



A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v. 4, n. 10, set./dez. 2006





Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - *Diretor*

Raulino Jacó Brünig

João José Leal

Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães

Rogério Ponzi Seligman

José Orlando Lara Dias

As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral
de Justiça do Estado de Santa Catarina e da
Associação Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mp.sc.gov.br

Catálogo na publicação por Clarice Martins Quint (CRB 14/384)

ATUAÇÃO : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense /
Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça, Associação
Catarinense do Ministério Público. – v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - .
– Florianópolis: PGJ : ACMP, 2003 –

Quadrimestral
v. 4, n. 10, set./dez. 2006
ISSN 1981-1683

Direito – Periódico. I. Ministério Público do Estado de Santa
Catarina. Procuradoria-Geral de Justiça. II. Associação Catarinense
do Ministério Público.

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: A revisão dos artigos é de responsabilidade de seus autores

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: ago. 2007

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 3224.4600 e 3224.4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 3229.9000
pgj@mp.sc.gov.br
www.mp.sc.gov.br





Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Gercino Gerson Gomes Neto

Subprocurador-Geral de Justiça

Paulo Antônio Günther

Secretária-Geral do Ministério Público

Cristiane Rosália Maestri Böell

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Eliana Volcato Nunes

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Colégio de Procuradores de Justiça

Gercino Gerson Gomes Neto - *Presidente*

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Paulo Antônio Gunther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer - *Secretária*





Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Gercino Gerson Gomes Neto - *Presidente*

Moacyr de Moraes Lima Filho

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Basílio Elias De Caro

André Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Subcorregedor-Geral

Paulo Ricardo da Silva

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessoria do Corregedor-Geral do Ministério Público

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Aor Steffens Miranda

Ivens José Thives de Carvalho

Ouvidor

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Coordenadoria de Recursos

Tycho Brahe Fernandes - *Coordenador*

Assessoria do Coordenador de Recursos

Laudares Capella Filho

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Gustavo Mereles Ruiz Diaz - *Diretor*





Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Gladys Afonso - *Coordenadora-Geral*

Fabício José Cavalcanti – *Coordenador*

Benhur Poti Betiolo - *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Jackson Goldoni - *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Vera Lúcia Ferreira Copetti - *Coordenadora-Geral*

Leonardo Henrique Marques Lehmann - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Vera Lúcia Ferreira Copetti - *Coordenadora-Geral*

Gilberto Polli - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Sérgio Antônio Rizelo - *Coordenador-Geral*

Rafael de Moraes Lima - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Criminal

Robison Westphal - *Coordenador-Geral*

Andrey Cunha Amorim - *Coordenador*

Fabiano Henrique Garcia - *Coordenador-Adjunto*

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Raulino Jacó Brüning - *Coordenador-Geral*

Affonso Ghizzo Neto - *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Cível e Eleitoral

Lenir Roslindo Piffer – *Coordenador-Geral*





ACMP
Associação
Catarinense
do Ministério
Público

Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Rui Carlos Kolb Schiefler

Vice-Presidente

Valdir Vieira

1º Secretário

Eraldo Antunes

2º Secretário

Milani Maurílio Bento

Diretora Financeira

Cristiane Rosália Maestri Böell

Diretor de Patrimônio

Fabiano Henrique Garcia

Diretora Cultural e de Relações Públicas

Lara Peplau

Diretor Administrativo

Fernando da Silva Comin

Diretora da Escola

Walkyria Ruicir Danielski

Conselho Fiscal

Presidente

Fábio de Souza Trajano

Secretário

Abel Antunes de Mello

Membros

César Augusto Grubba

Ivens José Thives de Carvalho

Fábio Strecker Schmitt





SUMÁRIO

FILOSOFIA JURÍDICA

Aspectos sobre a Intencionalidade do Direito a Partir de Uma
Aproximação às Regras dos Jogos de Linguagem de Wittgenstein 9
Isaac Sabbá Guimarães

El Iusnaturalismo como Fundamento de los Derechos Humanos 47
Ivo Zanoni

AMBIENTAL

A Prática da Farra do Boi em Santa Catarina e a Ação Efetiva
do Ministério Público Catarinense 59
Luciano Trierweiller Naschenweng

Meio Ambiente do Trabalho e Motivação: a Ecologia do Trabalho
como Instrumento de Equilíbrio e de Produtividade 69
Roberto Basilone Leite

ORDEM TRIBUTÁRIA

Considerações sobre o Conceito e a Natureza Jurídica
das Condições Objetivas de Punibilidade 87
Andreas Eisele

A Sonegação Fiscal: o Papel do Ministério Público na Fiscalização
da Ordem Tributária e a Necessidade de Modificar a
Consciência Coletiva sobre o Fenômeno da Tributação 133
Gustavo Sérgio Heil

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

O Termo de Ajustamento de Conduta e sua Função Social 143
Max Zuffo





Relativizar ou Não Relativizar (a Coisa Julgada Material)?: Eis a Questão.....	175
<i>Marcelo Buzaglo Dantas</i>	

INSTITUCIONAL

O Serviço Social no Ministério Público de Santa Catarina: Aspectos Históricos, Normativos e Técnico-operativos.....	213
<i>Daniele Beatriz Manfrini, Grasiela Semann Port e Gizelly Rodrigues</i>	

PENAL E PROCESSUAL PENAL

A Tutela Penal da Propriedade Imóvel no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	227
<i>Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio e Álvaro Borges de Oliveira</i>	

Uma Nova Perspectiva na Atuação Criminal por Parte do Ministério Público.....	243
<i>Wilson Paulo Mendonça Neto</i>	

CONSUMIDOR

A Tutela do Consumidor Perante as Mensagens Subliminares.....	253
<i>Júlio César Bernardes</i>	





FILOSOFIA

ASPECTOS SOBRE A INTENCIONALIDADE DO DIREITO A PARTIR DE UMA APROXIMAÇÃO ÀS REGRAS DOS JOGOS DE LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN

Isaac Sabbá Guimarães
*Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra
e Promotor de Justiça - SC*

RESUMO

O presente artigo tem por escopo investigar a possibilidade de estabelecer aproximações filosóficas do sistema de Wittgenstein ao mundo lingüístico-jurídico que, pelo fato de não ser conceitual e de tangenciar uma linguagem do homem comum (para além de uma linguagem *paracientífica* adstrita precipuamente à práxis forense, o jurista recorre a expressões da linguagem comum, que evidenciam sua vinculação à área fenomênico-social), apresenta inúmeras imprecisões. Ao compreender-se o direito, no entanto, como fenômeno social e meio de realização da Justiça, interdita-se uma interpretação das expressões jurídicas carregada de valores ideológicos e morais. Assim, a aproximação proposta tende a autonomizar a palavra em relação àqueles tipos de valores e das concepções individuais do jurista, inserindo-a em *jogos-de-linguagem* e estabelecendo uma gradação de significados a partir das *semelhanças-de-família*, parte do intrincado sistema wittgensteiniano.

Palavras-chave: fundamentos do direito, fontes do direito, jogos-de-linguagem, interpretação jurídico-legal.

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 4, n. 10, set./dez. 2006 – Florianópolis – pp 9 a 45



SUMÁRIO: Introdução. I. O conceito de direito. I.1 Princípios do direito. II. Fundamentos e fontes do direito. II. 1. Fundamentos do direito. II.2 Fontes do direito. II.2.1 A constituição do direito. III. A experiência jurídico-jurisdicional e as observações sobre seguir regras de Wittgenstein. III.1 Os jogos de linguagem. III.2 Jogos de linguagem jurídicos. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito é daqueles fenômenos sociais envolvidos por circunstâncias de alta complexidade, não permitindo, por isso mesmo, nenhuma predisposição conceitual de reducionismo. Bem compreendiam isto os gregos e os romanos, que davam um aspecto mítico à sua origem, os primeiros representando a administração da justiça através da figura da deusa Dikê, de pé, olhos abertos, espada na mão direita e uma balança na outra (os dois mecanismos principais do direito, o uso da coerção e da ponderação), enquanto que o povo de quem somos tributários em matéria de direito privado talvez tenha radicado o termo *ius* a partir do deus *Iuppiter*. Há aí na representação divina um inequívoco sinal de que uma das atitudes mentais para se tentar explicar o (quase) inexplicável é exatamente esta, a da mitificação que, em certa medida, satisfaz a angústia humana. Os romanos, por seu turno, o primeiro povo que sistematizou pragmaticamente um *corpus iuris*, não usam a palavra direito, apesar de terem a perfeita noção de que sua prática recorre a um *iter directum*, aquela diretriz necessária para a obtenção da paz entre os povos. Por outro lado, reconheciam que *ubi societas, ibi ius*, que o direito será essencial a qualquer sociedade e não haverá uma sequer, por mais primitiva que seja, que prescindia de um corpo de normas a estabelecer uma noção de disciplina e de ordem, os discursos fundamentais para a compreensão da humanidade e da vocação do homem para o aperfeiçoamento¹. Mas é também lícito elaborar o raciocínio inverso, o de que *ubi ius, ibi societas*, de modo que a normatividade jurídica é ela própria fator de organicidade. E neste aspecto entramos numa espécie

1 Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Direito penal sexual: fundamentos & fontes** (a tentativa de estabelecer um diálogo entre o direito e a moral). Curitiba: Juruá, 2003, p. 15 e ss.



de círculo vicioso, do qual é difícil se sair sem que invariavelmente comprometamos nosso entendimento acerca dos problemas fundamentais do direito, que são o seu conceito e limites. De fato, é quase improvável que se estabeleça uma determinação definitiva para a idéia de direito, que se nos afigura como um terreno pantanoso, que atravessamos com dificuldades, apoiando-nos no que está mais à mão: seus princípios fundamentais e a crença de que há um campo normativo decisivo de qual dimana, que é o axiológico.

Qualquer tentativa de conformar o direito em rígidas estruturas determinativas, causará alguma incompreensão ao estudioso que se depara não apenas com a realidade da *norma normada* pelo processo jurídico-legislativo – que, como realidade, será sempre evidente por si só – mas que enfrentará, através do constante diálogo operado com o sistema histórico-sócio-político-jurídico, uma verdade indesmentível, que é a do pluralismo jurídico – que, como verdade, diria JACQUES ELLUL, só pode ser lograda através do uso da palavra, da elaboração discursiva, do diálogo². Assim, o purismo juspositivista kelseniano, que nega, *tout court*, qualquer validade às expressões metajurídicas para a estruturação de um *corpus iuris* – aquelas de caráter sociológico, psicológico, ético-social, político –, pretendendo, pois, que o direito legislado seja, em última instância, o critério definidor de juridicidade dos atos, independentemente de qualquer juízo prévio, defronta-se com uma barreira intransponível: os referenciais utilizados pelo legislador. KELSEN tenta resolver a aporia decorrente de seu sistema filosófico criando uma hipótese de caráter lógico-jurídico que confere validade ao ordenamento jurídico, a *Grundnorm*. No entanto, o autor de **A teoria pura do direito** fica a dever-nos uma explicação razoável sobre esta *norma fundamental*, que não possui autojustificação como coisa feita *ex nihilo*, mas pretende manter um estatuto de independência em relação ao *pathos* social. Será possível

2 Para o filósofo francês, a realidade é tudo aquilo perceptível, é tudo aquilo percebido pelo homem, delimitado no tempo e no espaço. A realidade não necessita de demonstração, pois é evidente, explícita. “Não tenho necessidade de informações faladas acerca de um real imediatamente constatável” (p. 25). Enquanto que a verdade não é de pronto perceptível, mas deve ser procurada e dialogada. Ela é revelada, pois, através da palavra, que a põe em confronto com a realidade. “A palavra obriga-me a considerar a realidade do ponto de vista da verdade” (p. 129) e, concluiríamos nós, a verdade do direito é bem mais abrangente e nem sempre coincidente com a realidade do direito positivo. Cf. ELLUL, Jacques. **A palavra humilhada**. Trad. de Maria Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulinas, 1984.



evitar o tráfego entre os elementos *meta* e *transjurídicos* e o direito positivo (que, efetivamente, possui o cariz de validade em determinado *hic et nunc* histórico-social)? Dizem os jusnaturalistas, à guisa de resposta ao problema, que o direito natural, embora não possua o poder de coerção, serve como critério de aferição de *bondade* do direito positivo. Mas, novamente, os problemas surgem e não se compadecem com os elementos integrantes do conceito de direito natural, aquele célebre elaborado por CÍCERO: *Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*. E daqui arrancamos com os pressupostos de direito natural, que são a imutabilidade, a igualdade e a universalidade. Mas como tratar, por exemplo, do bem jurídico vida, o primeiro de todos os direitos naturais, relacionado ao princípio ontológico da dignidade da pessoa humana, quando a vida é hoje manipulada pelos experimentos científicos de reprodução assistida e mesmo de clonagem de órgãos? A nós nos parece que há mais intercorrências no discurso jurídico que podem imaginar os monistas de qualquer ordem, e o conceito de direito torna-se, então, como bem observa HART, uma tarefa de todo em todo complexa para qualquer jurista que, embora tenha conhecimento de sua expressão prática, não o consegue elaborar de maneira fluida e absolutamente isenta de contestações³.

