro ou do presidente da República.

Não se quer aqui, de maneira alguma, erguer-se a bandeira de que uma decisão judicial é um ato puramente político, a atender grupos de pressão ou momentos de convulsão social, em que a pressão é direcionada premeditadamente por determinados setores sociais, grupos sociais, lobistas etc.; ao contrário. Existem leis no país que devem ser seguidas e interpretadas. Porém, no sacerdócio de interpretar a lei, acima do tecnicismo puro e simples, a interpretação judicial deve, necessariamente, contemplar o componente da vontade popular, do impacto social de sua decisão, sob pena de tornar-se um ato desprovido de poder do ponto de vista constitucional, ou um ato estatal ilegítimo e, por que não, um ato estatal inconstitucional na medida em que vem vazio de poder popular.

Ora, acima de qualquer tecnicismo de laboratório, não há alguém que, em sã consciência, diante desse mar de ilicitudes que invade o Brasil, nesse *tsunami* que não dá trégua, defenda que a lei da ficha limpa não vale para estas eleições. Não há alguém que, no gozo de seu juízo perfeito, entenda como absolutamente normal a liberdade do famigerado Pimenta Neves, réu confesso de um brutal crime de homicídio qualificado, amparado por interpretações equivocadas do princípio constitucional da absoluta inocência. Essas interpretações, que são apenas dois exemplos esdrúxulos dos milhares que já se repetiram neste país, em essência, são atos que não representam em nada a vontade popular, que não atendem às expectativas sociais, ao contrário, frustram a esperança dos homens de bem e valem como um tapa na cara da sociedade honesta e ordeira.

Não precisa ser profeta para reafirmar aquilo que já disse um dia, sabiamente, o eterno Rui Barbosa: “De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra; de tanto ver crescer as injustiças, de tanto ver agigantar-se o poder nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”.

O Poder Judiciário, um poder secular, quase sagrado, imprescindível para a manutenção da ordem, definitivamente, não se tem desincumbido de seu mister. Basta colher no meio social em que o leitor vive, se seu nicho





social confia plenamente no Judiciário. Basta perguntar a si mesmo: se tiver uma dívida a receber, um direito seu violado, se o barulho de seu vizinho for ensurdecedor causando-lhe perturbações intensas, se você ou sua família for vítima de um crime bárbaro, você acredita na resposta pronta, eficaz e justa de tutela jurisdicional de seu direito ameaçado ou violado? Se você respondeu negativamente, está em xeque o pacto social, a credibilidade social do Poder Judiciário, e corre sério risco nossa sagrada Justiça.

Ou as decisões judiciais passam a ser atos estatais que correspondam à vontade popular ou esse secular Poder vai lançar-se num longo e desgastante caminho do descrédito, da anacronia, tornando-se um Poder atemporal, fora de seu tempo, desconectado da realidade.

Ou o Poder Judiciário promove uma profunda autorreflexão, sai de seus gabinetes, e passa a escutar a voz rouca das ruas, a considerar a voz que emana das vielas, que há muito tempo não é mais só voz, é coro, é hino, infelizmente com picos de gritos de horror dos aniquilados pelo crime, pela corrupção, pela improbidade, pelo clientelismo, pelas relações espúrias de poder, ou a sociedade simplesmente vai começar a concluir pela imprestabilidade desse Poder, pelo valor meramente decorativo dessa valiosa Instituição, pois a relação entre sociedade e Estado, historicamente, é marcada pela confiança gerada pela resposta à expectativa social inicialmente depositada. A perda de confiança, de prestígio social é preocupante, pois temo o dia em que a sociedade chegará à conclusão de que esse Poder não tem mais justificada a sua existência, pois estará situado no Olimpo, na estratosfera jurídica, absolutamente desconectado da realidade social, dando marcha à ré na evolução social, retornando a sociedade a reger-se pela Lei de Talião: olho por olho, dente por dente. Na ruptura do pacto social firmado em 1988, pois o monopólio da jurisdição, que um dia delegamos ao Estado, com nossas mais legítimas e puras esperanças de uma sociedade melhor, já não atende mais a nossa expectativa social e, talvez, a defesa individual de nossos direitos seja mais efetiva do que esperar pela defesa estatal, que tarda e nunca vem.

Não se iludam os inocentes úteis. A relação entre sociedade e Estado se finca única e exclusivamente em uma relação de confiança, uma via de mão dupla, um verdadeiro contrato social no qual o Estado assume compromissos e a sociedade delega a ele poder, na lídima expectativa de que seus anseios serão correspondidos. E a história é implacável, além de rica em exemplos de Estados que não corresponderam às expectativas e aos fins para os quais foram criados e, que ruíram. A sociedade é dinâmica e complexa. Ou o Estado-Judiciário responde para o que veio, corresponde aos anseios e expectativas sociais, ou será descartado por exclusão social, como um contratado que não cumpriu com suas obrigações assumidas no pacto social: implantar a pacificação social pela aplicação justa da lei. A sociedade vive, pulsa sob os tambores do tempo e não aguardará deitada em berço esplêndido o belo dia em que a Justiça resolver imperar. Não é isso que mostra a história. Na lacuna, na ausência da aplicação firme da lei pelo Estado, a sociedade não tar-

dará e hesitará em aplicar suas próprias leis, do seu modo, paralelamente ao Estado, porque a sociedade tem de avançar, com ou sem o Estado. Isso não é devaneio, nem o prenúncio do caos. Esse panorama entristece os que sonham com um país melhor. Todavia, a leitura que se faz não passa de uma constatação histórica. Seria algo distante disso o que notícia a imprensa em aglomerados do Rio de Janeiro e em outros bolsões de miséria tomados por grupos de traficantes ou milícias que literalmente impõem seus códigos a milhares de pessoas que passam a obedecê-las, sem opção?

As posições técnicas atualmente adotadas, os raciocínios de laboratório, jurídico-matemáticos, invariavelmente, devem ser sopesados sob a luz da vontade popular. Para além do tecnicismo, da subsunção fria do fato à norma jurídica, geral, abstrata e pessoal, para além do juízo puramente

lógico, espera a sociedade do julgador uma grande virtude: sensibilidade social. Ou uma decisão é técnica e atende à sociedade revestindo-se de poder, ou é técnica mas não atende aos anseios sociais, sendo despida de poder, servindo como experimento de laboratório, mas não como emanção legítima de poder estatal.

E, para saber qual o anseio social, não é necessário fazer mestrado, doutorado, cursos no exterior, terapia, plebiscito ou referendo popular para toda e qualquer decisão judicial. Basta ouvirmos, em silêncio, a voz de nossa consciência. Basta aplicarmos o antigo, surrado, mas sempre atual conselho dos mais antigos: “Fazer aos outros a justiça que desejamos para nós mesmos”. Definitivamente, é uma questão de valores. Uma questão de virtude! ■

Jurisprudências

STJ, 1ª Seção.

Ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo ao fornecimento de medicamento de alto custo impede a concessão de mandado de segurança

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.962 - MG (2009/0037261-9) - RECORRENTE: MARCOS VINÍCIUS RAMOS. RECORRIDO: ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES. Data do Julgamento: 25/08/2009. Data da Publicação: 03/09/2009.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E CONSEQUENTEMENTE DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.

1. “A concessão da ordem, em sede de Mandado de Segurança, reclama a demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado” (RMS 24.988/PI, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18 de fevereiro de 2009).

2. No caso em foco, o compulsar dos autos denota que não há prova pré-constituída a embasar o pleito deduzido neste *writ of mandamus*. Deveras, a prescrição medicamentosa do remédio Enbrel por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde (fl. 15) não é suficiente para comprovar que a resposta do paciente ao tratamento será melhor do que aquela obtida com os medicamentos oferecidos pelo SUS (acitretina e ciclosporina) (fl. 18).

3. A produção da prova subjacente à assertiva de que o tratamento do paciente com a droga Enbrel surtirá mais efeito é de grande complexidade e, a toda evidência, demanda a realização de perícia técnica, cuja dilação probatória é incompatível com rito célere do mandado de segurança.

4. Ainda sob esse ângulo, o documento indicativo de que o tratamento deve ser realizado com o fármaco Enbrel (receita à fl. 15) foi produzido unilateralmente, sem o crivo do contraditório. Ademais, a contraprova produzida pelo impetrado, consistente na Nota Técnica NAT/AF n. 0321/2007 (fls. 74-76), milita em sentido oposto à pretensão do impetrante, pois consignou que: (a) o etanercepte, substância ativa do Enbrel, é de alto custo, relativamente nova e ainda não testada satisfatoriamente em pessoas portadores de psoríase; (b) o relatório médico de fl. 28 informa que o paciente foi tratado com acitretina, corticoterapia sistêmica e tópica e hidratantes, mas não se refere aos medicamentos oferecidos pelo Ministério da Saúde para o tratamento de psoríase (ciclosporina e acitretina); e (c) a droga em comento foi recentemente incluída, pelo Ministério da Saúde, no rol de medicamentos com dispensação em caráter excepcional, através da Portaria MS/GM n. 2577/2006, e a sua utilização foi tão somente autorizada por aquele órgão para o tratamento de artrite reumatóide. Logo, a questão gravitante em torno da eficácia superior do Enbrel para o tratamento de psoríase e da menor manifestação de efeitos colaterais advindos da sua utilização deve ser analisada à luz do processo cognitivo (Precedentes: RMS 22.115/SC,

Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 22 de junho de 2007 e RMS 17.873/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22 de novembro de 2004).

5. Apenas a título de argumento *obter dictum*, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência.

6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infundáveis necessidades de todos os cidadãos.

7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a

fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros.

8. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.

9. Recurso ordinário não provido. (RMS 28.962/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJ de 25 de agosto de 2009).

STJ, 1ª Seção

Não se aplica o prazo prescricional da legislação penal em processo administrativo disciplinar, quando inexistente a apuração criminal

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.462 - DF (2010/0121038-8) – IMPETRANTE: MANOEL LUIZ SILVA LEÃO. IMPETRANTE: JANILTON CAVALCANTE ARANHA. IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE – RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS. Data do Julgamento: 14/03/2011. Data da Publicação: 22/03/2011.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. INEXISTÊNCIA DE APURAÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRAZO ADMINISTRATIVO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. PRECEDENTES.

1. A regra geral do prazo prescricional para a punição administrativa de demissão é de cinco anos, nos termos do art. 142, I, da Lei n. 8.112/90, entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo disciplinar.

2. Quando o servidor público comete infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplicará o prazo prescricional da legislação penal se os fatos também forem apurados em ação penal.

3. Precedentes: RMS 19.087/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.6.2008, DJe 4.8.2008; MS 12.884/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 9.4.2008, DJe 22.4.2008; RMS 18.688/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 9.2.2005.

4. No presente caso não há notícia de apuração criminal, razão pela qual deve ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no art. 142, I, da Lei n. 8.112/90.

5. É incontroverso nos autos que os fatos desabonadores foram conhecidos pela Administração em 7.4.2000, e que o prazo prescricional foi interrompido em 7.3.2008, com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), caracterizando a prescrição quinquenal para a punição dos servidores públicos.
SEGURANÇA CONCEDIDA.

**Possibilidade de defesa do agente político ou servidor público,
pela Advocacia-Geral do Estado, se acionado judicialmente
em razão de exercício de suas funções institucionais**

- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.09.499403-5/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REQUERENTE(S): ASSOCIAÇÃO PROCURADORES ESTADO MINAS GERAIS - REQUERIDO(A)(S): GOVERNADOR ESTADO MINAS GERAIS, PRESIDENTE ASSEMBLEIA LEGISLATIVA MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALVIM SOARES. Data do Julgamento: 26/05/2010. Data da Publicação: 03/09/2010.
- Não parece justo que o agente público, político ou servidor tenha que despende recursos particulares, quando se vê demandado judicialmente, em razão de alguma atividade administrativa que tenha exercido, uma vez que não se pode presumir que tenha agido com dolo ou má-fé para prejudicar terceiros, única hipótese que deveria arcar com os prejuízos causados à Administração Pública, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.
- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - NORMA ESTADUAL QUE AUTORIZA A ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO A DEFENDER O AGENTE POLÍTICO OU SERVIDOR PÚBLICO NAS CAUSAS EM QUE FOR ACIONADO JUDICIALMENTE, EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS - POSSIBILIDADE - REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE.
- O art. 2º-A da Lei Complementar Estadual n. 83/2005 guarda inteira compatibilidade com os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, inerentes à Administração Pública, uma vez que a benesse acrescentada somente se concretiza quando o servidor público ou agente político esteja no exercício de suas atribuições institucionais.
- REJEITARAM PRELIMINARES E JULGARAM IMPROCEDENTE.

Sugestões de Leitura

Obras Doutrinárias:

SOUZA, Jadir Cirqueira de.

Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Pillares, 2010, 461p.

Nessa qualificada obra, o Professor Jadir Cirqueira, que também é Promotor de Justiça no MPMG, traz a lume as suas sempre pertinentes considerações acerca do Direito Constitucional brasileiro.

Mais que um manual, o trabalho se destaca pela inovação, pela abordagem contemporânea dos estudos ligados ao tema. Mais que isso, busca sedimentar uma nova forma de pensar, interpretar, estudar e aplicar a Constituição Federal, ao que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo.

Conforme expõe o autor:

Duas vertentes doutrinárias serão discutidas no presente trabalho. A primeira refere-se à ideia da busca da efetividade da Constituição Federal, seguindo-se as excelentes lições do neoconstitucionalismo defendidas por Luiz Roberto Barroso, magistralmente realçadas no notável prefácio. A segunda centra-se na perspectiva da construção de um manual que introduza os novos acadêmicos do Direito, no amplo universo constitucional. Em suma, é da conjugação dos paradigmas da efetividade e da introdução ao estudos das normas constitucionais que nasce o presente Curso de Direito Constitucional (p. 23).

Artigos

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de.

Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 18, nº 73, out./dez. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160-191.

Segundo explica o autor, o “trabalho investiga as alternativas legislativas que o Congresso pode adotar com a intenção de corrigir as decisões do STF” (p. 159). Vale notar:

No núcleo do fenômeno descrito encontra-se a ideia de desacordo, ou seja, de insatisfação do Legislativo com o entendimento adotado pelo Judiciário acerca de um tema específico. Dessa forma, no âmbito do Estado Democrático de Direito, do qual o respeito às decisões judiciais pelos demais Poderes constitui um dos pilares, a correção legislativa da jurisprudência afigura-se como um meio legítimo

de manifestação de insatisfação do Poder Legislativo com a consolidação de determinado entendimento jurisprudencial julgado inadequado (p. 161).