Antes de mais, entendemos que se um conceito de direito padece de dificuldades de ordem lógica, pois que ele não se conforma a qualquer expressão de reducionismo⁴, restará ao seu investigador penetrar os diversos caminhos pelos quais passa a idéia de juridicidade, todos tendentes ao vasto campo do direito, entendido aqui e ao longo do trabalho como expressão fenomênica da sociedade. Por outras palavras, pretendemos referir a existência de um pluralismo jurídico, de uma diversidade de âmbitos normativos que, a todas as luzes, integra o discurso do direito, conferindo-lhe um *lóghos* localizável na interseção dos círculos do momento histórico e do *éthos* social⁵. De maneira que a compreensão do direito ultrapassa a mera exegese jurídico-legal (que é apenas um de seus âmbitos): é ela tangenciada pelo suposto de que

3 Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d, p. 18 e ss.

4 Em idêntico sentido, CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 29.

5 Cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico** (aproximações ao método e à formação do conhecimento jurídico). Curitiba: Juruá, 2005, p. 173-174.



no *universum* jurídico há inúmeras manifestações normativas, somente apreensíveis quando o jurista adere ao diálogo com direito. Desta forma, é importante que esse diálogo se estabeleça tendo como suporte intelectual uma *Weltanschauung*, mas, também, que o jurista, sob a veste do que KANT denominou de *iuris peritus*, quando exercer a função atrelada à órbita prático-jurídica, consiga dilucidar o problema jurídico pontual, preso a determinado *hic et nunc* histórico.

Colocados assim inicialmente e em linhas muito amplas os problemas fundamentais do direito, tentaremos melhor precisar, em seguida, as diretrizes ideativas no qual ele se enforma, quando, então, poderemos estar mais aptos a tratar de uma das expressões do direito, que é exatamente a jurídico-legal. É aí que surgem as maiores tensões problemáticas relacionadas à interpretação da intencionalidade do direito, todas elas, por sua vez, intercorrentes ao problema maior: o metajurídico. Tentaremos, por meio da apresentação deste amplo quadro, algumas aproximações a uma categoria metódica de solução que decorre da filosofia da linguagem de WITTGENSTEIN, recorrendo às noções de regras dos jogos de linguagem.

I. O CONCEITO DE DIREITO

Como deixamos entredito, os conceitos reducionistas não nos oferecem mais que aspectos superficiais do direito, ou, por outras palavras, a sua evidência no mundo prático-jurídico. Portanto, nem sempre será correta a afirmação conceitual sobre um direito imediatamente evidenciado, uma vez que, como resultante das tensões sociais, será possível dizer-se que sua intencionalidade se manifesta antes mesmo de qualquer positivação legal. Há expressões carregadas de juridicidade na tessitura social, sob a forma de normas metajurídicas das mais diversas, que são consensualmente aceitas pelos membros da comunidade. As esferas normativas, como a da educação e da religião, às quais, como adverte BOBBIO⁶, estamos indissolúvelmente ligados desde o nascimento até à morte, tendem já para uma noção de direito que se encontra fora do âmbito meramente jurídico-positivo, desde que com este não colidam.

6 BOBBIO, Norberto. **Teoria general del derecho**. Trad. ao espanhol de Jorge Guerrero R. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 3



Mas ainda não são normas de direito por faltar-lhes o caráter cogente e porque, dentro de uma sociedade ocidental plural, as diretivas de vida são inúmeras. Queremos com isto dizer que as normas de educação ou de religião serão assumidas e observadas pelos membros de sociedades primárias (a família, comunidade religiosa, *v.g.*), mas não necessariamente por toda a sociedade civil. Aqui nesta órbita da normação social nos é lícito afirmar, tão-somente, que tais normas não contrastam com os preceitos do direito, aqueles referidos no **Digesto** por ULPIANO: “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (D. 1.1.10.1). Mas, se a legalidade é apenas uma das expressões do direito e nem tudo que se acha na esfera extralegal é direito (ou pode, na melhor das hipóteses, apenas propender para o direito), qual, então, o seu conceito? A resposta não é simples e requer aturada reflexão, mas entendemos ser viável uma tentativa que parta de alguns dos princípios do direito, aqueles que normalmente os jusfilósofos, como JELLINEK, categorizam como parte da idéia fundamental de mínimo ético social. Tentemos, então.

I.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO

É inegável que a intenção do direito nasce muito antes de ele tornar-se positivado, onde quer que aflorem tensões sociais a requererem uma providência capaz de restaurar a normalidade do *statu quo ante*. E qualquer tentativa de creditá-lo a uma obra nascida *ex nihilo* a partir da lei posta, enfrentará dificuldades imensas como a da teoria kelseniana, que tem como suposto legitimador uma norma hipotética, uma *Grundnorm*, que, no entanto, não satisfaz aos questionamentos feitos acerca da gênese do direito, que precede em muito o momento da decisão de legislar e localizamo-la no espaço fenomênico social⁷. As tensões sociais, portanto, aquelas com potencial força de comprometerem a *pax publica* e a harmonia do grupo social, são fenômenos inevitáveis ao homem na sua veste de *zoón politikón*, que vive, realiza-se e aperfeiçoa-se na *pólis*, mas nela também cria suas angústias que só podem ser solucionadas, enquanto problemas típicos de um *ser-em-sociedade*, por mecanismos sociais.

7 Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, maxime, Cap. III, p. 167 e ss.



Por um lado, o homem, do ponto de vista antropológico, é um ser caracterizado pela incompletude, desprovido de mecanismos instintivos, de maneira que ele não se basta a si: deve abrir-se, necessariamente, para o outro e é assim que logrará a autopreservação⁸, como há muito tempo já havia observado ARISTÓTELES (A Política, I, 1). Mas é também na *pólis* que o homem vive as angústias de sua condição, de *ser* inacabado e imperfeito e que é sempre volvido por uma constante procura que ou desemboca em realizações, ou gera-lhe problemas. Estas noções comuns a todos os homens talvez tenham sido bem compreendidas pelo estoicismo que, se não chega a apresentar soluções de ordem pragmática para os dramas existenciais, ao menos funda alguns princípios, mais tarde identificados por jurisperitos romanos como aquela parte que se intui do direito (e, digamos nesta breve interpolação, que a vida do direito, que é dinâmica e brota da dimensão histórica do homem, este ser-em-sociedade e, portanto, historicamente referido, é, na sua forma mais elementar, intuitiva).

Pois bem, ULPIANO, o legislador romano que traz a indelével marca do estoicismo, ao referir que *viver honestamente* é um preceito inerente ao direito, indica-nos um de seus princípios, que é o referido à necessidade de concordância prática entre a vida do homem (em sociedade) e o sistema jurídico. Mas há aqui, também, de forma subjacente, uma nota de relevo: se o direito exige uma vida honesta, pautada pela retidão, isto induz-nos a reconhecer a existência de uma esfera da experiência humana em que se realizam juízos de valor a respeito das condutas humanas. Tais juízos – morais – são independentes da ordem jurídico-legal, uma vez que “*Non omne quod licet honestum est*” (D. 50.17.144.1). Nem tudo que é lícito converge para a idéia de honesto, mas não há dúvidas de que o direito pretende do homem uma vida honesta, mesmo que as condutas regradas pela esfera normativa moral não estejam expressamente previstas em lei. E a partir deste divisor de águas estabelecido entre as duas ordens normativas, encontramos uma outra fundamental nota do direito: a de que nem todos os preceitos morais têm importância para o mundo jurídico. Isto devido ou ao fato de o direito ser uma ordem normativa fragmentária e, portanto, não poderá se ocupar do regramento absoluto da vida do homem em sociedade, ou porque muitas das normas morais não adquirem dignidade jurídica. Assim, poderemos

8 Cf. MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 7 e ss.



dizer, de modo exemplificativo, que a honestidade expressada pela verdade nas relações pessoais está em concordância com a idéia do direito, mas ela será jurídico-normativamente indiferente se sua inobservância não representar prejuízo para outrem. Por outras palavras, o preceito da honestidade, embora esteja conformado à idéia do direito, só será jurídico-normativamente relevante de forma subsidiária, quando dele depender a preservação de interesses com dignidade jurídica.

Disso decorre o segundo preceito referido por ULPIANO, que determina um modo de vida não lesivo a terceiros. *Non laedere* é igualmente uma determinação que permeia os âmbitos normativos moral e jurídico. No plano da moral, e segundo a perspectivação de um ferrenho opositor da ética kantiana do dever, como foi NIETZSCHE, o homem adquire a “má consciência”, que tolda a idéia de liberdade natural – aquela que é ampla, amplíssima dando vazão às mais diversas pulsões humanas, como a tanática – fazendo com que, por um lado, renuncie às expressões da vida desbragada e sensual, e, por outro, que por esta espécie de *abnegação*, construa sua vida em torno do *valor* do não-egoísmo⁹. O recurso a esta alegoria nietzscheana é apenas para deixar assente a idéia de que uma moral comum, como a que se desenvolve no tronco cultural judaico-cristão, serviu para atenuar os rigores dos costumes, através de regras como a da solidariedade e da humildade, que são de todo em todo contrárias às propensões destrutivas existentes no homem. E novamente aqui, encontramos não uma sobreposição do direito ao âmbito estritamente moral, mas uma situação de mera conformação. Mesmo que vivamos nos tempos de um *welfare State* e nossa Lei Fundamental construa um modelo jurídico tendente à realização da democracia material, nela não localizamos qualquer injunção de condutas conformes à solidariedade ou à humildade (embora no plano pessoal a dignificante adoção de uma vida voltada para o outro e humilde não contraste com o direito).