O artigo traz uma série de exemplos reais desse controle legislativo ocorridos no ordenamento brasileiro. Anota ainda a experiência da doutrina e dos precedentes judiciais norte-americanos sobre o assunto, além de analisar, de forma impecável, a aplicação, o objeto, o conteúdo, o rito e os limites dessa vertente no direito constitucional brasileiro.

DIREITO COLETIVO

Material e Processual

Artigos

Conceito de floresta para efeito de crime ambiental

Cristovam Joaquim F. Ramos Filho

Cristovam Joaquim F. Ramos Filho

Promotor de Justiça – Promotoria de Defesa do Urbanismo e Habitação

Atuando na área ambiental, uma questão me chamou a atenção, mais precisamente a definição de “floresta”, para a caracterização de crime, como descrito nos artigos 38 e 39 da Lei nº 9.605/98.

Sistematicamente, tenho visto diversos inquéritos policiais e ações penais instaurados cujo entendimento é de que qualquer vegetação existente em área de preservação permanente, se cortada ou danificada, tipificaria o crime do artigo 38 ou do 39 da Lei nº 9.605/98. Ou seja, basta seja a intervenção em área de preservação permanente para caracterizar o crime. Tenho que o texto legal, quando entrou em vigor, não visava este conceito.

Na definição da enciclopédia Wikipedia, florestas formam um biócoro com alta densidade de árvores, existindo as de formação natural ou artificial. As florestas plantadas são aquelas implantadas com objetivos específicos, e tanto podem ser formadas por espécies nativas como exóticas. Este é o tipo de florestas preferido para o uso em processos que se beneficiem da uniformidade da madeira produzida, como a produção de celulose, por exemplo.

Já no dizer de Fernando Pereira Sodero, agrarista brasi-

leiro, floresta é vegetação cerrada constituída por árvores de grande porte em grande extensão de terras, conceito que Paulo Affonso Machado (Direito Ambiental) abraça igualmente. Mesma definição tem Samuel Murgel Branco, ao conceituar floresta como extensas áreas cobertas de vegetação densa, constituída principalmente de árvores de grande porte e arbustos (BRANCO, 1978, p. 125).

Sob esse prisma, poderiam as vegetações rasteiras, gramíneas, arbustos e cerrados existentes em área de preservação permanente serem consideradas “florestas”, isto para efeito de crime?

Como asseverado, creio que não com relação às primeiras e, quanto aos cerrados, é o próprio Código Florestal (Lei nº 4.771/65), no parágrafo único do artigo 4º, que afasta esse entendimento.

Como se sabe, a disciplina jurídica das florestas no Brasil está inserida na Lei nº 4.771/65, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como norma geral, cabendo aos Estados, nos termos da própria Carta Magna, apenas suplementá-la.

Entretanto, o referido diploma legal não define o termo ‘floresta’ e tampouco as outras normas o fazem, deixando ao intérprete da lei a tarefa.

Entretanto, o referido diploma legal não define o termo ‘floresta’ e tampouco as outras normas o fazem, deixando ao intérprete da lei a tarefa.

É importante, então, uniformizar o conceito, vez que é utilizado amplamente nos mais variados textos legais, inclusive de natureza criminal.



Direitos Reservados ao site FreePhotosBank.com

Em não havendo definição em texto legal, busca-se a interpretação mais adequada, a qual, ao meu ver, se aproxima do conceito da enciclopédia Wikipedia, opinião esta externada, como anteriormente assinalado, por diversos juristas.

Esta definição é particularmente importante, pois o próprio Código Florestal (Lei nº 4.771/65), a meu ver, leva-nos a esta conclusão, quando, em seu artigo 2º, faz a distinção de floresta e demais formas de vegetação.

Sob minha ótica se existe esta diferença, vegetação rasteira e arbustiva (por exemplo: capim braquiária, capim-flexa e mamona) não são florestas, como entendem alguns.

Nesse sentido, temos decisão do STJ:

O elemento normativo 'floresta', constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira". (STJ, Resp 783652/SP, rel. Ministro Felix Fischer, DJU 19.06.2006, p. 196).

Igualmente, o TJ/RS assim concluiu:

APELAÇÃO. CRIME AMBIENTAL. PESSOA JURÍDICA. CONCEITO DE FLORESTA. FAIXA DE DOMÍNIO DA REDE FERROVIÁRIA. IMPROVIMENTO. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal e o art. 3º da Lei 9.605/98, não autorizam a responsabilização penal da pessoa jurídica por ato próprio, mas, tão somente, por ato de seu representante legal, contratual ou de seu órgão colegiado.

Vegetação esparsa, composta por arbustos e capoeiras, localizada na faixa de domínio da rede ferroviária e em área urbana, não pode ser considerada floresta, para efeitos de configuração de infração penal ambiental. Recurso improvido. (Apelação Crime Nº 70012991212, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 20/10/2005).

Nessa esteira de entendimento, é evidente que a conduta se trata apenas de ilícito civil, onde a questão deve ser dirimida. Vale invocar, nesse aspecto, igualmente, a aplicação do direito penal mínimo.

O que seria interessante, se vingasse, é o uso do Juizado Especial Cível para a equação desses conflitos, objetivo este a ser alcançado. ■

Medidas protetivas

Eduardo Henrique Machado

Eduardo Henrique Machado

Promotor de Justiça de Minas Gerais

Após o advento da Constituição de 1988, a sociedade brasileira deu início a um novo ciclo de debates, cujo centro é o cidadão e seus direitos. Cidadão este, entendido como um ser inserido num determinado contexto social, ao qual lhe correspondem diversas garantias pessoais e transpessoais, com reflexos na sociedade e no dever de agir inerente ao Estado, no sentido de proteção e eficácia plena das mesmas.

Tanto é assim que no Título VIII, e Capítulos seguintes, a Carta Magna vigente cuidou de dispor sobre a "ordem social", inserindo ali vários dispositivos cujo objetivo é consolidar um conjunto de normas suficientes a sedimentar uma sociedade, no seu modo de ver, mais justa e equânime. Assim, no Capítulo VII do Título citado, encontra-se estampada a preocupação estatal com a família, a criança, o adolescente e o idoso. Temas que foram tratados especi-

ficamente por corpos legislativos próprios,¹ cada qual incumbido de conferir um regramento adequado aos aspectos sociais mencionados, no sentido de conferir-se especial atenção a eles, a fim de se construir a sociedade desenhada pelo constituinte de 1988.

Especificamente no que concerne à família, entendeu o Estado brasileiro de assumir a responsabilidade assistencial de seus integrantes, invocando ainda o compromisso de criar "mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações",² realidade concretizada com a edição da Lei

1 Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 e finalmente pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

2 Art. 226 . A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 8º . O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

nº 11.340/2006, que tratou de conferir maior severidade aos crimes praticados contra a mulher, cujo contexto seja o gênero, e desde que a ação ou omissão punível produza como resultado morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, bem como dano moral ou patrimonial.

Essa opção adotada pelo legislador infraconstitucional consagrou, como marco inaugural, um conjunto de normas estabelecidas no sentido de disciplinar o que seja a “violência doméstica” nos limites territoriais pátrios, os marcos teóricos de atuação e os mecanismos dispostos para o enfrentamento do assunto.³

Sem inovar no campo da tipificação, a lei valeu-se de condutas existentes ao longo do arcabouço penal, conferindo um conteúdo subjetivo ao comportamento do agente, qual seja “uma ação ou omissão baseada no gênero”, importando conceitos já sedimentados tanto na psicologia, quanto na sociologia, relativamente a uma construção de papéis historicamente desenvolvidos pelo sistema patriarcal. Assunto muito bem focado quando das conclusões de Duluth na década de 80.⁴

Por isso, na construção das garantias inerentes à defesa da mulher, vítima de violência de gênero, o legislador inaugurou o texto de lei invocando faculdades nitidamente criminalísticas e mesclando-as com outras modalidades afirmativas, dentre outras, os juizados especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, alterações de rito e a criação das “medidas protetivas de urgência”, estas objeto do presente comentário.

É de se ver que, numa primeira e singela análise do corpo da Lei nº 11.340/2006, se dedicou todo o capítulo segundo as chamadas medidas protetivas, sem que em nenhum momento houvesse qualquer preocupação em se fornecer informação capaz de aquietar os sentidos sempre aguçados dos intérpretes da lei, no sentido de se conhecer qual natureza jurídica o instituto ostenta. A opção legislativa foi delegar aos doutrinadores e aos tribunais as mais variadas interpretações. Vale aqui o comentário, que vêm oscilando de medidas cautelares (quer penais ou cíveis) a verdadeiras ações de conhecimento, com possível enfrentamento de mérito. Fato que tem produzido, ao revés do esperado pela lei, verdadeira insegurança jurídica.

3 Necessário, aqui, um breve comentário sobre as escolhas trazidas com o texto legal mencionado. Quis o legislador eleger apenas a mulher como vítima dos possíveis delitos praticados com conteúdo de violência doméstica, elegendo esta como um ente participativo no procedimento penal, deslocando historicamente o papel das vítimas no sistema de Justiça, até então vigente.

4 O modelo de Duluth tem por base a “violência patriarcal” e presume que a violência doméstica tem um homem por autor e uma mulher por vítima. Preocupa-se com o uso da violência nas relações interpessoais de gênero em detrimento da mulher.

Não raro, na busca das raízes de um instituto jurídico, o intérprete carece de perscrutar da existência de espécies semelhantes ao que se depara, a fim de, após detida análise, averiguar as similitudes existentes e assim reconhecer a posição do instituto em estudo, estendendo-a, quando for o caso, ao comparado.

No que concerne às “medidas protetivas de urgência”, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 99 até 102, cuidou daquilo que denominou “Medidas Específicas de Proteção”, e por isso tratou de disciplinar as possíveis intervenções cabíveis quando das hipóteses autorizativas da intervenção estatal na esfera privada. Detalhe digno de nota é o de que os institutos em muito se parecem e ambas as situações têm por pano de fundo a necessidade de uma ação capaz de restabelecer uma possível pacificação e equilíbrio ante fatos emergenciais.

Interessante também é buscar-se as origens do instituto, mesmo que este tenha sido gerado em terras alienígenas, o que é o caso das medidas protetivas trazidas pela Lei nº 11.340/2006.

A legislação norte americana, por meio do *Violence Against Women Act*, de 1994, que trouxe profundas modificações ao trato da violência doméstica naquele país, dentre outros assuntos, cuidou das chamadas “orders of protection” e com isso disciplinou as ocorrências que autorizam o Estado Juiz a limitar o direito de ir e vir dos indivíduos que, frente aos fatos trazidos à análise judicial, se viram envolvidos em situação de violência de gênero.

Veja-se que o pedido da ofendida, que busca uma decisão que lhe garanta a proteção contra a ação de um agressor, independe da existência de qualquer feito penal e pode até ser deferida na corte de família,⁵ desde que presentes os elementos suficientes à caracterização da violência. Tal se deve ao fato inquestionável de que a “order of protection” encontra-se no rol das “injunctions”, que em terras nacionais assumiriam matiz das chamadas ações mandamentais.

Eis aí a razão do porquê não ser necessário o ajuizamento, ou mesmo a existência de qualquer feito, quer penal, quer cível, capaz de conferir pressuposto para análise de uma “order of protection”, vez que o pedido analisado em tais ações é único e não reclama qualquer outra intervenção do Estado, que não seja conhecer e julgar a necessidade de se limitar a liberdade de alguém em razão de uma conduta que tenha esbarrado na violência de gênero.

É o próprio pedido de proteção a razão da demanda, cuja solução a vítima reclama ao Poder Judiciário. Comprovado o comportamento (seja delitivo ou não⁶) e sua caracteriza-

5 New York State Family Protection and Domestic Violence Intervention Act of 1994.

6 Não se pode olvidar que algumas condutas, embora carregadas de

ção pela violência de gênero, necessário é o deferimento da proteção a fim de se garantir a segurança da ofendida.

A mesma análise há de ser ofertada à versão nacional da “order of protection”, que aqui recebeu o nome de “medida protetiva”. Não apenas pela sua origem de além-mar, mas porque preexiste no conjunto legal semelhante instituto, qual sejam as medidas específicas de proteção previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que existem por si só e não carecem de mais nenhum acontecimento jurídico para lhes dar sustento.

Por isso, não se encontra qualquer pensamento jurídico que confira, seja com relação à “order of protection”, seja para com as medidas específicas de proteção, natureza cautelar a tais institutos, visto que inequívoca a natureza satisfativa de mérito que ambas possuem, de sorte não se perquirir sobre nenhum outro feito “principal”, quer penal ou civil, a que estejam adstritas.

É este o objetivo primevo da presente reflexão: afastar por completo qualquer interpretação que venha a reconhecer natureza cautelar às medidas protetivas carreadas pela Lei nº 11.340/2006.

É fato que tal instituto, em razão da celeridade reclamada para sua decisão emergente (48 horas), parece assemelhar-se às já consolidadas medidas cautelares, que carecem de uma intervenção enérgica a fim de se evitar que um maior mal advenha e não raro se consolide. Contudo, não se pode mesclar a decisão cautelar proferida no bojo de uma medida protetiva, ou seja, aquela proferida no exíguo prazo de 48 horas, com a natureza do próprio instituto.

Mais uma vez, cautelar é apenas a decisão emergente, não o feito cuja análise pode reclamar verdadeira intervenção característica das ações mandamentais. Neste sentido, acertou o legislador ao dispor no parágrafo segundo do artigo 19 que as medidas protetivas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e podem também ser revistas a qualquer momento, desde que a situação fática assim o reclame, não condicionando sua existência a qualquer outro incidente jurídico, como acontece, na quase totalidade das vezes, com as ações cautelares.

É a situação de violência de gênero noticiada no artigo quinto da lei o único e suficiente pressuposto que autoriza o Poder Judiciário a manifestar-se sobre a necessidade ou não de uma decisão de cunho protetivo em benefício da ofendida. Repita-se, nada mais.

Assim, é de se crer estar demonstrada a natureza mandamental ou de “injunction” inerente às medidas protetivas ora em análise.

violência de gênero, não encontram qualquer adequação típica junto ao corpo legislativo penal.

Corolário de tal conclusão é o reconhecimento do tratamento a ser conferido para o conhecimento e julgamento de um pedido caracterizado pela proteção da ofendida que, por tudo o quanto se explanou, merece a mesma deferência conferida a toda e qualquer ação que reclama uma decisão judicial capaz de interferir na liberdade individual de alguém em benefício de outrem.

Ora, é necessário que exista no caderno processual elementos suficientes para se demonstrar a violência sofrida e a necessidade de um provimento que garanta a segurança, como por exemplo, a proibição de aproximação e contato.⁷ Não se pode nem mesmo questionar que, embora se admita um provimento cautelar emergencial em 48 horas, sua manutenção reclame a demonstração em juízo dos fatos e de sua gravidade, isto sim pressuposto inarredável ao pronunciamento garantidor da proteção.

Neste particular, faz-se necessária a demonstração, inerente a todo e qualquer pedido, do conjunto probatório suficiente a arrimar uma decisão a ser proferida pelo Estado-Juiz, por ocasião das análise do pleito.

Importante ainda é perquirir-se, ante o pronunciamento judicial final de concessão ou não das medidas de proteção, qual recurso manejar-se, face ao rol existente na legislação pátria, vez que o próprio constituinte fez constar no inciso LV tal garantia.⁸

Mais uma vez, com base na análise até aqui oferecida, alternativa não resta a não ser o manejo do recurso típico daqueles pedidos que reclamem análise de mérito, ou seja, a apelação.

Finalmente, o brevíssimo artigo, muito longe de se arvorar pacificador ao tema proposto, tem por objetivo percorrer algumas das indagações trazidas pelas inovações da Lei nº 11.340/2006, a fim de corroborar com as possíveis interpretações resultantes do enfrentamento e adequação de suas normas junto ao ordenamento jurídico, bem como fornecer alimento às mentes inquietas que se dedicam ao estudo da violência de gênero e suas implicações, traçando um paralelo entre as “orders of protection” norte-americanas, as Medidas Específicas de Proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente e as Medidas Protetivas da Lei nº 11.340/2006. ■

7 Mais uma vez inspirada nas ordens de “stay away” das legislações de além-mar.

8 “Art. 5º . Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].”

Jurisprudências

TJMG, 15ª Câmara Cível.

Momento processual adequado para que o juiz determine a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.09.649307-8/001 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - AGRAVANTE(S): BFB LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL - AGRAVADO(A)(S): DALVA ABADIA RIBEIRO - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO BISPO. Data do Julgamento: 31/03/2011. Data da Publicação: 06/05/2011.

EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO - IMPOSSIBILIDADE NO DESPACHO INICIAL. A inversão do ônus da prova, que não é regra geral e sim exceção, somente é possível quando o julgador verificar que se encontram preenchidos os requisitos necessários, já que

esta não é inerente à relação de consumo conforme, interpretação que se formou do próprio dispositivo legal que a prevê. O momento em que deve ser analisado o pedido de inversão do ônus da prova é na fase de especificação e não no despacho inicial. V.v.p. Diante da verossimilhança das alegações do Agravado, bem como sua hipossuficiência em relação ao Agravante, deve ser deferida a inversão do ônus *probandi*, nos termos do que dispõe o art. 6º VIII, do CDC. DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O RELATOR.

TJMG, 3ª Câmara Cível.

É permitida à concessionária do serviço público cobrar tarifa, de forma reduzida, pela simples coleta de esgoto ou resíduos

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0621.09.022940-5/001 (EM CONEXÃO COM O AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0621.09.022940-5/002) - COMARCA DE SÃO GOTARDO - AGRAVANTE(S): COPASA MG CIA. SANEAMENTO MINAS GERAIS - AGRAVADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ELIAS CAMILO. Data do julgamento: 24/06/2010. Data da publicação: 10/08/2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TARIFA DE ESGOTO - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - REJEIÇÃO - ESTAÇÃO DE TRATAMENTO - INEXISTÊNCIA - REDUÇÃO DO VALOR DA TARIFA - LIMINAR - REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. - A contraprestação pelo serviço de esgotamento sanitário constitui preço público, sendo de natureza não tributária, não havendo, assim, óbice à defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos dos usuários consumidores do respectivo serviço via ação

civil pública, e sendo o Ministério Público parte legítima para figurar no polo ativo do feito, de relevância social. - A simples coleta do material (esgoto/resíduos), por si só, já caracteriza a prestação de serviço pela concessionária do serviço público, não trazendo a lei qualquer exigência no sentido de só poder ser a tarifa cobrada quando todos os mecanismos de tratamento do esgoto estiverem devidamente concluídos. - Considerando-se que a cobrança de tarifas pela concessionária está sendo feita de forma reduzida, em conformidade com o que estabelece o art. 96 do Decreto Estadual nº. 44.884/08, é indevida a sua redução em sede liminar, quando ausentes elementos probatórios e perícia que demonstrem efetivamente a razão do percentual redutor e a sua proporcionalidade com os serviços que vêm sendo prestados. Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SUSCITADA PELO PRIMEIRO VOGAL. À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO.

TJMG, 1ª Câmara Cível.

Função sócio-ambiental da propriedade com respaldo nas normas constitucionais

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.03.073836-4/002 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): AGMAR JOSÉ BRUNIO ESPÓLIO DE, REPDO P/ INVTE ANA DIVINA DA SILVA BRUNIO - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. GERALDO AUGUSTO. Data do julgamento: 29/06/2010. Data da publicação: 06/08/2010.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL - EDIFICAÇÕES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO - REPARAÇÃO DO DANO - POSSIBILIDADE E NECESSIDADE - DEMOLIÇÃO DAS EDIFICAÇÕES SOERGUIDAS NESTA ÁREA - POSSIBILIDADE E NECESSIDADE - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. Atualmente, tem-se a função ambiental

da propriedade, além da função social, podendo se estabelecer, então, a função sócio-ambiental da propriedade que encontra respaldo anterior na Constituição da República, ao garantir o direito à propriedade, dispondo que tal deve atender e observar a conjugação indissociável dos princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (art. 5º, XXII, XXIII; art. 170, II, III, VI; e art. 225, *caput* e § 3º da CR). É no âmbito deste regramento jurídico que deve se dar o exercício do direito de propriedade, não podendo o seu titular exercê-lo com abuso e à margem das disposições legais acima transcritas. Em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, cujo pedido foi julgado procedente, o réu não pode ser condenado ao pagamento dos honorários de sucumbência.

Sugestões de Leitura

Obras Doutrinárias:

MUKAI, Toshio.

Direito Municipal Ambiental: abordagens teóricas e práticas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, 160p.

Toshio Mukai nos explica que desde a inauguração da legislação ambiental no País, o foco sempre foram os grandes diplomas e as questões ambientais de considerável realce. Todavia, existem outras questões de mesma (ou maior) relevância cujo tratamento legislativo/administrativo deveria ser levado a termo no âmbito dos municípios. Logo, essa competência municipal ambiental teria sido resgatada “com a edição do Estatuto da Cidade e com as aprovações obrigatórias dos Planos Diretores das Cidades com mais de vinte mil habitantes”. (MUKAI, 2010, p. 9).

Nesse sentido, é a ponderação do autor:

Esquecemo-nos (e até proibimos, inconstitucionalmente) da proteção ambiental nos Municípios, quando o meio ambiente mais próximo está ao redor de cada munícipe. Afinal, o art. 225 da Constituição Federal tem como objetivo da proteção ambiental a obtenção de melhor qualidade de vida para o cidadão. (MUKAI, 2010, p. 9).

Assim, a obra trata, com profundidade, da competência legislativa dos Municípios acerca de variadas questões ligadas à proteção ambiental. De fato, são inúmeros os temas tratados pelo jurista nessa empreitada, de maneira praticamente não deixar qualquer dúvida ao pesquisador e ao operador do direito em relação aos limites do poder de legislar e dos poderes administrativos conferidos aos entes municipais nas mais variadas áreas de atuação.

Ao final, o livro traz, ainda, uma refinada coletânea de acórdãos extraídos da jurisprudência da Câmara de Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, no interesse dos municípios.

Artigos

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta.

A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: Revista de Direito do Consumidor, ano 19, n. 76, out./dez. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 13-45.

No artigo, os autores analisam a proteção que o CDC oferece a uma classe ou grupo especial de pessoas que, por sua peculiar situação, merecem uma tutela ainda mais diferenciada em relação aos consumidores em geral, justamente por serem aquelas consideradas hipervulneráveis.

Em cada um desses grupos de pessoas, o texto apresenta as viabilidades e imperativos decorrentes da Lei Consumerista, os direitos, os deveres do Poder Público, o tratamento abrigado na jurisprudência (em destaque, a do STJ) e a exposição de vários exemplos práticos dessa tutela especializada.

Destacamos:

É indubitável que há uma proteção constitucional do consumidor. Há também uma proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência, dos idosos e das crianças e dos adolescentes. A conjugação destas duas resulta em uma proteção dos chamados hipervulneráveis nas relações de consumo.

O Estado tem a função, ou seja, o dever-poder de atingir dadas finalidades. (NISHIYAMA. DENSA, 2010, p. 45).

DIREITO CIVIL

Material e Processual

Artigos

Princípios gerais do Código Civil de 2002

Davidson Alessandro de Miranda

Davidson Alessandro de Miranda

*Agente Público do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Assessor Jurídico da Secretaria de Defesa Social do
Estado de Minas Gerais
Professor da FASPI (Faculdade de Direito de Piumhi)
Professor Substituto do Centro Universitário de
Formiga (UNIFOR) e de cursos preparatórios
para concursos públicos, com experiência e ênfase
em Direito Administrativo, Civil-Constitucional,
Penal, Processual Penal, Prática Penal, Lei de
Execução Criminal e Ética Profissional*

RESUMO: Os novos estudiosos do direito, chamados doutrinadores, com o intuito de assegurar ao ordenamento jurídico uma visão de flexibilidade, mas, principalmente, de segurança jurídica, criaram os novos princípios gerais de direito, com uma intenção objetiva e clara: desmistificar e despatrimonializar o Direito Civil, que já se encontrava vetusto e arcaico. O Código Civil de 2002, buscou descaracterizar a interpretação do “EU”, presente em vários textos e obras jurídicas, buscando respeitar as individualidades, mas proporcionando uma apreciação do coletivo-social.

PALAVRAS-CHAVE: Socialidade; eticidade; concretude.

ABSTRACT: The new legal scholars created new principles of law in order to assure the legal vision of flexibility and especially of legal security, with clear objectives: to demystify the Civil Law, which was already archaic. The Brazilian Civil Code of 2002 sought to distort the interpretation of “I”, present in many texts and legal works, trying to respect the individuality, while providing an assessment of the collective-social.

KEY WORDS: Sociality; ethics; concreteness.

Para compreender o novo Código Civil não basta o exame dogmático dos seus novos dispositivos, tendo em vista que a vontade do legislador foi maior que a simples permuta do texto legal. A pretensão legislativa espelha uma busca por diploma mais móvel, capaz de manter-se no tempo, tal qual o Código Civil Alemão (BGB), razão pela qual, além do uso abundante das cláusulas gerais, a nossa codificação privada está calcada em três princípios que devem ser absorvidos pelo intérprete, quais sejam: *solidariedade, eticidade e operabilidade*.

O *princípio da socialidade* altera a visão individualista constante no Código Civil de 1916, partindo-se das premissas de que devem prevalecer os valores fundamentais da pessoa humana, dando a estes sentido social. Ao contrário de um raciocínio açodado, o *princípio da socialidade* não surgiu em detrimento da pessoa humana, perdendo este espaço para o Poder Público, como se em verdadeira “Reforma Marxista”. Explica-se: O proprietário que usa e abusa de sua propriedade causando danos ao meio ambiente, assim como o empresário que se utiliza da pessoa jurídica que participa para burlar o mercado, acabam por criar um ambiente que transbordará o arbítrio individual, justificando a limitação da sua soberania em razão de sentimentos individuais que se aglutinam em sociedade.¹

Assim, a socialidade e o individualismo não sempre de ser confrontados em ângulo macro, ‘impondo a relação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação.’ (REALE, 1999, p. 7-12).

¹ Houve a preocupação na revisão dos conceitos dos principais personagens da vida privada (o contratante, o proprietário, o pai de família, o testador e o empresário), com a mudança do pátrio poder para o poder familiar ou poder de família, em decorrência da própria alteração social, com a emancipação da mulher.

O *princípio da eticidade* no novel civil tem escopo bem amplo, aparecendo não somente como orientação que privilegia os critérios éticos (por exemplo: boa-fé, justa causa, equilíbrio da relação jurídica), bem como funciona como vetor que possibilita ao julgador maior poder na busca da solução mais justa e equitativa pelo Estado-Juiz. O Código Civil de 1916, pela influência histórica então reinante, tencionou fechar os conceitos, prevendo todos os detalhes e hipóteses, com poucas referências diretas aos critérios tidos como éticos, o que sem dúvida afastava a possibilidade do julgador se aprofundar no âmago subjetivo da questão para decidir de forma “mais justa” ou “equitativa”. Com o Código Civil de 2002 que se encontra alicerçado no *sistema de cláusulas gerais*, os conceitos foram permitindo ao Estado-Juiz preencher certos espaços – propositais – da lei na busca da solução concreta “mais justa” ou “equitativa”, desde que seu representante observe em tal missão os critérios ético-jurídicos.²

Com o *princípio da operabilidade* buscou-se que as matérias dispostas no Código Civil fossem de fácil aplicação, não causando embaraço na sua execução. Pensamos que a *operabilidade* há de ser vista sobre dois enfoques: material (I) = decorrente da enunciação da norma, e processual (II) = aplicação concreta da norma, conforme interpretação intuitiva das palavras do condutor do novíssimo diploma codificado, Professor Miguel Reale: “[...] o que se objetiva alcançar é o Direito sem sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma” (REALE, 2003, p. 16). O princípio vai de encontro aos anseios de toda a comunidade jurídica, inclusive dos dedicados ao estudo do Direito Processual Civil, na medida em que com a *operabilidade*, o legislador civil atraiu, mais que nunca, para si uma responsabilidade de não criar o confuso ou duvidoso, pois:

[...] a possibilidade de a tutela jurisdicional atuar como efetivo fator de pacificação social depende fundamentalmente da perfeita compreensão a respeito de inúmeras situações da vida sobre que provimento surtirá efeito. Somente assim poderá o processualista prever tutelas adequadas ao escopo da função jurisdicional. (BEDAQUE, 2001, p. 20).