Mas para uma idéia inicial acerca do direito, não podemos deixar de lado a eloqüente fórmula do jurisprudente romano, segundo a qual o direito é a *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere* (D. 1.1.10)¹⁰, que resume sua intencionalidade e põe a claro uma das formas de como opera. Esta missão de dar a cada um o que é seu significa, no discurso

9 NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 76.

10 Na íntegra: “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”.



jurídico, o caráter distributivo do direito como meio de realização da Justiça. Terá múltiplas relações com os valores axiológicos que permeiam a idéia de direito e, para uma posição kantiana, o *constituens* deste mecanismo de solução das tensões sociais será sempre um *Sollen*, um dever-ser. Daí, por um lado, poder se dizer que o direito é um “[...] conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro [...]”, priorizando sempre uma lei geral de liberdade¹¹, mas, também, que a conduta não conforme ao direito representa um verdadeiro obstáculo à liberdade, autorizando-se o uso da coação, que é seu elemento fundamental¹². Por outro lado, entendemos que o mesmo preceito determina um dever de atuação ao juiz, na mesma medida em que lhe veda qualquer escusa para deixar de exercer a *iurisdictio*.

Esse rápido esboço de alguns dos princípios do direito, permite-nos já estabelecer as seguintes premissas: a) o direito é uma das expressões normativas da sociedade, cujo âmbito é entrecortado por outros fenômenos normativos, como o da moral; b) no entanto, as sobreposições não determinam a normatização jurídica, uma vez que o direito é fragmentário e ocupa-se apenas daquelas situações nas quais sua tutela é essencial para a manutenção da harmonia e da paz social; c) de maneira que, embora consensualmente admitidas pela sociedade, algumas expressões normativas não adquirem dignidade jurídica, sendo jurídico-normativamente indiferentes; d) pois que, como mecanismo social dotado de força coativa, é o direito algumas vezes desproporcional em relação a certas ordens de problemas que surgem na sociedade; e) de maneira que só será inevitável quando demonstrada a necessidade de tutela jurídica em relação a algum interesse da sociedade; f) manifestar-se-á no plano abstrato e geral como norma positiva, ou casuístico e concretamente quando se assume no plano prático-político-jurídico, preenchendo aqui a noção distributiva. É de observar-se, no entanto, que mesmo que se reconheça o pluralismo jurídico, ou seja, a existência de outros âmbitos normativos para além da lei positivada, é inegável que o método jurídico parte desta que é a sua principal fonte. Isto porque a lei, como já reconheciam os iluministas franceses – a *Intelligentsia* que fomentou a Revolução que depôs o *Ancien Régime* em 1789 – favorece a

11 KANT, Immanuel. **Introducción a la teoría del derecho**. Trad. do alemão para o espanhol de Felipe González Vicen. Madri: Marcial Pons, 1997, 46.

12 Ibidem, p. 47.



segurança jurídica, além de demarcar os limites da liberdade¹³. E nela a discursividade jurídica enreda-se em problemas variados, concernentes ao momento político-jurídico de seu nascimento e ao da aplicação, quando o processo dialógico do direito esbarra nas questões exegéticas. É o que tentaremos expor adiante.

II. FUNDAMENTOS E FONTES DO DIREITO

II. 1. FUNDAMENTOS DO DIREITO

Numa de suas célebres máximas, o jurisprudente MODESTINO refere que “*Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*” (D. 1.3.40), dando-nos as pistas sobre os fundamentos e fontes do direito. Nesta fórmula, em que resta subtendida a referência ao processo eminentemente dialogal, a formação do direito decorre ou da aceitação consensual de certas normas pelos membros da sociedade, quase o que os pensadores setecentistas denominaram de pacto social de constituição do Estado; ou da necessidade, assim entendida através da atividade político-jurídica, em que o papel do legislador adquire especial relevo; ou dos costumes confirmados ao longo de gerações e que para um SAVIGNY, quem criou a figura do *Volksgeist*, determinaria uma assunção jurídico-legal de certas normas presentes na realidade social. A fórmula, no entanto, sugere-nos apenas algumas indicações para o problema dos fundamentos do direito, que não é de fácil solução, mormente quando se coloca em jogo o seu fator primário, o psicológico. Não pode ser tratado como manifestação natural, aquilo que a natureza ensinou aos animais e permitiu ser depreendido pelo homem (D. 1.1.1.3), ou como pretenderam os jusnaturalistas modernos, um conjunto de direitos de liberdades inatos que demarcam a esfera de atuação humana. Também os precedentes do positivismo jurídico, como o historicismo, que reduz o fenômeno do direito a uma expressão espontânea do espírito popular (*Volksgeist*) e o sociologismo, que trata do direito apenas como efeito da sociedade, não satisfazem aos estudiosos dos fundamentos. Além do mais, a questão axial que repercute no problema dos funda-

13 O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão esclarece que “Ces bornes [da liberdade] ne peuvent être déterminées que par la loi”.



mentos poderia ser reconduzida à própria *ratio* do direito que, antes de ser apenas estatal, aparece já no momento constitutivo da sociedade, ou seja, quando o grupamento de pessoas passa a ser uma entidade orgânica e, pois, estabelecida sob normas. *Ubi societas, ibi ius*, diziam os romanos com toda propriedade. Assim, uma das aproximações que se pode fazer em torno do problema do direito relacionado com o fator psicológico, aquele que determina uma certa ordem e disciplina para o homem, parte do seu fundamento ontológico, que transcende a noção de *ser artificial*, produto da sociedade. Mas não pretendemos, obviamente, radicar a discussão do problema no jusnaturalismo do idealismo alemão, cujo maior representante foi, sem dúvida, KANT, pois que as bases de um conceito *a priori* do direito negam o âmbito da experiência humana ao conceberem uma legislação universal cujas normas provêm do imperativo categórico. A nós nos parece de certa forma plausível e digna de defesa, contudo, a vertente neokantiana de DEL VECCHIO, quem não descarta dos fundamentos do direito a influência fenomênico-social¹⁴. Tentemos, então, ingressar nela.

Para a teoria do fundamento racional do direito do neokantista italiano¹⁵, as normas positivas passam por uma constante evolução, idéia em a qual se compreende, também, sua substituição por outras ao longo dos tempos. O direito, tal como a vida do homem, é renovável, já que “[...] é um produto do espírito humano”¹⁶, idéia que permite distinguir no homem (como ser-em-sociedade) o sentido de busca de desenvolvimento. Além disto, avultam no processo de (re)definição do direito as variações das condições de vida e das circunstâncias de tempo e lugar, “[...] porque todos os fenômenos e em especial os da vida social (entre os quais está também o fenômeno jurídico) estão conectados entre si”¹⁷, do que já se depreende a assertiva do direito como fenômeno social, que só tem explicação dentro de um quadro de relações heterônomas.

No entanto, o jusfilósofo alerta que esta dinâmica renovação do direito deve respeitar certos elementos constantes, que permanecem

14 Sobre e crítica à teoria do neokantista italiano, cf. o nosso **Direito penal sexual: fundamentos & fontes**, cit., p. 62 e ss.

15 Cf. VECCHIO, Giorgio Del. **Filosofia del derecho**. 9ª ed. Trad. para o espanhol por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, s/d., p. 491 e ss.

16 **Filosofia del derecho**, cit., p. 476.

17 Ibidem, ibidem.



incólumes neste processo “[...] porque são inerentes à natureza humana e estão implícitos na mesma noção de direito”. Assim, em qualquer estágio do direito há de ser reconhecida a existência de sujeitos numa relação de recíproca liberdade, que, no entanto, não pode ser ilimitada. Daqui decorrem dois elementos fundamentais: um *certo respeito à personalidade humana* e uma *certa limitação do arbítrio individual*¹⁸. DEL VECCHIO não chega a entender o direito como sistema orgânico destinado à preservação da harmonia e da paz social, mas, sim, como sistema que considera a pessoa humana – ser de especial dignidade que não autoriza sua redução à condição de *ser da* coletividade, mas já consentâneo com a idéia de *ser na* sociedade, contingência natural que não se sobrepõe ao valor de cada pessoa humana em *si*. Mas quando expõe sobre a limitação do arbítrio individual, o professor da Faculdade de Direito de Roma remete os estudiosos à compreensão de que isto se dá para que se favoreça a “[...] possibilidade da convivência social [...]”, em meio à qual se desenvolve “[...] aquela coordenação objetiva do obrar de vários sujeitos, que é essencial ao Direito”¹⁹, onde, entendemos nós, deve ser incluída aquela característica específica do direito, que é a de preservação da paz e harmonia social.

Fixadas as premissas de que o direito é um sistema dinâmico determinado pelo espírito humano, mas que respeita nos planos temporal e espacial certos elementos constantes, o autor d’O **conceito do direito** referirá que a evolução jurídica passa da elaboração *espontânea, instintiva e inconsciente* à elaboração *deliberada, reflexiva e consciente* que determinará o aparecimento do direito positivo. A razão deste processo é que o costume pouco a pouco vai perdendo seu caráter absoluto, dando margem a variações que, ao fim e ao cabo, determinam o surgimento de novas regras e reelaboração das já existentes. É neste estágio da vida do direito que se recorre à razão e à necessidade de eliminarem-se as naturais tensões radicadas na consciência individual. Aqui, a lei impõe-se num processo de consenso coletivo.

No processo evolutivo do direito, observa DEL VECCHIO, dá-se a transformação do seu caráter de *particularidade* para o da *universalidade*, de forma que o direito primitivo estritamente nacional ou particular evolui para um direito dos povos. Ocorre um estreitamento de relações

18 Ibidem, ibidem.

19 Ibidem, p. 477. O destaque consta no original.



entre os povos, que favorece a assimilação recíproca de parte de seus sistemas e determina, em outro momento, a ampliação e enriquecimento das instituições originárias^{20/21}. Há causas intrínsecas que realçam a *humanização* do direito neste processo de sua ampliação, liberando-o aos poucos dos vínculos com *circunstâncias acessórias*, [...] que correspondem a impressões particulares dos sentidos [...]", elevando-se a máximas universais determinadas pela razão²². O exemplo patente desta universalização ocorreu com o direito romano, que de um conjunto de normas de agricultores "[...] converte-se num Direito humano, quase cosmopolita, adaptável por sua generalidade às mais variadas condições de vida, tanto que pôde ser acolhido por muitos povos (como, por exemplo, o germânico)"²³. É aqui que encontramos o ponto de onde o jusfilósofo arranca para explicar o fundamento racional do direito.

Para além das causas intrínsecas de humanização do direito, DEL VECCHIO afirma que o homem possui uma *faculdade originária* que lhe permite distinguir o justo do injusto. É por isso que não se pode entender que é o Estado a instância superior que efetua a valoração do justo e do injusto: "O certo é que nenhuma proibição poderia impedir à consciência humana o proceder de modo autônomo em tal juízo, nem poderia destruir nossa faculdade natural de sentir como justa ou injusta uma determinada lei, ainda que esteja vigente"²⁴. Esta característica é o que DEL VECCHIO denomina de *sentimento jurídico*, que se constitui em "[...] uma força viva, originária e autônoma, e a fonte primeira do

20 Ibidem, p. 479.

21 Um exemplo bem acabado disto que é afirmado pode ser encontrado na garantia fundamental da liberdade física. O habeas corpus não é obra original dos ingleses, e nem é certo que possamos ver na sua Magna Charta Libertatum a fonte universal deste verdadeiro direito-garantia constitucional, uma vez que vários povos, desde os romanos, engendraram mecanismos jurídicos para a salvaguarda da liberdade física. Mas não há dúvida que os influxos filosófico-políticos que entraram nas colônias inglesas da América do Norte e mais tarde na Europa continental, fizeram surgir melhoramentos jurídicos e que por causa da Revolução Francesa respingaram por todo o mundo ocidental e aqui entre nós, o habeas corpus de influência norte-americana foi potencializado de maneira espetacular. Sobre a matéria, cf. o nosso **Habeas corpus**: crítica e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2000, maxime p. 151 e ss.

22 Ibidem, p. 479.

23 Ibidem, p. 480.

24 Ibidem, p. 492.



desenvolvimento do Direito”²⁵.