Nada obstante o tripé dos princípios em questão, para que o Código Civil de 2002 tenha êxito como uma *codificação fortemente móvel*, propiciando a aplicação da lei civil por um período mais duradouro, foi necessário o prestígio às cláusulas gerais que, em breve resenha, são normas lançadas em forma de diretrizes, dirigidas ao Estado-Juiz, que deverá – dentro do que foi previamente traçado pelo legislador – dar a solução mais perfeita, observado, para a concretização da atuação judicial, não só o critério objetivo, mas também as situações particulares que envolvem cada

caso.³ A adoção maciça das *cláusulas gerais*⁴ não implica dizer, inadvertidamente, que o Código Civil de 2002 abriu mão do conceitualismo de certos institutos. Um sistema ideal deve ter a aplicação balanceada, com dispositivos legais fechados (casuísticos) e hipóteses legais para um preenchimento (*cláusula geral*), pois a simbiose evita o engessamento provocado por um sistema fechado, assim como diminui o grau de incerteza que pode ser gerado por um diploma impregnado apenas de cláusulas gerais.⁵

Enfim, nesta pequena resenha demonstra que, para se criticar (ou elogiar) a nova codificação, é necessário muito mais do que analisar as alterações introduzidas isoladamente nos dispositivos. Em verdade, a aferição quanto ao êxito legislativo do Código Civil de 2002 exige reflexão que extrapola a superficial leitura do texto positivado. ■

Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

REALE, Miguel. Prefácio. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). **Novo Código Civil brasileiro: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 9-19.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, n. 808, p. 11-19, jan./fev. 2003.

3 No sentido, destaca-se o item 26 do parecer final do Rel. Sen. Josaphat Marinho em que se reconhece a necessidade de possuímos um sistema capaz de recepcionar as mudanças e situações supervenientes, decorrentes de um contínuo sistema em construção.

4 Qualquer estudo sobre “cláusulas gerais” necessita de cotejo obrigatório à tese de Doutorado da professora Judith Martins-Costa (Sistema e cláusula geral, USP – 1996), cujas conclusões estão resumidamente apresentadas no artigo *O direito privado como um “sistema em construção”* – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro (In: Revista dos Tribunais n. 753, p. 25-28). Posteriormente, a tese de doutoramento fez frutificar a obra *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

5 Tanto assim, pelo temor da insegurança, as cláusulas gerais não são tão abundantes na Parte Geral do Código Civil de 2002, tendo o legislador se preocupado nesta parte com o rigor conceitual nos dispositivos. (MOREIRA ALVES, 1986, p. 24).

2 Ver: Moreira Alves (1986, p. 26) e Carvalho Filho (2003, p. 54).

A polêmica questão do direito à personalidade na visão da paternidade socioafetiva e biológica

Lillian Virginia Carneiro Gondim

Lillian Virginia Carneiro Gondim

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especializanda em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Palestrante voluntária do Projeto Cidadania na Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

Introdução

O Direito de Família, ao longo dos tempos, vem sofrendo modificações significativas quanto à ideia da paternidade. Era antes moldado pelo estilo patriarcal sob o poder do pai como chefe de família e com caráter sacramental do casamento. Hoje, pode-se afirmar que a família é titular de princípios constitucionais que suprem a característica da real convivência familiar.

Pesquisadores e doutrinários comentam, acerca do tema, que para a sociedade é de grande importância manter a família integrada sob valores humanos constituídos de afetos, pois, como a família é a base fundamental do meio social, é dela que deve partir a ideia de que unida com laços fraternais e solidários, é possível resolver qualquer conflito existente, demonstrando que família de convivência amorosa e afetuosa é capaz de vencer tabus e preconceitos.

Desse modo, o Direito de Família teve que acompanhar a evolução da sociedade e defender o seu propósito maior que é o de manter a integridade da pessoa humana no seu meio familiar e social. Daí dizer-se que foram de suma importância as alterações no texto legal do Código Civil de 2002 sob uma estrutura arrolada de princípios humanos que acompanham a realidade social, que está em constante mudança.

Assim, discute-se entre estudiosos sobre a real paternidade: socioafetiva ou biológica; e, derivado dessas duas realidades, o entendimento da distinção entre filiação e conhecimento à personalidade.

Paternidades: Socioafetiva e Biológica

Mediante o avanço tecnológico quanto às particularidades sobre a paternidade, é possível salientar que o exame de DNA foi mantido por muitos julgamentos como a verdade real sobre a imagem paterna no que tange ao Direito de Família, pois a ideia de pai “era frisada da ordem do natural e da ciência. É da natureza do homem o ato de procriar”, como afirma Fachin (1996, p. 97) em relação à paternidade biológica. Porém, com as mudanças ocorridas na sociedade sob a visão cultural e socioeconômica, juntamente com a evolução da Constituição Federal e o Novo Código Civil,

a paternidade mostrou-se valiosa ao entendimento de que ela deveria ser formada por laços fraternais, com afeto, resguardando, assim, a dignidade da pessoa humana em seu desenvolvimento na família.

Dessa forma, a compreensão conceitual de que a imagem do pai derivaria do aspecto da dedicação, carinho, afeto, atenção e zelo e “não de um simples dado, mas de um construído”, foi o que levou vários doutrinadores a perceber que ser pai é mais que um simples aspecto biológico, formado por material genético como um mero genitor; é ser uma pessoa capaz de construir um desenvolvimento saudável repleto de sentimentos, moldados no valor humano e de caráter cidadão, e capaz de transmitir isso para o seu filho.

Em tempos remotos, pai era aquele ser tão somente provedor de alimentos, que não participava do real entendimento familiar; era um ser de fato. Mas, já na atualidade, pode-se afirmar que pai é aquele que exerce sua função, que se envolve na rotina da família e que tem presença e valor como um membro familiar de iguais direitos em prol da evolução e do desenvolvimento da prole como cidadãos de respeito e valores morais e humanos. (DELINSKI, 1997, p. 33-34). Nesse sentido, observe-se que:

Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na posse de estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade. (FACHIN, 1996, p. 59).

Daí, em razão da abordagem doutrinária, é de fácil compreensão que a paternidade atual é mantida sob o aspecto sentimental entre o amor e o valor da afetividade, desmistificando, assim, que a figura do pai se vincula somente ao aspecto consanguíneo. A chamada filiação socioafetiva é aquela que deriva de uma relação de afeto entre o pai e o filho de criação, por mera opção de criar, cuidar, zelar, sem nenhum vínculo biológico.

Essa filiação apresenta-se também na adoção judicial quando é estabelecido não só o ato jurídico, mas, também, o ato de vontade que é uma atitude voluntária, também presente na conhecida “adoção à brasileira”, quando a pessoa comparece ao Cartório de Registro Civil de forma livre e espontânea e solicita o registro da criança como seu filho. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 361).

É de grande repercussão a discussão entre jurisprudências a respeito do reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade socioafetiva e se ela é revogável ou não. Dessa forma, pesquisadores argumentam que o estado de filiação da paternidade socioafetiva é defendido pelos princípios constitucionais quanto à dignidade da pessoa humana de ter uma vivência familiar sob o emprego do princípio da afetividade e da solidariedade que uma família deve ter.

Diante disso, pode-se afirmar que essa paternidade é irrevogável, pois o pai de criação tem os mesmos direitos e deveres que um pai biológico. A comprovação dá-se por meio da investigação do afeto, da convivência e da harmonia da família socioafetiva. A investigação da paternidade biológica ocorre por meio do exame de DNA, figurado por material genético. Nisso se entende que, no momento em que há uma paternidade socioafetiva, não existe necessidade de investigação de paternidade biológica e vice-versa, pois já se presume que existe uma paternidade. Lobo (2010) afirma que:

Encontram-se na Constituição brasileira vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resume à filiação biológica: todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem; a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucional protegida; o direito à convivência familiar, e não a origem genética. O direito converteu a afetividade em princípio jurídico, com força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial destes tenha desaparecido o afeto. (LOBO, 2010, p. 17).

Direito de Personalidade ao Conhecimento da Origem Genética

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 6º, defendeu a paternidade socioafetiva, equiparando a filiação igual entre filhos naturais e adotados. Sob a visão dos princípios regentes dos direitos humanos, a família constituiu-se como um ambiente da formação e desenvoltura do homem, mediante instrução de cultura, respeito, laços fraternais, dentre outros meios que harmonizam o ambiente familiar.

Para o entendimento sobre filiação, Scalquette (2005, p. 77) assegura que: “Filiação é a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau que se estabelece entre pais e filhos de origem sanguínea, legal ou por inseminação artificial heteróloga ou homóloga.”. Assim, tem-se que a filiação pode ser biológica ou não, porém, o Direito de Família tem-se preocupado mais com a relação paterno-filial que a família socioafetiva revela. Segundo Oliveira:

[...] mais valem filhos felizes com pessoas (pais socioafetivos) que lhes dêem a real dimensão do que é ser filho e

do que é ser tratado como tal, do que estar ligado jurídica e biologicamente a um verdadeiro vácuo de sentimentos. (OLIVEIRA, 2002, p. 258).

Mas, quanto ao direito de conhecimento da origem genética, este não está ligado ao entendimento de estado de filiação nem ao reconhecimento de paternidade.

Esse direito de conhecer quem é o genitor (origem genética) ocorre pelo simples fato de se questionar o direito da personalidade, o qual prisma por cada pessoa ter esse direito titular da tutela humana, pois essa compreensão decorre do interesse relativo a questões de saúde, numa relação entre medidas preventivas.

O biodireito se depara com o quadro de doadores de sêmen ou gametas (material genético). Na inseminação artificial, pode o doador recusar sua identificação como genitor. Caso seja necessário que esse doador salve a vida do indivíduo gerado com seu material genético, deve haver uma reflexão jurídica que aborde a escolha de permanecer anônimo como um afrontamento ao princípio da dignidade humana e do direito de personalidade.

É preciso salientar que o conhecimento da origem genética não se confunde com a identidade de filiação, pois o caso de conhecimento para obter direito à personalidade é extremamente excepcional e se aplica a casos de saúde de relevância maior, enquanto que estado de filiação é um dado construído por laços da convivência familiar. (DELGADO, 2006).

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 1.358/92, IV, 4, foi afirmado que:

As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características genótípicas e uma amostra de material celular de doadores. (LOBO, 2008).

A discussão sobre essa questão jurídica avança no entendimento do Superior Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se encontram com pensamentos divergentes, pois o STF afirma que o direito da escusa ao exame de DNA é um direito personalíssimo e que, do contrário, infringiria o princípio da dignidade humana. Porém, o STJ, ao contrário, argumenta que o direito à personalidade é atribuído a qualquer um que detém a tutela humana, um direito pessoal que não há como ser confundido com o conhecimento à filiação e à paternidade. Restringe-se ao conhecimento por precaução de prevenir supostas doenças, cuja cura se delimita à genética, como ressalva Moraes (1997, p. 194).

Conclusão

É possível afirmar que a paternidade da atualidade não é um simples dado biológico, mas, sim, uma relação funda-

da na construção de cidadãos socialmente desenvolvidos com o direito de personalidade reconhecida, independente de seu estado de filiação.

A paternidade biológica seria aquela de características consanguíneas; a socioafetiva seria aquela em que não se tem vínculo sanguíneo como a adoção, os “filhos de criação”, por meio de inseminação heteróloga ou homóloga. Porém, é de suma importância defender o direito de personalidade para aqueles que necessitam saber quem é de fato o seu genitor por questões plausíveis de precaução referentes à saúde, e decorrentes de problemas que só se resolvem por dados genéticos. É preciso refletir quanto aos princípios humanos que regem a família, pois ela é um bem maior de toda a sociedade. ■

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 24 jun. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. A nova família**: problemas e perspectivas. Vicente Barreto (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 1.358, de 11 de novembro de 1992. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Revogada pela Res. CFM nº 1.957/2010.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Família e sucessões**. São Paulo: Barros, Fisher e Associados, 2005.

Jurisprudências

TRF4, 3ª Turma.

Desnecessidade de prévio inventário para citação quando do óbito do executado. Admissível a citação do cônjuge sobrevivente na figura de administrador provisório

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL DE Nº 2006.04.00.026214-8/PR – AGRAVANTE(S): CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – AGRAVADO(A)(S): SINEZIA RIBEIRO BARGAS CHIAS e outro – RELATOR: EXMO. SR. DES. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON. Data da Decisão: 19/09/2006. Data da Publicação: 18/10/2006, DJU p. 467. EMENTA. EXECUÇÃO. CITAÇÃO. ESPÓLIO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO INVENTÁRIO. REPRESENTAÇÃO PASSIVA PELO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. ADMINISTRADOR PROVISÓRIO.

1. Enquanto não formalizado o inventário, há a figura do administrador provisório da herança, que, a teor do inc. I do art. 1.797 do CC, é o cônjuge sobrevivente ou companheiro(a).

2. Segundo o art. 986 do CPC, o administrador provisório representa ativa e passivamente o espólio, pelo que é possível a citação na pessoa do cônjuge supérstite. Agravo Provido.

Revisão de cláusulas contratuais quando não atendidos o equilíbrio e a função social do contrato. Inadmissível a onerosidade excessiva de uma das partes sob alegação de cumprimento do princípio *pacta sunt servanda*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.230322-3/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - 1º APELANTE(S): ROSA MARIA GOMES - 2º APELANTE(S): FININVEST S/A - APELADO(A)(S): ROSA MARIA GOMES, FININVEST S/A - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. HILDA TEIXEIRA DA COSTA. Data do julgamento: 20/05/2010. Data da publicação: 17/08/2010.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PESSOA FÍSICA - JUROS - LIMITAÇÃO A 12% AO ANO - POSSIBILIDADE - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - DECRETO N. 22.626/33 - VEDADA - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - SUBSTITUIÇÃO.

Sedimentado é o entendimento no sentido de que o Magistrado pode interferir na relação contratual pactuada para minorar a situação de hipossuficiência de um dos contratantes, tendo em vista que um dos direitos básicos do consumidor é o de proteção contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços. (art. 6º, IV, do CDC). Embora não haja fato imprevisível, podem ser revistas as cláusulas contratuais, aplicando-se a função social do contrato, em detrimento do absolutismo contratual, ligado ao rígido princípio do *pacta sunt servanda*. As administradoras de cartão de crédito são regidas pela legislação consumerista, nos termos do próprio Código de Defesa do Consumidor, em plena vigência, logo, integram o Sistema Financeiro Nacional, aplicando-se a limitação de juros de 12% ao ano. Constatada a abusividade na cobrança de juros às pessoas físicas, impõe-se o decote aos limites legais, notadamente o previsto no art. 406 do Novo Código Civil, com remissão ao § 1º do artigo 161 do Código Tribu-

tário Nacional, sendo devida a limitação de juros de 12% ao ano. É vedada a capitalização mensal de juros em nosso ordenamento jurídico, mesmo quando expressamente convencionada. Contudo, o Código Civil de 2002 defere a capitalização anual dos juros nos termos de seu artigo 591.

No tocante à comissão de permanência, ante a ausência do contrato, mantém-se o determinado na r. sentença, que a substituiu pela correção monetária, utilizando como índice o IGPM-FGV, por possuir a mesma natureza deste instituto, qual seja, a compensação pela desvalorização da moeda.

V.v.1: A legislação pertinente ao Sistema Financeiro Nacional não sujeita as instituições que o integram às limitações da Lei da Usura, a teor do que vem assentando a jurisprudência pátria. As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional (enunciado de Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal. Em contratos celebrados a partir de 30 de março de 2000, vale o artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, o que afasta a imposição do limite anual à capitalização de juros e a aplicação do artigo 591 do Código Civil.

V.v.2: Inadmissível a capitalização de juros, seja mensal ou anual, mesmo havendo cláusula contratual expressa, entendimento pacificado pela Súmula 121 STF.

Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO, NOS TERMOS DO VOTO MÉDIO DA RELATORA.

Sugestões de Leitura

Obras Doutrinárias:

ALVES, Leonardo Barreto Moreira.

Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 238p.

Em mais uma interessante obra, o Professor e Promotor de Justiça do MPMG Leonardo Barreto apresenta à comunidade acadêmica os excelentes frutos dos seus estudos no Mestrado perante a PUC MINAS.

No livro, Leonardo Barreto disserta sobre o papel do Estado – e os seus limites – frente à realização dos direitos fundamentais dos diferentes núcleos familiares constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, o *Estado somente deveria interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção pessoal de cada um dos seus membros*. Em outras palavras, o Estado deve apenas utilizar-se do Direito de Família quando as suas normas implicarem uma verdadeira melhoria na situação pessoal dos componentes da família. É por conta disso que, colhendo emprestado termo já largamente difundido no Direito Penal, Direito Penal Mínimo, e que expressa a mesma ideia de intervenção mínima do Esta-

do aqui debatida, alcunha-se esse novo Direito de Família como Direito de Família Mínimo (p. 3, grifo no original).

Dando corpo ao tema proposto, o autor desenvolve, com profundidade, vários temas ligados a essa nova realidade, apresentando especialmente novos contornos sobre a constitucionalização do Direito Civil, a redefinição da autonomia privada e da *Summa Divisio*, o novo perfil da família após a CF de 1988, entre outros.

Ao final, consolida e ratifica a existência do Direito de Família Mínimo, apresentando vários exemplos e situações pragmáticas (inclusive ligadas à atuação funcional do Ministério Público) dessa nova realidade jurídica.

Leitura, portanto, de alta relevância doutrinária e notável interesse institucional.

Artigos

ALVIM, Arruda.

Notas sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.

In: Revista de Processo – RePro, ano 36, n. 191, jan. 2011. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 299-318

O texto é oriundo de uma palestra proferida pelo autor em congresso realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Emerj. Conforme aponta o notável Professor Arruda Alvim:

Neste texto, examinam-se as principais características do PLS 166/2010 para um novo Código de Processo Civil Brasileiro, dando-se ênfase à preocupação, visível no projeto, no sentido de ‘constitucionalizar’ as regras lá existentes, ou seja, deixar claro que a Constituição deve iluminar a compreensão das regras processuais: da conduta da parte, dos juízes, de terceiros etc. (ALVIM, 2011, p. 299).

Assim, o artigo oferece uma excelente visão sobre os principais pontos do projeto de lei que, se aprovado, consistirá no novo CPC brasileiro. O amplo estudo trazido pelo Professor Arruda Alvim certamente é uma importante ferramenta para se compreender a ideologia do novo código bem como a proposta do legislador reformista.

De acordo com as ponderações do jurista:

Para terminar, diríamos que o projeto é bastante bom, bem ordenado, impecavelmente bem redigido, sintonizado rigorosamente com as necessidades contemporâneas, especialmente com o problema da justiça de massa, com a simplificação do processo; ademais, a sociedade está sendo ouvida, ocorreram audiências públicas antes da entrega ao Presidente do Senado e sucederam-se outras audiências públicas, amplamente divulgadas e concorridas. Faço votos de que este projeto seja bem sucedido com a colaboração da sociedade e do Congresso Nacional.

No mais, deve ser ressaltado que os inumeráveis caminhos possíveis de soluções que se encontram no Projeto decorrem dos problemas atuais, que assolam a Justiça brasileira. A promulgação de um Novo Código de Processo Civil – conquanto haja problemas paralelos outros, atinentes à estrutura do Judiciário, tais como o aprimoramento profissional dos servidores e magistrados, adequação dos rendimentos, instalações melhores, uso acentuado da informática – é um dos elementos que podem auxiliar na melhoria da distribuição da Justiça e na aplicação do Direito (ALVIM, 2011, p. 318).

DIREITO PENAL

Material e Processual

Artigos

A unificação dos delitos de atentado violento ao pudor e estupro

Igor Serrano Silva

Igor Serrano Silva

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Titular da 2ª Promotoria de Justiça

da Comarca de Três Pontas

Introdução

Com o advento da Lei n.º 12.015/2009, ocorreu a unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo artigo, ao qual foi designado o nome de estupro. Agora, prevê a lei, portanto, que o crime de estupro restará configurado com a prática da conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso diverso dessa.

Assim, com a nova descrição típica do artigo 213 do Código Penal – “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” – passa a ser o homem sujeito passivo do delito de estupro, seja em virtude de ter sido submetido à conjunção carnal ou a outro ato libidinoso. Agora, portanto, solucionada a hipotética e curiosa situação em que é o homem constrangido à conjunção carnal. Antes da alteração, era impossível a configuração do crime de estupro, eis que a lei se referia apenas à vítima mulher. Restaria configurado, no máximo, o delito de constrangimento ilegal. Agora, não há dúvida de que ocorre a subsunção do fato à norma. Ademais, passa a ser correta a antiga e popular assertiva de que é o homem vítima de estupro quando constrangido à prática de atos libidinosos. Antes, como é cediço, conforme a boa técnica, era vítima de atentado violento ao pudor.

A questão atinente ao concurso de crimes

Interessa-nos, no presente trabalho, enfrentar, ainda que de modo sucinto, a problemática surgida no tocante à prática da conjunção carnal e de outro ato libidinoso no mesmo contex-

to fático, em concurso.

Antes da alteração, tendo em vista que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor eram previstos em tipos penais distintos, a questão era solucionada, conforme orientação majoritária, por intermédio do emprego da regra do concurso material. Tendo em vista a previsão das condutas em artigos diferentes, eram considerados crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie, o que afastava a aplicação da ficção jurídica relativa ao crime continuado.

Agora, surgiram posicionamentos diametralmente opostos. Um primeiro posicionamento considera que, em razão da previsão das condutas em um mesmo tipo penal, estaríamos em face de uma figura típica mista alternativa, respondendo o agente que praticasse a conjunção carnal e outro ato libidinoso, portanto, por crime único, sem a possibilidade de configuração do concurso material ou da continuidade delitiva. A prática das duas condutas seria considerada apenas na análise das circunstâncias judiciais, aplicando-se a pena, destarte, acima do mínimo legal. São esses os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

O concurso de crimes altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. Naturalmente, deve o juiz ponderar, na fixação da pena, o número de atos sexuais violentos cometidos pelo agente contra a vítima. [...] (NUCCI, 2009, p. 18).

Um segundo posicionamento sobre o tema afasta a regra do concurso material, entretanto, aplica o regramento da continuidade delitiva, considerando que as condutas diversas (referentes à conjunção carnal e aos atos libidinosos) descritas em um mesmo tipo penal conduzem ao reconhecimento de que, ainda que não ocorra um único crime, estamos em face de crimes da mesma espécie, atraindo a aplicação do artigo 71 do Diploma Penal. Segundo orientação jurisprudencial, aliás, não há dúvida de que crimes previstos no mesmo tipo penal são da mesma espécie, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas. Nesse sentido, recente julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei n.º 12.015/2009. Retroatividade da lei penal benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão da ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei n.º 12.015/2009 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima.¹

O terceiro posicionamento sobre o assunto também se assenta no fato de que o tipo em estudo é misto cumulativo, porém, considera que a conjunção carnal e os atos libidinosos são condutas distintas, sem similaridade, o que impede, inclusive, o reconhecimento da continuidade delitiva. É o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Trata-se, entre outras questões, de saber se, com o advento da Lei n.º 12.012/2009, há continuidade delitiva entre os atos previstos antes separadamente nos tipos de estupro (art. 213 do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 do mesmo codex), agora reunidos em uma única figura típica (arts. 213 e 217-A daquele código). Assim, entendeu o Min. Relator que, primeiramente, se deveria distinguir a natureza do novo tipo legal, se ele seria um tipo misto alternativo ou um tipo misto cumulativo. Asseverou que, na espécie, estaria configurado um tipo misto cumulativo quanto aos atos de penetração, ou seja, dois tipos legais estão contidos em uma mesma descrição típica. Logo, constranger alguém à conjunção carnal não será o mesmo que constranger à prática de outro ato libidinoso de penetração (sexo oral ou anal, por exemplo). Seria inadmissível reconhecer a fungibilidade (características dos tipos mistos alternativos) entre diversas formas de penetração. A fungibilidade poderá ocorrer entre os demais atos libidinosos que não a penetração, a depender do caso concreto. Afirmou ainda que, conforme a nova redação do tipo, o agente poderá praticar a conjunção carnal ou outros atos libidinosos. Dessa

forma, se praticar, por mais de uma vez, cópula vaginal, a depender do preenchimento dos requisitos do art. 71 ou do art. 71, parágrafo único, do CP, poderá, eventualmente, configurar-se continuidade. Ou então, se constranger a vítima a mais de uma penetração (por exemplo, sexo oral duas vezes), de igual modo, poderá ser beneficiado com a pena do crime continuado. Contudo, se praticar uma penetração vaginal e outra anal, nesse caso, jamais será possível a caracterização de continuidade, assim como sucedia no regramento anterior. É que a execução de uma forma nunca será similar à de outra, são condutas distintas. Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, afastou a possibilidade de continuidade delitiva entre o delito de estupro em relação ao atentado violento ao pudor.²

Considerações finais

Alterada a legislação, surgem, como de costume, diversas interpretações, cabendo aos aplicadores do direito a sedimentação da mais adequada.

Não nos parece que, no caso, a prática das condutas distintas previstas no mesmo tipo penal (prática de conjunção carnal e de atos libidinosos) possam configurar crime único. São condutas absolutamente distintas, que conduzem a distintos crimes. Não destoam do senso jurídico comum que o agente que guarda e transporta a mesma droga, por exemplo, pratica crime único. Isso porque, como é cediço, o artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006 é verdadeiro tipo misto alternativo. Lado outro, não é razoável a configuração de crime único quando o agente, ainda que no mesmo contexto fático, constrange a vítima à conjunção carnal e, na sequência, à prática de outro ato libidinoso, como o sexo anal ou oral, por exemplo. Significaria dar, agora, tratamento extremamente brando a autores de gravíssimos crimes sexuais, contrariando a atual postura legislativa de efetivação da proteção da dignidade sexual do ser humano. Ademais, desaconselhável deixar ao julgador a tarefa de exasperar a pena quando da sua individualização em razão da ocorrência dos dois atos sexuais diversos, eis que, como é notório, temos, infelizmente, a cultura judicial da pena mínima, o que conduziria à aplicação de sanções insuficientes para a prevenção e repressão dos delitos.

O reconhecimento do tipo como misto cumulativo, portanto, parece-nos mais acertado.

Nesse contexto, em que pese a efetiva necessidade de punições severas, tendentes à proteção da dignidade sexual, o que se alcança mais eficazmente, naturalmente, com o reconhecimento do concurso material, como fez a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, parece-nos mais consentânea com a legislação em vigor a tese do crime con-

1 STF, 2ª Turma, HC 86110/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/03/2010, Dje 23/04/2010.

2 STJ, 5ª Turma, HC 104.724/MS, Rel. originário Min. Jorge Mussi, Rel. para acórdão Min. Félix Fischer, j. 22/06/2010.

tinuado, uma vez que, previstas as condutas no mesmo tipo penal, imperioso o reconhecimento dos crimes respectivos como sendo da mesma espécie, ainda que guardem suas peculiaridades. Assim, preenchidos os demais requisitos, aplicável a regra contida no artigo 71 do Código Penal, nos termos do posicionamento exposto pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, a discussão apenas se inicia. ■

A sistemática da prescrição penal frente à inércia do Estado na suspensão condicional do processo

Felipe Faria de Oliveira

Felipe Faria de Oliveira

Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito Público pela PUC Minas

Professor universitário

Em que pese a legitimação que o Poder Público encontra para proceder à adequação e ao cumprimento de condutas por parte dos integrantes do corpo social, não se pode pretender que o Estado prolongue excessiva e indefinidamente sua persecução penal. Proceder de tal maneira significaria recair na vala da insegurança jurídica que tanto assombra os cidadãos e operadores do Direito.

A bem da verdade, esta é, na atualidade, a grande questão que se coloca frente aos estudiosos do Direito: resolver a tensão existente entre a garantia da segurança jurídica sem o prejuízo de uma aplicação eficaz e concretamente atenta aos critérios de Justiça.

Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente [...] o problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção. (HABERMAS, 2003, p. 246-247).