A tese do *sentimento jurídico* contrasta radicalmente com o cepticismo e o realismo jurídicos, com o historicismo, o teologismo e o utilitarismo, adquirindo um estatuto especial dentro dos sistemas filosóficos, porque não redutível aos fatores circunstanciais da existência humana. O utilitarismo, *v.g.*, nega o fundamento absoluto do direito na medida em que considera o justo como idêntico ao útil. O *suum cuique tribuere* é mais que um ideal utilitarista do direito, já que a consciência moral e jurídica muita vez determina que façamos a distinção entre a vantagem puramente material e o imperativo do dever, sacrificando um interesse individual em favor de um direito alheio. E afirma:

Tais motivos éticos, altruístas (não utilitários), notam-se também nas fases primitivas da vida humana. O direito alheio é respeitado não porque isto pareça útil (pois, amiúde, isto significa uma desvantagem), mas porque se reconhece no Direito um valor independente da utilidade²⁶.

Pois bem, repelidas as teses contrastantes, DEL VECCHIO arremata a sua radicando-a no pressuposto de uma natureza humana com capacidade de determinar o direito. Arranca da crítica à concepção causal da natureza, que é incapaz de ultrapassar a explicação das causas determinantes dos fenômenos, nunca, porém, oferecendo a compreensão do princípio ou do fim da série de fenômenos. O jusfilósofo foge, pois, do determinismo e encontra a fundamentação do direito no primado do *eu* e no imperativo ético.

Ao superar o determinismo da concepção causal da natureza humana, o autor localiza a fundamentação do direito no caráter absoluto da pessoa humana, afirmando que “O único princípio que permite a reta e adequada visão do mundo ético é precisamente o *caráter absoluto da pessoa, a supremacia do sujeito sobre o objeto*”²⁷, permitindo que se abstraia da natureza e localize na reflexão sobre o *eu* uma explicação sobre sua natureza específica. Esta faculdade da pessoa humana converte-se numa *suprema norma* (um *imperativo ético*), que determina:

25 Ibidem, ibidem.

26 Ibidem, p. 501.

27 Ibidem, p. 513.



*Obra não como meio ou veículo das forças da natureza, mas como ser autônomo, com qualidades de princípio e fim; não como compelido ou arrastado pela ordem dos motivos, mas como senhor deles; não como pertencente ao mundo sensível, mas como participe do inteligível; não como indivíduo empírico (*homo phaenomenon*), determinado por paixões e afeições físicas, mas como eu racional (*homo noumenon*), independente delas; opera, enfim, na consciência da pura espontaneidade de tuas determinações, do absoluto e *universal* de teu ser, e, portanto, (pois isto não significa outra coisa), de tua *identidade substancial com o ser de todo outro sujeito*²⁸.*

DEL VECCHIO, apoiando-se no sistema kantiano, propõe, portanto, que o homem deve participar da constituição do direito não como um ser da experiência empírica sujeito às paixões, mas como ser que se orienta pelo uso da razão; que não seja apenas uma peça da cadeia fenomênica de causas a postular a normatização do direito, mas como ser autônomo, explicável em si mesmo e detentor de um senso ético comum. Parece-nos que o jusfilósofo pretende aqui que a juridicidade seja um caráter autônomo de todo homem, mas comunicável, de maneira a constituir uma lei ética universal capaz de fundamentar o direito.

A lei fundamental de *operar*, obrar, manifesta-se em duas formas distintas que correspondem às categorias éticas universais da moral e do direito. No primeiro âmbito, há um dever de cada homem agir conforme à consciência, mas na relação com o outro, prescindindo “[...] do que constitui sua individualidade na ordem empírica [...]”²⁹ colocando-se como *sub specie aeternitatis*. E mais. Arrimando-se claramente no imperativo categórico de KANT, o jusfilósofo determina: “*obra como se nela obrasse a Humanidade, como se qualquer outro sujeito estivesse em seu lugar*”. Por outras palavras, e na fórmula kantiana, o homem deve conduzir-se de forma que a máxima de sua ação possa servir como princípio de uma legislação universal.

No entanto, DEL VECCHIO transpõe o significado subjetivo do prin-

28 Ibidem, p. 513-514.

29 Ibidem, p. 515.



cípio ético geral e aponta para a existência de um significado objetivo ou *jurídico* do princípio, que se concretiza pela capacidade de extrair daquela autonomia do obrar do homem a faculdade de fazer-se valer em relação a todos, não sendo impedido por outros nesta sua qualidade³⁰. Há, como princípio do direito, uma prerrogativa *perpétua e inviolável* da pessoa humana, mas há, também, uma correlativa obrigação de cada um em respeitar essa condição, sob pena de sofrer uma legítima oposição da outra parte³¹. Arranca DEL VECCHIO a partir disso a distinção entre as ordens normativas:

O Direito, portanto, tem seu princípio na essência ou natureza do homem, como ocorre em relação à Moral; mas se distingue desta pela *objetividade da relação*, na qual aquela ordem normativa põe e consagra o caráter absoluto da pessoa. Este caráter adquire um significado e um valor *jurídico* desde o momento em que se toma como critério e eixo das relações de convivência³².

Portanto, o autor destaca que o conceito de direito *a priori* se radica naquelas coisas de valor incontestável, por isso mesmo relacionando-se com o caráter absoluto da pessoa. Entram em jogo nessa valoração as relações ou interferências entre as pessoas inerentes ao desenvolvimento humano, disso surgindo as normas de direito essenciais à convivência social.

Esses postulados não são, a todas as luzes, pacificamente aceitos e existem variadas linhas argumentativas que tentam pôr cobro à teoria de DEL VECCHIO, cujo ponto mais sensível reside na sustentação de uma natureza humana de onde dimanam a idéia de valor absoluto da pessoa humana e aquelas suas expressões de intrínseca juridicidade. Mas, se não podemos demonstrar a existência dessa essência do homem (como aquilo que lhe é predeterminado), ao menos nos será lícito afirmar que o homem é mais que um produto histórico-cultural ou a carga de experiências acumuladas: seu étimo fundante está, inequivocamente, na liberdade e talvez nesta sua característica encontremos a essência

30 Ibidem, p. 516.

31 Ibidem, p. 517.

32 Ibidem, p. 518.

hominial que é *concertada* com as demais circunstâncias da vida através do direito³³. Assim, os fundamentos do direito encontram-se numa zona da fenomenologia social bem distinta daquela em que se gestam as normas jurídico-positivas e que é anterior a esta. Mas, por um lado, são integrados por certos elementos constantes ao longo de toda a existência humana (*v.g.*, a vocação para o aperfeiçoamento como componente racional de autopreservação e a comunicabilidade), que são intrínsecos ao *lóghos* e ao *constituens* do direito e, por outro lado, pela idéia de absolutização da pessoa humana, aquilo que leva o direito a concretizar-se respeitando a prerrogativa *perpétua* e *inviolável* da pessoa humana. Disso decorre, segundo entendemos, “[...] uma compatível abertura do atuar humano naquela relação do *Eu para com o outro*, respeitando-se a pessoa humana como valor absoluto, mas entendendo-a como ser detentor de liberdade”³⁴. Por isso que as zonas de consensualidade ético-jurídicas que fundam o direito não poderão ser imiscuídas com os discursos ideologizantes e doutrinadores, por mais que se considere este âmbito normativo um instrumental da harmonia e da paz social. Daqui podemos, à guisa de arremate, dizer:

1) que as zonas de consenso ético-jurídicas da sociedade humana decorrem não propriamente do processo histórico-cultural como coisa a *produzir-se*, mas como resultado da auto-compreensão do Homem do qual tomam parte tanto elementos exógenos (socioculturais, *v.g.*) como elementos endógenos (referidos à natureza humana), e, portanto, como coisa a revelar-se; 2) que estas zonas de consensualidade ético-jurídicas, iniludivelmente reflexos da auto-compreensão do Homem, servem como fundamentos do direito [...]; 3) que estas zonas de consensualidade ético-jurídicas não podem ser obtidas através de interferências ideologizantes ou doutrinadoras oficiais, como outrora ocorreu, *v.g.*, durante o regime nazista quando se legislou no sentido de preservação de uma determinada

33 Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **O ponto de Arquimedes**: natureza, direito natural, direitos humanos. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 50.

34 **Direito penal sexual**, cit., p. 78.

moral sexual e da pureza do nazismo (que não estavam, obviamente, numa zona de consenso)³⁵.

É claro que os fundamentos ontológicos do direito estão num plano suprapositivo e são, enquanto noção de juridicidade, apenas uma pretensão de estruturação, na expressão de CASTANHEIRA NEVES, de um *válido dever-ser que é*, cujo característico é a *normativa obrigatoriedade*. Revelam-se num processo comunicativo entre os membros de uma sociedade, mas não estabelecem, só por si, normas de obrigatoria vinculação. O dever-ser determinado pelo direito só se liga ao substantivo da coação – elemento conceitual do direito – através das experiências jurídico-legais e jurídico-jurisdicionais, que têm na lei normativamente positivada o seu mecanismo de realização.

II.2 FONTES DO DIREITO

Os problemas fundamentais do direito não se localizam apenas em sua questão genésica, no porquê de o homem se enredar no fenômeno normativo, mas, também, no âmbito de sua valoração a partir dos critérios de justiça, de validade e de eficácia dos mecanismos pelos quais se manifesta³⁶. E este problema, que supõe a obrigatoria vinculação às normas intencionalmente criadas para propiciarem paz e harmonia social, é sensivelmente relacionado ao conhecimento das fontes do direito. Ou seja, o problema se remete não já ao âmbito ontológico que envolve o direito, mas à esfera fenomênico-normativa, compreendida dentro dos limites da atuação criativa do homem histórico-culturalmente referido. Por outro lado, o desdobramento problemático ultrapassa o momento germinal e atinge a própria vida do direito, quando, efetivamente, é direito posto, normativamente vinculante e capaz de *transformar, alterar* ou *modificar* a vida social. Quando adentramos este amplo átrio onde se dão as concretizações jurídicas, onde, efetivamente, ocorre o *comércio* do direito, estaremos já diante de um problema referenciado inelutavelmente ao quadro histórico-cultural de uma sociedade e somente através

35 **Direito penal sexual**, cit., p. 78.

36 Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria general del derecho**, cit., p. 20 e ss.; NEVES, Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. In: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1º.



de sua perspetivação é que poderemos analisar as fontes do direito. Penetremos, portanto, esse átrio.

II.2.1 A CONSTITUIÇÃO DO DIREITO

Como antes referimos, subjazem à idéia constituinte do direito expressões diversas daquela via de regra mencionada pela corrente do positivismo jurídico, às quais CASTANHEIRA NEVES denomina de categorias da experiência jurídica, que são: a *consuetudinária*, a *legislativa* e a *jurisdicional*.

A) A experiência jurídica consuetudinária não pode ser entendida como aquela que se manifesta meramente através do costume arraigado em determinado sistema jurídico, cujas normas não decorrem de prescrições legais (um *ius non scriptum*). Tem de ser entendida, adverte o catedrático de Coimbra, como “[...] o comportamento socialmente estabilizado (i.é, constante e repetido), seja em termos de conduta, seja em termos decisórios, em que imediatamente se exprime um normativo vínculo jurídico ou que em si mesmo se impõe como um normativo critério jurídico”³⁷. Isto quer indicar-nos que esta categoria de experiência jurídica opera-se através da prática social, que implica em convocar as pessoas para o cumprimento dos costumes e reafirmar por esse cumprimento a subsistência do jurídico costume. E arremata o jusfilósofo conimbricense:

[...] a afirmação consuetudinária do jurídico tem um carácter impessoal e anónimo (“de providência oculta”, na expressão de Savigny) – carácter que, com Virally, também se dirá objectivo e não voluntarista – e que ao converter-se, pelas próprias permanência e continuidade consuetudinárias, numa social “segunda natureza”, exclui mesmo a ideia de criação e modificação ao nível de consciência explícita, pois passa como que a identificar-se com o próprio “ser” (como o ser da realidade social). Depois, o seu sentido normativo

37 Op. cit., p. 18.



é manifestamente imanência social (radica nas intenções sociais e existe como realidade social) e a exprimir uma originária autonomia normativa (os socii, os próprios interessados e destinatários do costume, são os responsáveis pela sua constituição e subsistência)³⁸.