Especificamente no que tange à segurança jurídica junto ao papel persecutório do Estado, o ordenamento jurídico possui a figura da prescrição penal:

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmo-cles pairando sobre a cabeça do indivíduo [...] escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas causas modificadoras, prescreve o direito estatal à punição do infrator. Assim, pode-se definir a prescrição como 'a perda

Referências bibliográficas:

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão de seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado'. (BITENCOURT, 2000, p. 671)¹.

Conforme bem se sabe, os prazos prescricionais, bem como as regras básicas atinentes à prescrição penal, estão previstos nos artigos 109 a 118 do Código Penal. Entretanto, quando se trata de institutos processuais específicos, presentes em leis esparsas, há regramentos próprios nesses mesmos instrumentos, que complementam o conjunto normativo da prescrição penal.

Nessa senda, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, que determina o benefício da suspensão condicional do processo, também chamado de *Sursis Processual*, prevê a possibilidade de extinção de punibilidade do agente quando do cumprimento de determinadas condições.²

1 Corroboram a passagem acima os ensinamentos de Jesus (1995, p. 22), o qual leciona que a prescrição penal se ampara em três teorias: o transcurso do tempo (teoria do esquecimento do fato); a correção social do agente; e a negligência estatal.

2 "Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

[...]

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano."

Segundo a lógica jurídica, caso suspenso o processo penal, deve também ser suspensa a prescrição penal correspondente. Nessa trilha, o parágrafo 6º do mesmo artigo determina que “não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo”.

Expostas as normas legais aplicáveis à prescrição, aparentemente, não se mostram grandes dúvidas ao operador jurídico: recebida a denúncia, e ofertada a suspensão condicional do processo, o acusado poderá cumprir determinadas obrigações, pelo período de dois a quatro anos, e ver extinta sua punibilidade. Neste ínterim, por não correr o prazo prescricional, não há que se argumentar que eventuais delongas no período de prova acarretam a prescrição da pretensão punitiva.

De outro lado, caso o denunciado descumpra algum dos requisitos impostos na decisão judicial do *Sursis* Processual, deve-se proceder à revogação do benefício por meio de uma decisão judicial, amparada pelo contraditório e pela ampla defesa. Nesse tocante, algumas questões começam a surgir: caso a decisão de revogação da suspensão condicional do processo demore tempo excessivo e incompatível com a medida processual em estudo, permanecerá suspensão, indefinidamente, a suspensão do prazo prescricional?

Afinal, o texto legal não faz qualquer ressalva acerca do assunto.

A jurisprudência, obrigatoriamente ligada aos casos concretos e lacunas normativas, entende que independente do período que o Estado leva para determinar a revogação da suspensão condicional do processo, a prescrição da pretensão punitiva permanece suspensa. Nesse sentido, a decisão do processo nº 2004.01.1.015426-4 julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.³

Essa mesma lógica jurídica pode ser identificada no entendimento jurisprudencial acerca da suspensão da prescrição quando da suspensão do processo em razão do artigo 366 do Código Processual Penal (CPP) – citação por edital quando não encontrado o denunciado –, tema este que ganhou especial atenção quando do veto ao parágrafo 2º do art. 363 do CPP.⁴

3 PENAL. PROCESSO PENAL. DESACATO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ARTIGO 89, PAR. 1º E 6º DA LEI 9.099/95). CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. CAUSA SUSPENSIVA DA PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. AUTORIA DEMONSTRADA POR DEPOIMENTOS NA FASE POLICIAL E JUDICIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. 1. Não há que se falar em prescrição se, entre a data do recebimento da denúncia e a da prolação da sentença incidira causa suspensiva do interregno prescricional, no caso ‘suspensão condicional do processo’ prevista no artigo 89, parágrafos 1º e 6º da Lei nº 9.099/95. (TJDFT 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Processo nº 2004.01.1.015426-4. Relator: Juiz José Guilherme de Souza. Julgado em 16/10/2007.

4 Sobre o tema, *vide* Nucci, 2009, p. 671 e ss.

De todo modo, voltando os olhos ao objeto do presente debate, temos percebido que o estudo acerca da suspensão *ad eternum* da prescrição penal nos casos de suspensão condicional do processo deve ser considerado, sob pena de ignorar a principiologia que rege o instituto em comento. Senão vejamos.

Conforme já mencionado, quando o agente descumpre alguma das obrigações constantes da ata judicial relativa à suspensão condicional do processo, procede-se à revogação do benefício e ao prosseguimento do feito processual penal.

Entretanto, enfrentamos situações em que a Secretaria do Juízo, por questões diversas, somente atenta para o fato de que o agente deixou de comparecer ao Juízo – uma das obrigações relativas ao *Sursis* – após decorrido o prazo de 3 ou mesmo 4 anos. Nessas situações, seguindo o entendimento jurisprudencial *supracitado*, o Ministério Público deveria requerer a revogação do benefício antes concedido, não importando o fato de que o descumprimento tenha se dado há mais de três anos, e prosseguir na ação penal.

Inobstante, caso nos voltemos para os princípios básicos que regem a prescrição penal, o referido raciocínio passa a denotar grande fragilidade. A prescrição penal tem lugar sempre que o Estado, pela sua ineficiência, deixa de concretizar seu direito persecutório em tempo hábil. Este é o elemento lógico basilar que estrutura todo o instituto da prescrição penal (vide considerações acima).

No que tange à prescrição executória, este argumento ganha maior destaque. Nesses casos, sempre que por algum motivo se interromper a execução da medida punitiva, inicia-se a contagem do prazo prescricional e o tempo restante da pena a ser cumprida é que serve de base de cálculo para a verificação do lapso prescricional pertinente.

É bem verdade que a suspensão condicional do processo não denota a natureza jurídica exatamente igual às penas impostas e executadas pelo Estado. Entretanto, algumas de suas características podem ser identificadas também na execução da pena – a verificação de uma obrigação imposta pelo Poder Judiciário a alguém presente no polo passivo de uma ação criminal. Dessa forma, pode-se dizer, sem maiores problemas, que se torna possível transpor os raciocínios construídos para fins de aplicação da pena à suspensão condicional do processo.

Pois bem. Trazendo a argumentação citada acima à situação posta em exame, podemos afirmar que o Estado demorar 3 ou 4 anos para identificar o descumprimento da obrigação de comparecimento mensal ao Juízo é uma expressão da inércia ou ineficiência do Estado persecutor.

Dessa feita, punir o indivíduo, deixando-o eternamente sem a definição acerca de sua situação jurídica – a qual, neste

caso, não é tão gravosa, o que lhe permitiu o benefício do *Suris Processual* – seria propiciar justamente a insegurança jurídica que serve de mote para a existência da prescrição penal em nosso ordenamento.

Assim, entendemos que se adequa mais à sistemática do Direito Penal que se inicie a contagem do prazo prescricional a partir do momento em que caberia ao Estado identificar a causa de revogação do benefício. No caso de descumprimento do comparecimento mensal por parte do agente, o início do mês subsequente.

Caso contrário, teremos (e temos!) situações em que crimes cuja prescrição penal se daria em 2 anos (pois praticados antes da alteração da Lei nº 12.234/2010) permanecem com a possibilidade de persecução, mesmo após passados 4 anos da suspensão condicional do processo, da qual não sucedeu

à revogação e à retomada da marcha processual por culpa e inércia do próprio Estado. ■

Referências bibliográficas:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal:** parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal.** São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Jurisprudências

TJMG, 2ª Câmara Criminal.

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é fundamento para anular o julgamento e determinar que o réu seja submetido a novo júri, oportunidade em que outro Conselho de Sentença analisará a questão

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0344.05.026535-6/002 - COMARCA DE ITURAMA - 1º APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO MINAS GERAIS - 2º APELANTE(S): RICARDO EUGENIO DA COSTA SILVA - APELADO(A)(S): RICARDO EUGENIO DA COSTA SILVA, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - RELATORA PARA O ACÓRDÃO: EXMª SRª. DESª. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES. Data do julgamento: 20/05/2010. Data da publicação: 12/08/2010.

JÚRI - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - CARACTERIZAÇÃO - RECONHECIMENTO DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO SEM APOIO NA PROVA REUNIDA - CASSAÇÃO DA DECISÃO POPULAR. - Se ao reconhecer o 'aberratio ictus' e o privilégio da violenta emoção, os jurados se desviaram dos fatos apurados para impor solução arbitrária e sem apoio em elementos de convicção idôneos, deve ser cassada a decisão por ser manifestamente contrária à prova dos autos.

SÚMULA : REJEITARAM A PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO 1º RECURSO, VENCIDO O RELATOR, E JULGARAM PREJUDICADO O 2º RECURSO.

TJMG, 2ª Câmara Criminal.

A legitimidade do Ministério Público para determinar diligências investigatórias decorre de sua função constitucional. Crime da Lei 8.666/93

PROCESSO CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - PCO-CR Nº 1.0000.07.458716-3/000 - COMARCA DE VISCONDE DO RIO BRANCO - DENUNCIANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO MINAS GERAIS PG JUSTIÇA - DENUNCIADO(A)(S): JOÃO ANTONIO DE SOUZA PREFEITO(A) MUNICIPAL DE VISCONDE RIO BRANCO - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES. Data do julgamento: 24/06/2010. Data da publicação: 03/08/2010.

PROCESSO CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - MINISTÉRIO PÚBLICO - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

- POSSIBILIDADE - PREFEITO MUNICIPAL - CONTRATAÇÃO DIRETA FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS - DOLO EVIDENTE - CRIME CONFIGURADO - O Ministério Público possui competência para proceder a investigações acerca da prática de crimes. - Está configurado o crime do artigo 89 da Lei nº 8.666/93 quando resta comprovada a ausência dos requisitos legais exigidos para a contratação direta.

SÚMULA: JULGARAM PROCEDENTE.

TJMG, 3ª Câmara Criminal.

Aplicação da majorante do § 2º, art. 157, CP: utilização da arma é condição suficiente para infundir o temor que inviabiliza a resistência da vítima

APELAÇÃO CRIMINAL DE Nº 1.0079.09.938943-3/001 – COMARCA DE CONTAGEM – APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – APELADO: MATHEUS TIAGO DA SILVA PEREIRA – RELATOR: EXMO. SR. DES. PAULO CÉZAR DIAS Data do Julgamento: 23/02/2010. Data da Publicação: 20/04/2010 Ementa

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - RECURSO MINISTERIAL - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DA ARMA DE FOGO - PROCEDÊNCIA - RECURSO PROVIDO. Para a incidência da majorante do uso de arma de fogo, basta existência de prova testemunhal apta a relatar o uso da arma como instrumento de intimidação das vítimas, sendo dispensáveis a sua apreensão e o respectivo exame pericial.

PROVIDO O RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

STF, 1ª Turma.

Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício por ocorrência de *reformatio in pejus*

RHC 103170 - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORIGEM: Rio de Janeiro/RJ. RECTE.(S) RAIMUNDO LOURENÇO DOS SANTOS. RECD.(A/S) MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Órgão Julgador: 1ª Turma – STF. Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Data do Julgamento: 15/03/2011. Data da Publicação: 16/05/2011.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 26 ANOS DE RECLUSÃO POR DUPLO CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO CONFIGURADA. NECESSIDADE DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPRÓPRIA A VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. PENA-BASE. DO-SIMETRIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INCLUSÃO DE QUALIFICADORA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA PENA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. EXASPERAÇÃO DA PENA DETERMINADA PELO JUIZ-PRESIDENTE. INADMISSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada para a incursão em aspectos fáticos ou para promover dilação probatória tendente a comprovar a existência dos requisitos objetivos e subjetivos para o reconhecimento da continuidade delitiva. Precedentes.

2. Esta Corte tem adotado orientação pacífica segundo a qual não há nulidade na decisão que majora a pena-base considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

3. O Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, quando de terceiro julgamento, realizado em função do provimento dado a recurso exclusivo do réu por ocasião do primeiro julgamento, não pode incluir e quesitar circunstância agravante que per se qualificaria o crime de homicídio pelo qual o réu foi denunciado sem que tivesse ela sido mencionada na denúncia, na pronúncia e no libelo-crime acusatório. Impossibilidade de aplicação de pena mais grave do que aquela que resultou de anterior decisão anulada, uma vez que presentes os mesmos fatos e as mesmas circunstâncias admitidos no julgamento anterior. Em tal situação, aplica-se ao Juiz-Presidente a vedação imposta pelo art. 617 do CPP. Precedentes.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício.

Sugestões de Leitura

Obras Doutrinárias:

SOUB, Maria Anaides do Vale Siqueira.
O Ministério Público na Jurisdição Penal Internacional.
Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 216 p.

Trata-se de um estudo altamente pertinente realizado pela Procuradora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Maria Anaide Soub sobre a importância do papel do Ministério Público na persecução criminal realizada em âmbito dos Tribunais Internacionais.

Pela lucidez de suas palavras, permitimo-nos transcrever:

No presente estudo será enfocada a importância da posição do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional e nos Tribunais Penais Internacionais instituídos *ad hoc*, de Nuremberg, de Tóquio, para Ruanda e antiga Iugoslávia, como autor da ação criminal, com a análise de sua estrutura, função e dos poderes que lhe foram conferidos para a persecução criminal e a dedução da pretensão punitiva. (p. xxiv – extraído da Introdução à obra).

E mais:

O que este trabalho visou destacar foi que nestes tribunais houve o empenho do Ministério Público na busca da efeti-

vação da pretensão punitiva, atuando sempre de maneira independente, dando uma importante contribuição para que a justiça fosse alcançada, em uma atuação conjunta e harmônica com a magistratura, os advogados, os oficiais das secretarias, os peritos e tradutores, que, juntos, foram responsáveis pelo sucesso da própria instituição. (SOUB, 2006, p. 205).

Além de trazer uma densa teoria geral sobre os direitos humanos e direitos fundamentais do homem, direito internacional humanitário, Estado moderno e a nova concepção de soberania e acerca do próprio Ministério Público (numa visão multidisciplinar), o livro possui, ainda, uma série de dados, estatísticas e informações pontuais e específicas desses julgamentos no plano internacional, tornando a leitura ainda mais interessante aos operadores do direito, de um modo geral e simplesmente indispensável aos pesquisadores e estudiosos sobre o tema.

Artigo:

MOREIRA, Rômulo de Andrade.
A competência por prerrogativa de função e o Supremo Tribunal Federal.
In: Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, ano XI, n. 65, dez. 2010/jan. 2011. Porto Alegre: Síntese, 2011. p. 221-232.

Nesse bem articulado texto, o Professor e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia Rômulo Moreira traz a sua análise crítica a um recente julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) que considerou que a renúncia ao mandato de um Deputado Federal, ocorrida no dia anterior ao julgamento, não retiraria a competência da Suprema Corte para julgar a ação penal em curso contra o então ex-parlamentar. Segundo anota o ilustre membro do *Parquet* baiano:

A decisão foi tomada no julgamento de uma questão de ordem suscitada no processo pelo fato de, na véspera do julgamento do parlamentar, sua defesa haver encaminhado à Relatora, Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, duas petições (uma às 17h42min e a outra às 18h19min), informando que o Deputado acabara de apresentar renúncia formal ao mandato pleiteando a transferência do processo para a Justiça de primeiro grau (MOREIRA, 2011, p. 223).

Rômulo Moreira discorda do entendimento adotado no STF. Para fundamentar o seu ponto de vista, apresenta uma vasta gama de informações e dados sobre processos instaurados contra autoridades com foro no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Para o jurista, o foro em razão da função possui dignidade constitucional e como tal deve ser preservado. O problema é que, ainda de acordo com o autor, o número de julgamentos de ações penais perante os Tribunais Superiores ainda é muito pouco, se comparado aos julgamentos nas instâncias ordinárias.

Ao longo do artigo, o leitor irá encontrar vários fragmentos da jurisprudência do STF sobre o assunto, de maneira a deixar o texto ainda mais instigante.

ASSUNTOS VARIADOS

Comemoração de dez anos de Ministério Público

Tatiana Marcellini Gherardi

Tatiana Marcellini Gherardi

Promotora de Justiça

Estudante de Letras/Língua e Literatura Francesa (UFMG /Sorbonne)

Há exatos dez anos, tomava posse no cargo para o qual havia dedicado incontáveis horas de estudo e que seria o marco transformador da minha existência.

Por intermédio do Ministério Público, vivenciei as experiências mais profícuas da minha vida. Conheci pessoas e lugares que por outras vias talvez nem por livros a suposição alcançasse. Por vaidade ou consciência do escorrido exercício da profissão, algumas vezes tive a sensação de agente transformador de mentes e ideias.

Mas a grande transformação ainda estaria por vir.

Com pouco mais de 20 anos, nada ou bem pouco conhecemos sobre a vida e as pessoas. Com pouco mais de 30, começamos a pensar, por intuição ou cegueira corrosiva, que dominamos o campo das relações e mistérios humanos. Próximo dos 40, já com menos certezas, achamos que sabemos poucas coisas, solidificamos conceitos e, quase ironicamente, nos tornamos mais flexíveis, muito em virtude da desilusão trazida pelo tempo.

A cidadania que forçosamente se agigantou no Brasil trouxe ao Ministério Público atribuições e responsabilidades impenáveis há cerca de vinte anos. Como um braço da sociedade no corpo do Estado, na feliz expressão do Ministro Carlos Ayres Brito, assistimos quase atônitos às sucessivas mudanças legislativas e aos novos papéis que nos foram delegados.

Mesmo contra a vontade de muitos, nos afirmamos como instituição indispensável à consolidação da democracia, principalmente na função de defensores dos direitos e garantias fundamentais.

Ao tentarmos explicar a um estrangeiro, principalmente europeu, o papel que desempenha o Ministério Público no Brasil, percebemos o quanto evoluímos como Estado Democrático e sociedade civil. O engrandecimento das nossas atribuições na esfera extrajudicial, relegada por muitos, foi o que nos modelou enquanto Instituição. Se é verdade que o Ministério Público ainda é identificado pela sociedade como órgão de acusação no Tribunal do Júri e que muitos associam o *glamour* do cargo a essa atribuição, o Ministério Público do Século XXI deve orgulhar-se, sobretudo, da eficácia com que atua na solução dos conflitos transindividuais.

Em 2001, quando iniciava a carreira na longínqua e saudosa comarca de Pedra Azul, esses conceitos e ideias estavam delineados apenas como matéria necessária à aprovação no concurso, sem forma e conteúdo muito definidos. Intuitivamente, a propensão sempre esteve para o exercício das atribuições dos direitos difusos e coletivos e hoje, decorridos exatos dez anos, percebo o quanto me engrandeci como ser humano, mesmo com a consciência do muito que ainda há de ser feito ou pelo menos provocado, como ocorre na maioria das vezes.

Uma década é tempo suficiente para reflexões. Conquistas, desilusões, amizades, inimizades, antipatias e simpatias, confrontos, soluções, entaves e obstáculos são todos ingredientes necessários enquanto estivermos percorrendo o caminho, ou seja, enquanto ainda tivermos fôlego e não avistarmos o fim da linha.

Próxima dos 50, quero ainda acreditar que exerço uma das funções mais importantes da República Federativa do Brasil, orgulhar-me, munida do mesmo vigor dos vinte e poucos anos, ao dizer: sou PROMOTORA DE JUSTIÇA.

Obrigada por tudo, Ministério Público do Estado de Minas Gerais! ■

O discurso jurídico na clínica do psicótico infrator

Andrea Mismotto Carelli

Andrea Mismotto Carelli

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. Direito e metapsicologia: uma consideração inicial

Gostaria de iniciar este trabalho advertindo os leitores de que minha formação é na área do direito, assim como minha trajetória profissional.

Há mais de dez anos atuo como Promotora de Justiça em Minas Gerais e, por mais que o nome da carreira seja manifesto no sentido de evidenciar seu escopo, o fato é que muito raramente atinge-se o alvo.

São inúmeros os fatores que contribuem para esse desencontro. Contudo, limito-me a mencionar um daqueles que, a meu ver, pode estar relacionado com a falta de intercâmbio com os conteúdos pertencentes à metapsicologia.¹

A princípio, no entanto, reputo oportuno ser destacado, para o fim de se estabelecer a conveniência e a premência do diálogo entre ambos, que o direito deve ser tomado como um arcabouço de regras e princípios² que se fundamenta em uma série de conceitos, dos quais muitos devem ser buscados em outros ramos do conhecimento humano.

Ora, se um dos objetivos do direito é a prevenção e a superação dos conflitos existentes entre os indivíduos de uma sociedade, bem como a repressão de condutas iníquas, muito se ganharia em efetividade se os profissionais da área estivessem mais enfronhados nas questões relacionadas ao subjetivismo daqueles aos quais a lei será aplicada.

Desse modo, as particularidades do psiquismo dos “usuários do sistema de Justiça” – tanto aqueles que, a pedido ou não, demandam a atuação do Estado e de sua força coercitiva para que seu direito deixe de ser turbado por terceiro, quanto aqueles que violam mais gravemente a norma e são punidos por isso – devem ser bem consideradas pelos aplicadores do direito.

1 Metapsicologia é o termo criado por Freud para qualificar o conjunto de sua concepção teórica e distingui-la da psicologia clássica. Caracteriza-se, sobretudo, por destacar o papel do inconsciente nos processos psíquicos.

2 Para grande parte dos juristas, o direito é uma ciência. Não se pretende, no presente texto, descer a essa discussão. Apenas evito atrelá-los expressamente por resistir à crença encetada pelo positivismo de Comte (1798-1857), e, para alguns, ainda utilizada, de que a ciência é o único conhecimento humano possível e o método das ciências da natureza o único válido, devendo, desse modo, como pregava, ser estendido a todos os campos da indagação e da atividade humana.

É nesse aspecto que a metapsicologia interessa, e muito, ao direito, que deve estar atento às suas construções teóricas. Mas, será que essa ligação é uma via de mão dupla? O direito e suas implicações – processo, responsabilização, sanção, julgamento – interessam à psicanálise?

2. Discurso jurídico³ e contenção

2.1. Discurso jurídico e contenção do outro

Um primeiro esboço para essa resposta se apresenta quando observamos, com um pouco de atenção e sensibilidade, os reclamos de alguns dos cidadãos que transitam pelo sistema judiciário bradando seus males e rogando por intervenção.

Percebe-se que, não raro, as repartições são procuradas por pessoas que desejam ser, mais do que tudo, ouvidas, trazendo consigo, além desse traço, um certo mal-estar, um desconforto que não se limita apenas a ter um direito desrespeitado, mas que se mostra acentuadamente doloroso, um verdadeiro entrave para se levar a vida.

Essa aflição geralmente é acompanhada do relato de que existe um outro que o acomete de todo o mal e que não é detido por nenhum outro meio; daí a necessidade de se recorrer à lei enquanto produto firmado por um Estado soberano e incontestável.

No início da carreira, chamava-me a atenção o sofrimento desarrazoado, a potência e a disposição do outro em perseguir aquela pessoa. Não percebia que talvez aquele outro, que se empenhava tanto em acostrar o nosso “cliente”, nem sequer existisse, ou melhor, existisse apenas para aquele sujeito.

Tempos atrás, quando ainda estava no interior, uma senhora já idosa me procurou. Depois de aguardar pacientemente, entrou na sala, trajando um vestido azul de flores miúdas. Ela residia em um distrito afastado da região central da cidade, onde se localizava o fórum, e tinha vindo caminhando pela estrada sob o sol. Narrou-me, atônita, em voz muito baixa e sôfrega, que pessoas estavam atacando a casa na qual residia. Disse que os escutava subir no telhado e fazer algazarra. Perguntei-lhe quem eram. Ela respondeu que eram seus vizinhos. “Quais vizinhos?” – indaguei. Ela não soube precisar. Pedi o nome, a descrição física, o endereço, ainda que parcial, e nada. Ela, estranhamente, desconhecia tais detalhes da ordem do real.

3 O termo ‘discurso jurídico’ deve ser entendido como aquele advindo do direito, e que engloba não só a lei e seus desdobramentos – prescrição de conduta, coerção, processo, responsabilização, julgamento e sanção – ,mas também valores como a Justiça.

Orientei-a, então, a chamar a polícia caso retornassem.

Não posso deixar de dizer que a conduta imputada àqueles sujeitos desconhecidos me parecia um tanto despropositada, pois geralmente os que invadem uma residência fazem-no para furtar algo. No entanto, aqueles invasores nada subtraíam.

Três dias depois, a referida senhora retornou. Contou que eles haviam voltado a atacar e que, desta feita, havia chamado a polícia que, contudo, não obteve sucesso em prendê-los. Insisti para que ela continuasse a assim proceder caso eles regressassem. Novamente, tal se sucedeu. Dessa vez, ela relatou que a polícia não compareceu ao local.

Temendo por algum desdobramento mais grave, solicitei a presença do militar responsável pelo policiamento naquela localidade, indagando-lhe o motivo pelo qual não teriam os policiais comparecido quando do pedido daquela senhora. Ele me respondeu que há muito tempo aquela idosa reclamava de tais ataques e que a polícia já tinha ido àquela residência por inúmeras vezes, sem que nenhum ofensor fosse detectado ou até mesmo visto nas imediações, havendo comentários da vizinhança de que a malfadada turba não passava de imaginação daquela senhora.

Desconfiei do proceder da polícia, pois a pretensa vítima havia noticiado o fato com muita convicção. Resolvi, então, chamar alguém da família para obter mais dados. No entanto, antes que tivesse obtido tal contato, recebi novamente a visita da senhora de azul, que, dessa vez trazia nas mãos uma cesta forrada com uma toalha imaculadamente branca, sobre a qual se depositavam pedras incrivelmente limpas. Ela, visivelmente entristecida e indignada, mostrou o conteúdo da caixa, dizendo que eles, dessa vez, haviam atirado aquelas pedras sobre sua moradia.

Soube que ela vivia sozinha e, sendo assim, não haveria mais ninguém na casa que pudesse esclarecer os fatos narrados. Ouvi então os vizinhos, que me confirmaram, em uníssono, que aqueles ataques eram fictícios, e que a relação daquela senhora com as pessoas do entorno era muito difícil já que ela reconhecia em cada um deles um possível perseguidor.

É evidente que o fato por ela trazido não se destinava a ser aplacado pelo direito, pois não havia sujeito a ser processado ou responsabilizado. No entanto, ficou-me a sensação da necessidade de oferecer um encaminhamento mais preciso, quem sabe na área de saúde mental, pois, de alguma maneira, aquela senhora estava pedindo socorro.

O que me chamou a atenção, no entanto, foi o fato de ela, em meio àquele sofrimento todo ter recorrido ao sistema de Justiça para obter ajuda, revelando que o conceito de lei e de sua força coercitiva estavam preservados para ela e até superdimensionados. Eis aí um aspecto curioso: por que

alguém em sofrimento psíquico demanda pela aplicação de lei, acreditando que ela pode ser realmente efetiva em interceptar a atuação do outro? Nós que militamos na área sabemos claramente que, na prática, o Estado e seu aparelho coercitivo não possuem tal alcance, havendo inclusive quem fale na crise de autoridade atual.

A exemplo de muitos outros que nos procuravam, ela emprestava à lei um *status* repressor maior do que ela realmente possui.

Ao que parecia, ela não clamava somente que a lei tivesse incidência, mas sim que sua aplicação lhe fosse reparadora, e, para o outro, fulminante.

O que aquela senhora solicitava era que o direito – a lei, a coerção, o Estado – atuasse de maneira a se tornar uma instância de contenção do outro (imaginado por ela, em razão talvez de um delírio advindo de uma psicose) que a perseguia.

Esse pleito renitente para que o outro fosse implacavelmente contido se encaixa na descrição encampada por Freud e Lacan sobre a psicose.

Freud, em 1895, situou na projeção a especificidade do recalçamento no processo paranóico: o sujeito expulsa de si e localiza no outro, pessoa ou coisa, qualidades, sentimentos, desejos e mesmo “objetos” que desconhece ou recusa em si próprio. A percepção interna é reprimida e seu conteúdo, após sofrer certa deformação, retorna ao consciente, tomando seu lugar, sob forma de percepção vinda do exterior. O outro passa a ser a fonte do desprazer, de maneira que o primeiro sintoma que se forma é a desconfiança e a suscetibilidade exagerada com relação aos demais.

Nessa linha, Lacan, por volta de 1956, reconheceu que o outro, na psicose, é subjetivado, consistente, de maneira que o sujeito pensa ter-se tornado objeto de gozo⁴ desse outro. E é, em torno do outro, pois, que a existência do paranóico se organiza.