Daqui arrancamos com a certeza de que a experiência jurídica consuetudinária implica a existência do consenso da comunidade jurídica a respeito das normas costumeiras com eficácia e vinculatividade. No entanto, a aparente redução da idéia de direito consuetudinário ao *factum*, ou o reconhecimento de uma “força normativa do fato”, é rejeitada pelo autor da **Digesta**. Seu entendimento é de que o direito consuetudinário é mais que uma expressão sociológica: é uma idéia que transcende normativamente o fato. E afirma: “[...] o mero costume não é costume jurídico, do mesmo modo que o comportamento normalizado numa constância social não tem normatividade se exprimir apenas o sociológico normal e não o dever-ser – se não assumir o regulativo de uma *norma*”³⁹. De forma mais explícita, pode-se dizer que o direito consuetudinário só será expressão de regulação de costumes com força vinculante se traduzir “[...] um *transcendente* fundamento axiológico que constitua e justifique regulativamente a sua normatividade como normatividade – como uma exigência de comportamento e um critério de dever-ser”⁴⁰.

B) A experiência jurídico-legislativa é aquela que passou por uma clivagem bem definida com o surgimento do Estado de direito, podendo encontrar-se o divisor de águas entre os dois momentos históricos principais na Revolução Francesa de 1789, quando é deposto o *Ancien Régime*. Pois bem, ao tempo de BODIN (séc. XVI) a idéia jurídico-legislativa estava intrinsecamente vinculada à de soberania, de modo que esta expressão máxima de poder político de uma sociedade nada mais era do que o poder de fazer e de revogar leis⁴¹. No entanto, nesse período

38 Ibidem, p. 18-19.

39 Ibidem, p. 20.

40 Ibidem, ibidem.

41 Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 2. 5ª ed. Trad. de Carmen C. Varrialle et alli. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000, verbete “Soberania”, p. 1180.

que vai até fins do século XVIII, a soberania confundia-se com o próprio poder político exercido pelo príncipe, quem, ao menos na Europa continental, usava da prerrogativa legiferante. O soberano não estava juridicamente limitado, mas apenas respeitava certas regras religiosas e morais na medida em que tivesse a preocupação de não desagradar à igreja⁴². A intenção do legislador de então ultrapassava, na prática, a tese hobbesiana de concentração de poder nas mãos do soberano com a finalidade de garantir segurança e paz sociais: o príncipe personificava todo poder político e tinha na lei e na realização do direito instrumentos de preservação de sua dignidade⁴³. Para além disto, as manifestações legais tendentes à manutenção de paz social eram ditadas com o iniludível intuito de firmar a supremacia hierárquica exercida pelo príncipe, como se percebe, *v.g.*, nas Posturas de Afonso II de Portugal (1211)⁴⁴. Com a revolução burguesa que incendiou a França de 1789 – alimentada pelos ideais iluministas, especialmente de LOCKE e MONTESQUIEU – a situação modifica-se por completo. A lei já não será instrumento de poder, mas, antes, expediente jurídico-normativo pelo qual, ao menos no modelo de Estado liberal, se reconhece um regime de igualdade natural entre os homens (“Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”⁴⁵), a esfera de atuação estatal (principalmente no sentido de garantir direitos e garantias individuais⁴⁶) e as liberdades civis (“Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas”⁴⁷). A lei assume, pois, um caráter eminentemente declarativo e, neste sentido, tem a função constituinte do direito. Quando refere que a experiência jurídico-legislativa

42 Cf. CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 282-284.

43 Ao tratar dos suplícios públicos impostos ao condenado, FOUCAULT refere que se tratava de um verdadeiro ritual político, quando se manifestava em toda sua crueldade o poder do príncipe. “O crime – aduz o filósofo francês –, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. História da violência nas prisões. 13ª ed. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 45.

44 Cf. nosso **Habeas corpus**, *ci.*, p. 146.

45 Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen, art. 1º, apud CLAVERO, BARTOLOMÉ **Institución histórica del derecho**. Madri: Marcial Pons, 1992, p. 205.

46 *Ibidem*, arts. 2, 4, 17, da Déclaration, p. 206, 208.

47 *Ibidem*, art. 5, p. 206.

exercida por uma *auctoritas* oficial tem o condão de fazer coincidir – no plano formal – normas legais com o direito, CASTANHEIRA NEVES destaca algumas notas:

1) Na legislação afirma-se, em primeiro lugar, um modo deliberado e racional de produção do direito, já que actua mediante a *prescrição de regras ou normas*, numa intenção de regulamentação e programática relativamente à realidade social, ou político-social que é seu objecto [...]. Dir-se-á assim que na legislação se institui potencialmente um sistema normativo que prévia e abstractamente define a sua própria unidade, visando impor à realidade humano-social essa sua mesma racionalidade, antecipada e logicamente construída. 2) Só que esta racionalidade que a legislação sempre pretende trazer ao direito não deixa de ser associada, em segundo lugar, a um não menos evidente voluntarismo ou decisionismo. É que na base da prescrição legislativa, que se pretende originariamente constitutiva, está sempre uma *decisão*, determinada pela opção explícita entre possíveis regulamentações [...]. 3) Uma outra nota bem característica da legislação é, em terceiro lugar, a sua manifestação textual ou em forma escrita [...]. 4) A decisória prescrição normativa formalmente imposta num texto como regra antecipada à acção e para a regulamentar, remete-nos, por essa sua heteronomia normativa, a um poder legitimado para essa imposição: se a regra-norma se separa e autonomiza da acção (e da realidade social) para a regulamentar abstractamente, terá também o poder de se destacar das mesmas acção e realidade para lhes impor essa regra-norma prescrita [...] a legislação, ou o direito como legislação de que é titular o poder político, vê-se naturalmente determinada por motivos e orientada por intenções não puramente jurídicas, mas sobretudo por motivos



e intenções de outra índole, de índole jurídico-política, se não só ideológico-política. Deste modo foi possível que o direito, através da legislação, se tornasse um instrumento de planificada intervenção política e em termos de os Estados actuais governarem por leis [...]. 5) Uma outra nota seja ainda para referir que a experiência jurídica legislativa também pela sua dimensão de tempo e pela concepção do direito que pressupõe se distingue dos outros tipos de experiência jurídica: sua dimensão de tempo é o *futuro* [...] e o direito é para ela *regra de conduta* (uma planificada ordenação social do comportamento como objecto)⁴⁸.

A comunicação, ou declaração, levada a efeito pelo direito legislado, deve, nos moldes do Estado de direito material, pressupor uma correlação com a realidade histórico-social, de maneira que esta face do direito é – ou deve ser –, em suma, dinâmica. Não se opera, então, por mero decisionismo da *auctoritas*, ou seja, por um discurso do poder. Mas realiza-se através de mediações dialógicas, mesmo quando o direito se afasta de uma certa *ratio* político-jurídica e forja normas de valor meramente simbólico⁴⁹.

C) Na experiência jurídico-jurisdicional percebemos não uma iniciativa de criação de direito novo (e mesmo no sistema do *Common Law* não se poderá dizer que as decisões judiciais são a criação do direito *par excellence*, uma vez que os *acts of parliament* registram a história jurídico-legal do modelo anglo-saxônico e têm cada vez mais peso em seu mundo jurídico), mas um fator de transformação do direito. Obviamente isto não ocorre de forma imediatamente perceptível, pois que a política jurídica ditada pelas decisões depende de sua consolidação ao longo da história jurisprudencial. Mas não temos qualquer dúvida de que as circunstâncias jurídico-jurisdicionais integram o diálogo com a *auctoritas* política, conduzindo-a para a (re)definição do direito. Que é, em boa verdade, um processo constante e diretamente referido às dimensões axiológica, histórica e cultural de uma sociedade. Tentemos

48 Op. cit. P. 24-27.

49 Pense-se na Lei dos Crimes Hediondos, de eficácia duvidosa, mas que reflete os reclamos da sociedade brasileira nos anos de 1990.



melhor explicar.

O âmbito jurídico-normativo é, como se sabe, fragmentário, ocupando-se das regulamentações de maior relevo para a comunidade. Por outras palavras, nenhum *codex* terá alcance absoluto sobre o inextricável mundo dos fenômenos sociais, como desde os romanos se reconhece e mesmo o *Code Napoléon* (de 1804), que se pretendeu o mais completo possível, admite (em entrelinhas) a falibilidade do direito estritamente legal. Mas, por outro lado, o Estado, monopolizador do direito, não pode se recusar a emitir um juízo sobre os problemas que lhe são postos à apreciação, nem mesmo sob o pretexto de inexistência de *norma normada* (jurídico-legal). Era o que dispunha o direito romano ao tempo de Justiniano, e mais tarde a regra transmigrou para o Código Civil Napoleônico⁵⁰ e para os demais códigos modernos. Desta forma, o juiz assume um papel no jogo jurídico que transcende os postulados da pura exegese do texto jurídico-legal, tendo de consultar nos demais escaninhos do amplo departamento da vida social outros códigos normativos (metajurídicos ou transjurídicos) que possam preencher as brechas do direito legal. Assim, tanto pode ele valer-se das regras de experiência, como pode colocar em jogo a ponderação de interesses em conflito, tornando-se, por este meio, um agente comunicador de novas realidades sociojurídicas ao legislador.

Não se pode também perder de vista o fato de que o momento constituinte jurídico-jurisdicional é aquele em que um problemático conflito jurídico é posto sob a apreciação do juiz. Que já não será somente o mero intérprete de uma norma jurídica abstrata e geral para aplicação numa disputa de pretensões jurídicas, mas quem efetivamente estabelece uma norma concreta e casuística: a sentença. Tal norma, portanto, só ocorre quando requerida pelas partes em conflito. A ação judicial não é nada mais que um conflito de interesses, do qual emerge o requerimento de constituição do direito concreto através da ação mediadora do juiz. Sobre esta atividade judicial, refere CASTANHEIRA NEVES que

[...] a mediação jurisdicional [...] deverá considerar-se ainda duplamente: como normativa mediação objectiva entre a normatividade postulada e a

50 “Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. Apud **Institución histórica del derecho**, cit., p. 210.

normatividade concreta; e como mediação subjectiva entre as partes ou sujeitos da controvérsia, em termos agora de um “terceiro imparcial” que releve o mérito das razões que cada um deles invoque para a concreta resolução do problema normativo (*audiatur et altera pars*)⁵¹.