Não existindo força psíquica interior que desmobilize o outro, a lei, em virtude de sua coercibilidade, é convocada pelo psicótico a assumir essa função. Entretanto, como se sabe, essa busca não tem como ser exitosa, até pelas peculiaridades do direito de só se reportar ao real, ao tangível, ao que pode ser efetivamente aferido pelos sentidos.

2.2. Discurso jurídico e contenção de si

Ainda com vistas a obter subsídios para a questão inicialmente posta – se o direito e seus instrumentos repercutem

4 A palavra gozo tornou-se um conceito recorrente na obra de Lacan. Inicialmente ligado ao prazer sexual, o conceito de gozo também passou a implicar a ideia de transgressão da lei, traduzindo-se como escárnio, submissão, desafio.

na psicanálise – outra abordagem merece ser assimilada: a do sujeito que pleiteia para si, e não para o outro, a pretensa contenção oferecida pelo direito.

Lembro-me do rapaz que foi ao fórum por algumas vezes. Ouvido pelos servidores, noticiava que havia recebido uma ordem para matar a própria mãe: as vozes que o acompanhavam haviam assim determinado. Antes que o desígnio fosse cumprido, a mãe, assustadíssima com a ameaça, levou-o até o sistema municipal de saúde mental, onde foi atendido.

Ora, não deixa de ser surpreendente que o sujeito, antes mesmo de ter violado a lei, quisesse alertar o “sistema” de que estava à beira de delinquir. É de se supor que, ao assim agir, atuava com o escopo de obter externamente um impedimento que inexistia internamente.

Esse apelo ao direito e às instituições por ele criadas, no entanto, contém uma lógica: na medida em que o direito é regido pela apatia e pela necessidade de ser guiado apenas pela razão, torna-se um parceiro com o qual algum enlace poderá ser estabelecido na altercação com o delírio.

Nesse ponto, é emblemático o caso clínico comentado por Fernanda Otoni de Barros na revista *Curinga*, n.º 18, editada pela Escola Brasileira de Psicanálise e publicada sob a insígnia *As versões do pai, a lei e o fora-da-lei*. (BARROS, 2002, p. 80-85).

Eva era atendida pelo PAI-PJ (Programa de Assistência Integral ao Paciente Judiciário) por ter cometido homicídio. Antes da passagem ao ato, havia experimentado intenso sofrimento psíquico, ouvindo a voz que lhe ordenava “a morte de seu perseguidor”.

Depois da sentença, passa a escrever uma série de requerimentos ao Juiz. Insiste que não é inimputável, e que, portanto, deve responder por seu ato, já que sabia o que estava fazendo ao matar.

Ela claramente se insurge contra a medida de segurança aplicada, demonstrando o interesse de ser julgada em um “processo comum”.

Durante o processo criminal, havia-se chegado à conclusão de que Eva era inimputável e que, portanto, embora estivesse isenta de pena, deveria se submeter a “tratamento” psiquiátrico. Não iria para a cadeia, mas para o manicômio. A alusão a que fazia de ser submetida a um “processo comum” era a expressão de seu desejo de ser considerada imputável, pois, como ela mesma destacava, sabia o que estava fazendo ao matar seu “perseguidor”.

Em uma de suas petições ao Juiz, alega que seu ato foi a resposta à invasão insuportável daquilo que vinha do fora-da-lei – o outro gozador que a submetia ao escárnio e à

submissão. Concluiu, ao final, que havia agido em legítima defesa, o que lhe era extremamente conveniente, pois além de poder ser considerada imputável, não poderia ser punida, uma vez que a configuração da legítima defesa, no ordenamento jurídico brasileiro, torna a conduta de matar lícita. Matar, naquela situação, seria permitido. Sendo assim, não haveria nem sanção nem medida de segurança a ser-lhe aplicada.

A autora do artigo acentua que o ato jurídico, consubstanciado no conteúdo e nas consequências da sentença, autorizou, legitimou a clínica. Como Eva se insurgia com a segregação imposta pelo citado ato judicial – não queria ser classificada como inimputável, tampouco permanecer no manicômio –, teria aderido ao trabalho psicanalítico, valendo-se do analista, inicialmente, como alguém que lhe ajudaria a convencer o Juiz a rever sua decisão.

O vetor de seu “tratamento” é então articulado de modo a encetar a regulação do gozo, do desafio, do escárnio imposto pelo outro, que só existem no delírio de Eva, por meio dos significantes viabilizados pelo discurso jurídico, imposto a ela não só por meio do processo, mas utilizado oportunamente durante a clínica – justiça, juízo, julgamento.

Esse comentário da autora leva-nos à inferência de que, com efeito, o discurso jurídico pode atuar como operador clínico na análise das psicoses.

A meu ver, tal ilação mostra-se precisa. No entanto, penso que a função do discurso jurídico na clínica do psicótico não contribui apenas para a regulação do gozo existente em razão do delírio.

Ainda no texto mencionado, há um trecho em que a autora se refere ao fato de Eva ter concluído, durante uma sessão, que as vozes não haviam cessado, mesmo depois de ter cometido o homicídio. Admite, assim, a possibilidade de as vozes nunca cessarem, estando ela perpetuamente condenada à invasão desse outro.

Anuncia que pretende permanecer sob tratamento – no caso, sob análise –, mesmo depois de ser liberada pelo Juiz do cumprimento da medida de segurança. Revela-se assim seu intento de viver em liberdade, não total, mas restrita, vigiada.

Ao mesmo tempo em que Eva refuta a pena porque não se sente culpada – já que teve uma justificativa para matar seu oponente, o outro que goza dela –, ela reclama por uma intercessão do Estado, só que, agora, mais permanente. A sentença já não é mais suficiente porque ela incide e se situa em um tempo determinado. Essa solicitação, aparentemente contraditória, demonstra que o discurso jurídico além de poder ser utilizado no recorte de significantes para a regulação do gozo durante a clínica, também contribui para que a paciente tenha

o “tratamento” ao qual é submetida na conta de legitimado, possivelmente comprometendo-se ainda mais com ele. A análise aqui é percebida pela paciente como um desdobramento do discurso jurídico da qual poderá resultar uma regulação do seu proceder mesmo em face das vozes que não se calam.

Destarte, o processo analítico inicialmente “imposto” pelo Estado como resposta ao seu ato passa a contar com a adesão de Eva, na medida em que se revela como a forma de contenção proposta por um ente, cuja soberania prepondera sobre a paciente e o outro gozador. Nessa perspectiva, é possível dizer que tal adesão não só terá impacto nos contornos da transferência como pode se tornar um elemento idôneo a recrudescê-la. Assim o analista deverá manejar o dispositivo psicanalítico em sua interface com o discurso jurídico, na medida em que o último tem importância na construção das medidas da paciente, inclusive na contenção de si mesma.

Não bastasse, muito embora não seja possível se alcançar a culpa, o discurso jurídico também serve à responsabilização do sujeito. Ao incidir sobre a relação de um sujeito e seu ato, ganha o lugar de operador clínico, ou seja, um instrumento necessário na condução do tratamento e por meio do qual se estabelece que não existe toda a liberdade, mas, sim, que existem certas condições para a vida em liberdade.

À projeção que para Freud, é o elemento característico do recalçamento nas psicoses, responsável em tornar o outro imaginário fonte infinita de desprazer, poderá, por meio da utilização do discurso jurídico como operador clínico, ser contraposta a introjeção da lei, manobra que pode ser de valia para o paciente na obtenção do reforço na contenção. A utilização do discurso jurídico pelo analista pode auxiliar o sujeito, como prótese ante a ausência de uma posição limitativa, dizendo não, obstando.

3. Conclusão

A relação com a lei é um dos indicadores do lugar do sujeito no mundo – relação que pode assumir a forma de in-

clusão ou de exclusão. Essa dimensão deve ser considerada em uma experiência limite como é a psicose.

Sendo assim, o discurso jurídico pode ser de relevância à clínica. Além de fornecer elementos para as significações, incide no contorno e no manejo da transferência, já que pode colaborar para a adesão do paciente ao tratamento. Outro aspecto a ser considerado é sua relevância na introjeção do limite trazido pela lei para um sujeito, cujo superego não se mostra tão eficiente na contenda contra as forças pulsionais, traço característico da psicose.

Essa inferência deve ser assimilada pelos profissionais de ambas as áreas, uma vez que, para se atingir as finalidades precípua de cada uma – o bem-estar psíquico do sujeito e a supressão dos conflitos –, os discursos devem estar afinados quando do julgamento/clínica do psicótico infrator. ■

4. Referências bibliográficas

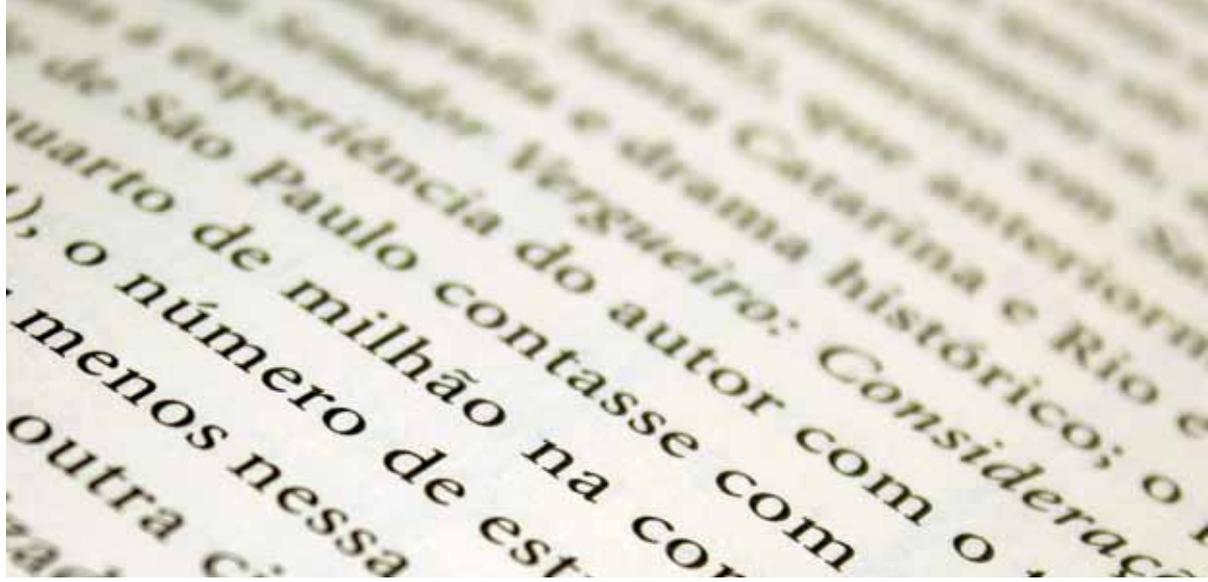
BARROS, Fernanda Otoni de. O ato jurídico como operador clínico nos casos de psicose. In: **Curinga: as versões do pai, a Lei e o fora-da-lei**. Belo Horizonte: Escola Brasileira de Psicanálise, 2002. p. 80-85.

FREUD, Sigmund. (1911-1913). **O caso Schreber, artigos sobre técnica e outros trabalhos**. In: ___ **Obras completas**. Rio de Janeiro: Imago, 2006. v. XII.

KAUFMANN, Pierre. **Dicionário enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

QUINET, Antônio. **Teoria e clínica da psicose**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ROUDINESCO, Elizabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.



Normas de Publicação

1. Os trabalhos submetidos ao Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos.

2. Os trabalhos deverão ser preferencialmente inéditos no Brasil e os textos já veiculados em eventos não poderão ultrapassar um ano de sua divulgação, devendo ter essa data explicitada.

3. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial, que poderá aceitar ou não os trabalhos a ele submetidos e, eventualmente, sugerir modificações ao(s) autor(es), a fim de adequar os textos à publicação.

4. Os trabalhos deverão ser enviados para o endereço eletrônico: www.mp.mg.gov.br/mpmgjuridico.

5. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

6. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas, correspondente a até dois exemplares, em cujo número da revista tenha sido publicado o trabalho.

7. Os artigos encaminhados para a Revista MPMG Jurídico deverão ter, no máximo, 6 páginas. A padronização dos trabalhos consta abaixo:

I - os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o

tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 10. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser o A4.

II - Ao final, preferencialmente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

III - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha.

IV - Palavras estrangeiras e neologismos ou acepções inco-muns devem ser grafadas em itálico.

V - Citações com menos de 4 linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a "[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara".

Outro autor nos informa que "[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]" (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 4 linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 1,0 cm e tamanho de fonte 9, sem aspas.

VI - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte Times New Roman, corpo 8. Deverão conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme as normas a seguir.

VII - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro em negrito, edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. **Benjamim**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro em negrito, edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). **Jornalismo em perspectiva**. Florianópolis: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém, acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

ASSIS, M. de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. **Novo Dicionário Aurélio**. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico em negrito, local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI (o exemplo da escola francesa). **EccoS – Revista Científica**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém, acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. **EccoS Revista Científica**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico em negrito, data da apresentação, número de folhas, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (escola, faculdade, fundação, instituição, etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. **Influência da glucana na evolução do lúpus murino**. 1990. Tese (Doutorado) – Escola Paulista de Medicina –, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

CANTARELA, Antonio Geraldo. **O caçador de ausências: o sagrado em Mia Couto**. 2010. 185 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Letras, Belo Horizonte, 2010.

g) Trabalho apresentado em evento: os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão "In:", nome do evento em caixa alta, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals. Nyborg: IFA*, 2001. p. 53-58.

Retratação

Por determinação judicial exarada nos autos do processo nº 0271 11 000958-3, publicamos o inteiro teor do termo de retratação pública de Flavio Ribeiro da Costa, 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 cidade de Frutal/MG. O termo de retratação consta do livro de escrituras nº 315, folhas 039, do 1º Tabelionato de Notas da Comarca de Frutal, conforme se lê abaixo:

“Venho através deste ato registrar uma RETRATAÇÃO PÚBLICA, como documentos integrantes 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 ele-

trônicos, 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”.

O artigo “A aplicação da teoria da imputação objetiva nos delitos de perigo abstrato e sociedade de risco marcada pela insegurança objetiva” foi publicado na Revista MPMG Jurídico nº 18 (out/nov/dez 2009). Informamos que o referido artigo já foi retirado do sítio da Revista MPMG Jurídico.

Matriz de Santo Antônio - Tiradentes MG

por Thomas Koenigkam / thomas@itacabo.com.br