Numa suma do que foi dito, podemos agora concluir que das três experiências jurídicas, a consuetudinária teve subsistência até o século XVIII e vem perdendo expressão dentro do quadro do Estado moderno, que requer um sistema político-jurídico claro e que forneça maiores margens de segurança aos jurisdicionados. Já as duas outras modalidades de experiências jurídicas são realidades assumidas pelas sociedades de após derrubada do *Ancien Régime* e cabem melhor ajustadas à moldura do Estado de direito democrático. Por outras palavras, observa-se que as experiências jurídicas jurisdicional e legislativa “[...] repartem entre si, ou continuam a repartir entre si, o actual universo jurídico”⁵². Mesmo no sistema do *common law*, no qual se percebe uma prevalência da experiência jurídico-jurisdicional na constituição e realização do direito, através da *rule of precedent*, tem crescido a importância da *statutory law*, que se forma a partir da vinculação jurídica aos precedentes dos tribunais superiores (*House of Lords* e *Courts of Appeal*), aproximando-se, portanto, do feitio de direito abstrato e geral. O entendimento de que as experiências jurídicas radicam-se em normas jurídicas gerais e abstratas elaboradas pelo legislador e na normação concreta através do papel mediador exercido pelo juiz, conduz-nos a reconhecer na lei a fonte do direito.

No entanto, a constituição do direito através da atividade jurídico-jurisdicional coloca em jogo, como se percebe, uma série de infundáveis problemas, muitos deles relacionados diretamente à fonte jurídico-legal. Aliás, o que antes foi dito nos permite afirmar que as experiências jurídico-legislativa e jurídico-jurisdicional imbricam-se e tornam-se interdependentes: a lei só passa a ter algum significado para a sociedade na medida em que ela comece a ser empregue e interpretada pelos tribunais⁵³; os órgãos jurisdicionais, por sua vez, confrontam-se com as

51 Op. cit., p. 30.

52 Op. cit., p. 35.

53 WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São

dificuldades relacionadas ao *lóghos* das normas jurídico-legais⁵⁴ e muita vez a palavra empregue numa norma é já fonte de imprecisões quanto à intencionalidade legal. O que fazer então? A que espécies de consultas deverá o juiz recorrer para descobrir a intenção da lei ao mesmo tempo em que, com esta operação, pode ele ser o verdadeiro mediador do direito e não um seu burocrata que se compraz em interpretar gramaticalmente a norma por ele manejada? Sabendo, por outro lado, que as palavras assumem significações diversas de acordo com o discurso, com o momento histórico e mesmo devido às partes que a usam (e já não será demais lembrar que a sabedoria judaica afirma que o homem só é senhor da palavra quando não a pronuncia), como o juiz resolve o problema da caducidade ou da perda de eficácia da norma jurídico-legal ou de sua atualização em relação a determinado momento histórico-político-jurídico? É óbvio que o tema é dos mais intrincados e não poderia ter um tratamento superficial (nem um certo pudor nos permitiria avançar sobre a matéria nos quadrantes deste artigo). De modo que tentaremos nesta nova etapa apenas uma aproximação à problemática partindo dos jogos de linguagem de WITTGENSTEIN.

III. A EXPERIÊNCIA JURÍDICO-JURISDICIONAL E AS OBSERVAÇÕES SOBRE SEGUIR REGRAS DE WITTGENSTEIN

A ciência jurídica e mais propriamente a epistemologia do direito têm se ocupado do problema da interpretação da norma jurídico-legal. Não, obviamente, como ocorreu no período da *École de l'exégèse*, que superdimensionou a lei, considerando-a não só fonte formal, mas, também, material do direito. De maneira que o direito, para os seguidores desta escola, era pensado a partir dos comentários dos códigos, em vez de ser tratado com uma expressão sócio-cultural limitada temporalmente. Hoje o problema da interpretação da “vontade da lei” tem alcances muito variados, atingindo não apenas o valor semântico⁵⁵ e as implicações

Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11.

54 Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, maxime cap. IX, onde trata da intenção legislativa e mais precisamente sobre os problemas relacionados à interpretação.

55 ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, maxime p. 139 e ss.

filológicas da norma⁵⁶, como, também, sua correlação com o legado histórico do processo legislativo⁵⁷. Contudo, transparece em todos os matizes teóricos uma acerba preocupação com o valor dos símbolos lingüísticos, cujo sistema representa o mais desenvolvido e o mais eficaz dos meios de comunicação, mas também o mais complicado⁵⁸, sendo que as palavras, por isso mesmo, chegaram a ser consideradas como detentoras de poder mágico, “[...] independente do pensamento daqueles que a proferiam”⁵⁹.

A palavra, segundo entende Ross, “[...] tem, por assim dizer, uma zona central sólida em que sua aplicação é predominante e certa e um nebuloso círculo exterior de incerteza, no qual sua aplicação é menos usual e no qual se torna mais duvidoso [...]” seu emprego⁶⁰. Na linguagem jurídica, em que são recorrentes termos cotidianos e, portanto, radicalmente diferentes dos termos conceituais usados no jargão científico, as dificuldades interpretativas somam-se ao próprio fim do direito, que é o da realização da Justiça. Por outras palavras, o emprego do discurso jurídico deve procurar a realização da Justiça – esta deve ser sua intenção – e a noção disto pode estar circunscrita por uma tênue linha de imprecisão, que permitirá ao jurista interpretações díspares em razão da influência de certas circunstâncias, como a ideológica, como ocorreram, *v.g.*, em vários julgados dos juízes alternativistas do Rio Grande do Sul nas questões possessórias envolvendo ações de trabalhadores sem-terras. O problema da interpretação aqui referido pode submeter-se à reflexão através do método filosófico de WITTGENSTEIN, mais especificamente aquele contido na segunda fase de seu trabalho, expresso nas **Investigações Filosóficas**.

III.1 OS JOGOS DE LINGUAGEM

As reflexões acerca da palavra vêm sendo realizadas desde longa

56 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6ª ed. rev. e acrescida. Coimbra: Armênio amado Editor, 1997, p. 229 e ss.

57 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, cit., capítulo IX.

58 ROSS, ut supra, p. 140.

59 RADBRUCH, ut supra, p. 232.

60 Op. cit., p. 142.

data pela filosofia e teremos em ARISTÓTELES o representante maior dos pensadores que as localiza no escrutínio das potências da alma. TOMÁS DE AQUINO, o mais conhecido dos aristotélicos e inequivocamente o principal dos filósofos da alta Idade Média, quem rompe os muros da igreja para se projetar na filosofia universal, trata da palavra numa longa *quaestio disputata*, partindo, como muito mais tarde faria WITTGENSTEIN, do estudo da posição agostiniana. E o *Doctor Angelicus* admite de arrancada, tal como S. AGOSTINHO, que a palavra, como uma espécie de signo, é sempre *ratio* “[...] e semelhança da coisa conhecida pelo intelecto”⁶¹, ou, de outra forma, a palavra é *ratio* da coisa conhecida. É em decorrência disso que o autor da **Suma Teológica** refere que “É evidente, pois, que para o entendimento de qualquer realidade intelectual o cognoscente tenha de formar a palavra, pois é da própria essência da intelecção que o intelecto forme algo e este algo formado é a palavra”⁶². TOMÁS, contudo, vai além da posição agostiniana que vê na palavra um signo para expressar os objetos de nossa intelecção, pois que, como potência do homem, “[...] a nossa [palavra] é imperfeita [...]. E isto porque nós não podemos expressar em uma única palavra tudo o que há em nossa alma e devemos valer-nos de muitas palavras imperfeitas e por isso, exprimimos fragmentária e setorialmente tudo o que conhecemos”⁶³. Este apotegma é, em boa verdade, o *leitmotiv* de toda filosofia da palavra, mas que em WITTGENSTEIN serve para fundamentar o que se passou a chamar de terapia da “doença filosófica”.

O autor das **Investigações filosóficas** parte, como TOMÁS, da reflexão agostiniana sobre a palavra, sem, no entanto, se preocupar em realizar uma aturada crítica daquele modelo filosófico. O intuito é outro, que é o de ter um ponto de apoio para tratar do conhecimento da linguagem e assim induzir uma proposta de dissolução dos problemas filosóficos, aqueles que fazem parte da *philosophia perennis* e são estabelecidos mais pela natureza das coisas do que pela natureza de nossa linguagem⁶⁴.

61 TOMÁS DE AQUINO. **Verdade e conhecimento**. Trad., estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 289.

62 Ibidem, ibidem.

63 Ibidem, p. 293.

64 Cf. CHAUVIRÉ, Christiane. **Wittgenstein**. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 123. A autora ressalta que Wittgenstein “[...] denunciou na filosofia tradicional essas tentativas de eternizar um jogo de linguagem relativo apenas à nossa cultura e à nossa história. Se os problemas filosóficos resultam,

Enquanto o alcance do sistema agostiniano é limitado à compreensão de elementos da comunicação (através do emprego das palavras), WITTGENSTEIN pretende entrar nos amplos domínios da linguagem (que transcende, através dos inumeráveis jogos, a mera comunicação oral ou escrita). De forma que a palavra seja mais que um designativo de algo e seu uso uma etiquetagem de objetos, na medida em que nos deparamos com suas diferentes funções (§ 11)⁶⁵. A assertiva de que a palavra possui diferentes funções, permite referir que seu significado não está adstrito ao objeto ao qual se refere e num de seus aforismos, WITTGENSTEIN evidencia que ela é mais que um referente de um objeto ou um signo daquilo que designa, de maneira que “Se o sr. N. N. morre, diz-se que morre o portador do nome, e não que morre a significação do nome. E seria absurdo falar assim, pois se o nome deixasse de ter significação, não haveria nenhum sentido dizer-se: “O sr. N. N. morreu”” (§ 40). Por outras palavras, o filósofo recusa uma concepção referencial da palavra, pois que “[...] a função do nomear não constitui a única função das palavras [...]”, como afirma DIAS⁶⁶. A referência a um objeto é apenas um dado que não nos permite atingir à significação da palavra, que só pode ser apreendida no contexto dos jogos de linguagem.

A noção de jogos de linguagem – inicialmente depreendida de um exemplo de linguagem primitiva (a referencial) no § 2, em que se demonstra que o processo de uso das palavras é semelhante àquele recorrido para ensinar às crianças uma língua –, não se limita, portanto, à etiquetagem de objetos. Há, em realidade, uma pluralidade de jogos de linguagem, que são tantas quantas são as expressões de uma *forma de vida*. “E representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida” (§ 19). Por

como ele afirmou, de certas derrapagens lingüísticas, não são as “próprias coisas”, mas nossa linguagem que, “girando em vão”, suscita o questionamento filosófico”. E mais adiante arremata: “[...] abandonando qualquer apelo à idéia normativa de uma lógica subjacente à linguagem, Wittgenstein [o segundo] orientou-se para uma outra crítica dos problemas filosóficos, oriundos a seu ver de um uso patológico da linguagem comum [...] e formulou o programa de uma filosofia terapêutica. À doença filosófica deveria corresponder uma terapia: esta consistiria em clarificar a “gramática” de expressões correntes que nos desviaram para questões filosóficas ilegítimas” (p. 123-125).

65 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção Os Pensadores, vol. XLVI. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril, 1975, p. 17. De agora em diante, as citações das **Investigações** partem desta edição.

66 DIAS, Maria Clara. **Os limites da linguagem**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 49.

outras palavras, há tantos jogos de linguagem quantas expressões das atividades humanas, e podem ser agrupados pelas semelhanças de funções que desempenharem na linguagem. Para demonstrar a diversidade deles e o próprio sentido de jogo, WITTGENSTEIN refere sobre a necessidade de dar exemplos. Descrevem-se jogos e depois constroem-se outros por analogia aos antecedentes, de maneira a formar família de jogos (que dá a idéia mais próxima da complicada rede de semelhanças que se envolvem e se entrecruzam). Assim explica o filósofo:

Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que com a expressão “semelhanças de família”; pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento, etc., etc. – E digo: os “jogos” formam uma família. (§ 67).

Sobre este método de WITTGENSTEIN, refere CHAUVIRÉ que “Os exemplos usados para explicar “jogo” são presumidamente *paradigmáticos*, isto é, centro de variações” e são profusos à medida em que vão se desdobrando em novos jogos⁶⁷. Esta noção de família de jogos reforça, assim, a premissa de que “[...] há inúmeras espécies diferentes de emprego daquilo que chamamos de “signo”, “palavras”, “frases”. E essa pluralidade não é nada fixo, um dado para sempre” (§ 23). De outra forma, podemos dizer que as palavras assumem diferentes significações de acordo com o contexto (*o jogo de linguagem*) em que são colocadas.

Como jogo que é, o arranjo das palavras em nossa linguagem pode ser estabelecido a partir de regras criadas pela prática das atividades humanas. As regras são, por assim dizer, espécies de auxílio no ensino do jogo, ou ferramentas do próprio jogo (§ 54). Mas o problema que as envolve remete-se sempre à tensão existente na relação entre a regra do jogo e sua aplicação⁶⁸. Assim, o conhecimento que se tem do significado das palavras se confronta inevitavelmente com suas aplicações concretas. Isto porque seguir regra não nos garante que as coisas se passem como se poderia supor (§ 125). Os jogos de linguagem não se submetem a uma fixidez de parâmetros e sujeitam-se a inumeráveis circunstâncias, assim

67 CHAUVIRÉ, Christiane. **Wittgenstein**, cit., p. 93.

68 Ibidem, p. 95.



como o fato de dominar as regras do jogo de xadrez não é a garantia suficiente para se lograr o lance de xeque-mate. Daqui já podemos localizar na filosofia wittgensteiniana algumas premissas acerca dos jogos de linguagem: a) a idéia de jogo de linguagem é essencialmente estabelecida como parte de uma atividade ou de uma forma de vida (§ 23); b) as regras dos jogos de linguagem são como ferramentas que auxiliam seus participantes (os interlocutores), mas seguir uma regra é algo que se desenvolve como semelhantemente ocorre com os hábitos: “Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são *hábitos* (costumes, instituições)” (§ 199); c) mas a compreensão de uma linguagem é, para o sistema filosófico de WITTGENSTEIN, dependente de uma técnica: “Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (§ 199), que bem pode ser, entendemos nós, a técnica de ter uma visão panorâmica (*Übersicht*) sobre as proposições ou contextos frasais (em os quais podemos ter uma efetiva noção da significação das palavras); d) se as coisas ocorrem realmente assim e se a determinação de um significado da palavra depende do contexto em que ela está inserida, pode concluir-se que não existe uma linguagem ideal, precisa, inequívoca: “Se acreditamos que devemos encontrar aquela ordem, a ideal, na linguagem real, ficaremos insatisfeitos com aquilo que na vida cotidiana se chama “frase”, “palavra”, “signo”” (§ 105).

III.2 JOGOS DE LINGUAGEM JURÍDICOS

Os juristas - no sentido mais lato da expressão, e, portanto, não apenas, os chamados operadores do direito, que hoje vêm se tornando cada dia mais aplicadores da lei e repetidores daquilo que se é interpretado pelos tribunais do que propriamente profissionais dotados de desenvolvido raciocínio jurídico - têm um jargão próprio e, por isso, determinados termos têm significação conceitual apenas dentro de seu meio. O emprego de expressões como “competência”, “termo”, “legitimidade”, “inépcia”, “culpa”, “imperícia”, “domínio”, dentre tantos outros típicos de uma linguagem *paracientífica* do direito, estabelece padrões de significação absolutamente distintos para as categorias de interlocutores do direito e para os não juristas. A idéia de competência utilizada no direito processual, *v.g.*, é incompreensível para aquele que ainda não penetrou os meandros da *práxis* jurídica e que nem tenha um mínimo de



conhecimento desta área jurídica. Desta forma, seguir regras nos jogos de linguagem estritamente jurídicos requer, antes de tudo, um acurado conhecimento técnico dos mecanismos lingüísticos colocados à disposição dos interlocutores. “Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (§ 199). E no conjunto de signos *paracientífico* a máxima de WITTGENSTEIN justifica-se perfeitamente, na medida em que esta categoria de linguagem reduz o âmbito dos interlocutores àqueles que dominam uma técnica, permitindo, assim, um diálogo profícuo e sem margens para dúvidas. No entanto, o *universum* jurídico antes de ser um dado pronto e acabado, um algo estanque, é amplo e está em ininterrupto fazimento, para além de tangenciar as variadas extensões do humanismo, já que inúmeros fenômenos sociais repercutem diretamente neste constante *faciendum*. A bem da verdade, são justamente os fenômenos humanos que dão corpo à idéia de direito. De maneira que vários dos termos recorrentes aos jogos de linguagem jurídicos imbricam-se com significações via de regra *datadas* e *circunscritas a um determinado meio social*. Mas que em outras circunstâncias sócio-histórico-culturais podem sofrer radicais alterações. Ou seja, é possível aqui destacar que o fato de dominar determinada regra não implica na obtenção de resultados idênticos para situações espaço-temporalmente variáveis. Esta primeira aproximação aos múltiplos jogos de linguagem jurídicos (os de linguagem jurídica *stricto sensu* e os de linguagem recorrente), já nos permite concordar, na esteira de DALL’AGNOL, com o sistema wittgensteiniano que

[...] recusa tanto o que se poderia considerar um platonismo-de-regras, quer dizer, a posição que sustenta que as normas, sejam elas morais ou jurídicas, são como *trilhos mecânicos* para o agir, que são independentes do que pensamos e fazemos e cuja apreensão do significado é suficiente para determinar a sua correta aplicação, quanto o ceticismo-de-regras, ou seja, a tese de que não há regras objetivas e que, por conseguinte, sempre será necessária uma *nova interpretação* sobre a ação a ser executada⁶⁹.

69 DALL’AGNOL, Darlei. As observações de Wittgenstein sobre seguir regras e a tese da indeterminação do direito. **Habermas em discussão: anais do Colóquio Habermas**. Florianópolis: NEFIPO, 2005, p. 96.



A negação de um platonismo-de-regras e do ceticismo-de-regras não deve, no entanto, nos levar a crer que o jurista está sempre a sobre-nadar num mar de incertezas, uma vez que ele poderá seguir corretamente uma regra para colimar a realização da Justiça (aqui entendida segundo determinados referenciais ético-sociais) a partir da consulta ampla aos jogos de linguagem localizáveis circunstancialmente. Não queremos com isto insinuar que as regras a serem seguidas pelo jurista se vinculam à corrente realista de inspiração norte-americana, segundo à qual a idéia do direito se radicaria naquelas “profecias” de um tribunal (HOLMES), ou seja, nas decisões jurídico-judiciais e nas suas influências extrajurídicas, inclusive a educação do juiz, sua saúde, e origem social⁷⁰. Tal atitude implicaria um retorno ao sociologismo, muita vez carregado de impurezas ideológicas. Mas podemos determinar regras para jogos jurídicos localizando o equacionamento do problema lingüístico-jurídico na noção de *semelhanças-de-família*, estabelecendo uma espécie de gradação valorativa dos termos recorrentes. Tentemos melhor explicar através de uma proposição.

O Código Civil de 1916 regulava no art. 551 a possibilidade de adquirir-se a propriedade de um imóvel através de usucapião ordinário, instituto este que é integrado por requisitos objetivos (o lapso temporal do exercício da posse, *v.g.*) e subjetivos. Dentre estes, temos a *boa-fé*. Esta é expressão das mais difíceis, porque mergulhada no subjetivismo das concepções pessoais que transitam no meio do homem médio e na própria variação de significados do *bom*. Tanto é assim que os romanos, em que pese seu extremo pragmatismo, preferiram conceituar *bona fides* a partir de um raciocínio *contrario sensu*. “*Bona fides* – escreveu GAIO – *non patitur, ut bis idem exigatur*” (D. 50.17,57). Sabia-se o que não constituía *bona fides*, mas não se ousava conceituá-la. Pois bem, a *boa-fé* exigida para o cumprimento do usucapião não se relaciona, obviamente, com interdição de dúplice cobrança de um crédito, como era entendida entre os romanos, mas estreita-se, no caso específico de que estamos a tratar, com a idéia de ausência de *malícia* no exercício da posse. Ainda assim, teremos dificuldades em alcançar uma perfeita compreensão do termo, uma vez que os limites entre *má-fé* e *boa-fé* são frágeis, dando causa à interseção de significados. Assim, digamos, o usucapiente pode ter exercido a posse do bem imóvel mantendo uma constante vigilância

70 Cf. LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Trad. de Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Coimbra, 1978, p. 191-192.



armada. Esta enunciação do fato implica em negação de *boa-fé*? Ou, de outra forma, há uma significação de *má-fé* no jogo de linguagem em que se declara que o possuidor vigiava armado, as terras por ele ocupadas? Não necessariamente, uma vez que o jogo de linguagem pode levar-nos a entender que o posseiro estava a *zelar* pelo bem, e em relação a ele tinha uma espécie de *ciúme*. As expressões *zelo* e *ciúme* empregues na intenção de adquirir um bem independentemente de título dominial, por outro lado, parecem estabelecer uma família de significações semelhantes à de *boa-fé* ou que se enfeixam no significado deste termo. De maneira que, em determinado *jogo-de-linguagem* jurídico sobre a *boa-fé* as asserções de *zelo* e de *ciúme* são gradações valorativas da idéia de *boa-fé*. WITTGENSTEIN dá-nos a entender, no § 77 de suas **Investigações**, que a noção de *bom* só será apreensível quando inserimos a palavra dentro de uma família de significações, no que aproxima sua filosofia a um experimento da vertente filosófica *cognitivista*. Contudo, a regra aqui estabelecida para o *jogo-de-linguagem* proposto não poderá ser tomada como um seu equacionamento definitivo e infalível, seja porque a *boa-fé* pode ser inserida em outros *jogos-de-linguagem* (quando o termo aparece, *v.g.*, como requisito de validade do pagamento a credor putativo, previsto no art. 309, do novel Código Civil), seja porque uma outra gradação das *semelhanças-de-família* pode levar a um significado absolutamente distinto em relação ao exemplo dado (a vigilância armada poderá ser hipótese de declarada intenção de esbulho).

CONCLUSÕES

O direito, como fenômeno social, só pode ser entendido como um processo de constante fazimento, que tem marcha ininterrupta, e é levado a efeito dialogicamente. Seus fundamentos ontológicos, como aquele determinado pelo sentimento jurídico, não podem prescindir da idéia ingênita de comunicabilidade humana. E as posições teóricas mais pragmáticas de sua explicação, como a do historicismo e a do utilitarismo, *a fortiori*, radicam-se nessa premissa maior. O direito é, pois, essencialmente um processo comunicativo em o qual o homem coloca em discussão todo seu drama existencial.

Mas o caráter discursivo do direito ganha foros de maior relevo quando se colocam em jogo os lanços de política jurídica, especialmen-



te aqueles que tratam de estabelecer uma norma jurídico-jurisdicional concreta, casuística e que tenha a representação de solução de um determinado problema jurídico decorrente de uma disputa de pretensões. É quando se lança mão não apenas de meios interpretativos da *ratio legal*, mas se investiga o significado de uma linguagem recorrente ao mundo jurídico e que, a todas as luzes, não tem os níveis de exatidão da gramática *paracientífica*. E sempre o jurista se deparará com expressões cujos significados possuem contornos imprecisos e vulneráveis, pois que podem ser contaminadas por impressões de ordem ideológica, moral, cultural e política. A “boa-fé”, os “bons costumes”, o “dever de vigilância”, a “negligência”, são apenas alguns dos inumeráveis recursos lingüísticos do direito, que estão naquela zona da linguagem comum com a qual o jurista se depara com grande frequência. Não há regras seguras para se estabelecer um significado preciso e isento dos fatores idiossincráticos para tais termos. E mesmo que se domine o campo semântico, corre-se o risco de cometerem-se avaliações equívocas. De maneira que a procura do significado de certas expressões jurídicas não obedece a um rigoroso equacionamento lingüístico (e uma tal tarefa será impraticável na medida em que as expressões assumem significações distintas de acordo com o jogo jurídico em que estiver inserida a palavra), mas antes através do estabelecimento de famílias de significados dessumidas dos jogos lingüísticos. Cada questão problemática colocada no jogo de linguagem jurídica só poderá ter um início de solução se contextualizada e aferida a partir de sua inserção numa família de significados aproximados referidos pelos interlocutores.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **Teoria general del derecho**. Trad. ao espanhol de Jorge Guerrero R. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 2. 5ª ed. Trad. de Carmen C. Varrialle *et alli*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CHAUVIRÉ, Christiane. **Wittgenstein**. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.



CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991.

CLAVERO, BARTOLOMÉ **Institución histórica del derecho**. Madri: Marcial Pons, 1992.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **O ponto de Arquimedes**: natureza, direito natural, direitos humanos. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

DALL'AGNOL, Darlei. As observações de Wittgenstein sobre seguir regras e a tese da indeterminação do direito. **Habermas em discussão**: anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

DIAS, Maria Clara. **Os limites da linguagem**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELLUL, Jacques. **A palavra humilhada**. Trad. de Maria Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulinas, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. História da violência nas prisões. 13ª ed. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1996.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

JUSTINIANO I. **Digesto de Justiniano, liber primus**: introdução ao direito romano. Trad. de Hécio Maciel França Madeira. 3ª ed. rev. da tradução. Ed. bilíngüe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KANT, Immanuel. **Introducción a la teoría del derecho**. Trad. do alemão para o espanhol de Felipe González Vicen. Madri: Marcial Pons, 1997.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Trad. de Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Coimbra, 1978.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1996.

NEVES, Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *In*: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1º.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.



RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6ª ed. rev. e acrescida. Coimbra: Armênio amado Editor, 1997.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Direito penal sexual: fundamentos & fontes** (a tentativa de estabelecer um diálogo entre o direito e a moral). Curitiba: Juruá, 2003.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: crítica e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2000.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico** (aproximações ao método e à formação do conhecimento jurídico). Curitiba: Juruá, 2005.

TOMÁS DE AQUINO. **Verdade e conhecimento**. Trad., estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

VECCHIO, Giorgio Del. **Filosofia del derecho**. 9ª ed. Trad. para o espanhol por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, s/d.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção Os Pensadores, vol. XLVI. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril, 1975.





EL IUSNATURALISMO COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ivo Zanoni

Mestre em Ciência Jurídica/UNIVALI/ITAJAÍ

Alumno del Doctorado en Derecho

Universidad Católica de Santa Fe

(Republica Argentina)

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto un breve estudio sobre la posibilidad de que el iusnaturalismo sea referenciado como fundamento para una mejor aceptación de los derechos humanos en la práctica.

En la actualidad las personas no aceptan más las reglas o normas por el simple hecho de haber sido editadas por una autoridad gubernamental o internacional.

Existen diversos caminos para acercarse a los fundamentos metafísicos de las normas jurídicas, siendo uno de ellos, la posibilidad de la aceptación de los derechos naturales como un referencial explícito y razonable para la fijación de un parámetro fundamental en que se apoyen los principios y las reglas.

Dos categorías resaltan en esta discusión: la justicia y el derecho justo.

El método adoptado será la deducción a partir de las balizas universalmente aceptadas.

En una época de materialismo exacerbado, no es más posible justificar la realidad total focalizándose únicamente en los hechos, los

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 4, n. 10, set./dez. 2006 – Florianópolis – pp 47 a 57



datos, los fenómenos económicos y sociales.

Las personas necesitan nuevos postulados que las convenzan de que aún vale a pena cumplir las leyes, y esto no está solamente en el fervor religioso, que puede derivar para alguna especie de fanatismo.

Hay que buscar nuevamente la razón universal y ella podrá estar en la trascendencia de los derechos naturales.

2. EN BUSCA DE UN FUNDAMENTO PARA REFORZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS

Cuando se habla sobre derechos humanos no hay necesidad de explicaciones para las personas a respecto de lo que son tales derechos: cada uno ya sabe que se trata de una especie de derecho que se refiere directamente a cada individuo así considerado.

Al mismo tiempo a todos o, al menos, de forma general, ocurre que dichos derechos en regla están siendo violados en todo lugar por personas, por autoridades o por gobiernos.

Massini registra "... la vigencia casi universal de la idea de 'derechos humanos' como pauta o patrón de medida ético de las conductas políticas"¹. Mas en la práctica son denunciadas reiteradas violaciones de estos derechos. En la forma oficial, todo se promete, poco o nada se cumple. ¿Esto ocurre porque son vistos como derechos no realizables o porque las personas que están obligadas a cumplirlos consideran normal su no cumplimiento?

Rivero sintetiza: "universalidad de reconocimiento (en las ideas), universalidad de desconocimiento (en la práctica)"².

Esto es el espejo de la (mala) práctica en la época de la mundialización.

El panorama de poca solidaridad en las ciudades se refleja en la exclusión, miseria creciente y abandono.

1 CORREAS, Carlos I. Massini. **Los derechos humanos e el pensamiento actual**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 200.

2 RIVERO, Jean. Apud CORREAS, Carlos I. Massini. Op. cit., p.200.2 RIVERO, Jean. Apud CORREAS, Carlos I. Massini. Op. cit., p.200.



Pero el problema está en todas las partes del mundo. Mismo en países desarrollados existen focos de pobreza en los cuales se registra falta de respeto a los derechos humanos.

¿Pór qué son aceptados pero siempre violados? Primera respuesta de Massini: "... la ausencia de un organismo judicial internacional con facultades para castigar las violaciones de los 'derechos humanos'"³.

Cotta⁴ localiza la resistencia en la limitación de la soberanía, que los Estados no reconocen, pero las comunidades como Unión Europea y Mercosul tienen tribunales comunitarios. Basta que se les atribuyan competencias para punir las infracciones a los derechos humanos.

El Estado democrático social de derecho existe en su formalidad, faltando mucho para tornarse una realidad práctica.

Esta situación justifica que debemos abandonar un poco la noción rígida de democracia formal. El paradigma formal tiene que combinarse con la democracia social. El Estado de derecho formal debe dar lugar a lo que Drucker⁵ denomina "sociedad poscapitalista", y que se caracterizará por un Estado social de derecho, en que "la pobreza tiene que ser enfrentada con cambios sustanciales en las estructuras políticas".

Las (malas) prácticas omisivas no generan derecho y su costumbre política no puede y no debe crear normas.

El derecho internacional está ligado a las buenas prácticas en las que los actores son los ciudadanos libres y los gobiernos. La justicia en el plano internacional tiene que referirse a los ajustes de las conductas que lleguen a afrontar a las prácticas deseadas.

Tales ajustes deben hacer con que haya tráfico entre la forma y la realización.

El derecho tiene que buscar un mayor apoyo en la deductibilidad de las ideas morales y éticas, para que así se produzcan hechos más frecuentes de ejemplos inductivos. En primer plano es posible cambiar la mentalidad para después mudar los hábitos.

3 Op. cit., p. 201.

4 COTTA, Sérgio. Apud CORREAS, Carlos I. Massini. Op. cit., p.201.

5 La sociedad poscapitalista. Trad. María Isabel Merino Sánchez. Buenos Aires: Sudamericana, 1992.



Los derechos humanos son universales y hay necesidad de fundamentarlos para que se tornen exigibles en todos los lugares. Será necesario reconocer principios para después establecer reglas.

Busquemos una vez más apoyo en la teoría. Según Vigo⁶ “si estamos frente a una norma que exige la mayor medida posible de cumplimiento se trata de un principio, pero si la norma sólo exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”. Los principios tienen el poder de convencernos de la validez de las normas.

“Los principios operan como una especie de puente entre los valores y las reglas jurídicas”⁷. Pero además de esto les confieren una fuerza trascendental coercitiva.

Los derechos humanos son fundamentales. “Aun autores tan coincidentemente calificados entre los positivistas, como Hart, no dejan de reconocer el indispensable ‘contenido mínimo de derecho natural’ sin el cual no es posible que subsista ningún derecho positivo”⁸. Esto prueba que las escritas vacías no producen efecto en las actitudes y en la conducta humana.

Para hablar de justicia tenemos que, en primer plano, referirla y fundamentarla en valores. Una pregunta oportuna es: ¿cuales son los valores que surgen en primer plano?

Vigo defiende ser posible nominar en cuatro a cinco valores fundamentales⁹.

A su vez, Alexy habla que “cuando una Constitución ha incorporado como principios los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de derecho y Estado social, permite tenerla por asimilada al ‘derecho racional de la modernidad’”¹⁰. Pero en esta etapa estamos aún en la positividad y la formalidad de los derechos.

6 VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación constitucional. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 70.

7 VIGO, Rodolfo Luis. Op. cit., p. 72.

8 Apud VIGO. Op. cit. p. 71.

9 VIGO. Op. cit., p.71.

10 Apud. VIGO. Op. cit. p. 71.



2. LA JUSTICIA

La imponencia de la justicia exige medidas y referencias que fundamenten el discurso de lo que sea justo o injusto.

Las ideas pueden surgir de cuestionamientos o de meras preguntas sobre el tema específico de la justicia, que es un ingrediente imprescindible en el contexto de los derechos humanos.

Como planteó con mucha propiedad Adriana Caprara de Armando¹¹:

“...si la norma y su aplicación deben ser vías de implementación de la justicia, tenemos cuatro cuestionamientos:

1. ¿Cuál es la medida de la justicia?
2. ¿ Existe un parámetro real?
3. ¿ La realidad encierra en sí misma un orden que nos revela la justicia y la injusticia del accionar humano?
4. ¿ El derecho (la norma) se construye en la cabeza del hombre y se aplica a la realidad modificándola? Subjetivando la medida de la justicia y la construcción y utilización de la norma...”.

Son proposiciones provisorias de contestación:

1. Respecto al primer cuestionamiento, tenemos dos soluciones: la norma y su aplicación, considerándola justa de por sí, incluso la norma de procedimiento. En este caso, la subjetividad estaría en la voluntad del legislador. No conseguimos, por esta vía, huir de la voluntad política, que efectúa su juicio de relevancia, estando implícita la consideración económica, ética y social. La segunda solución es admitir las imperfecciones de la norma y resolverlas en el momento de su aplicación práctica. Pero hay que utilizar criterios objetivos en este procedimiento. La apreciación ahora estaría en las manos del juez, que procederá a su propia verificación en el sentido de lo que es socialmente deseado y conforme a la ética.

2. Respecto al segundo cuestionamiento, podemos citar como

11 In: NIC Brasil Argentina. Puente Educacional. Disponible en: <http://ar.groups.yahoo.com/group/nic_br_ar/> Accedido en: 05 ago. 2006.



ejemplos de parámetros:

- a) derecho natural;
- b) principios generales del derecho;
- c) declaración universal de los derechos humanos;
- d) la constitución del Estado en que vivimos;
- e) los principios constitucionales;
- f) los precedentes judiciales (jurisprudencia);

Pero hay referencias a que la buena práctica fuera otro parámetro válido¹².

3. Con relación al tercer planteo, la realidad nos ofrece referencias como ser: a) el derecho natural; b) los principios morales; c) la lógica d) la conducta social consensual desde el punto de vista del aceptante, en interferencia intersubjetiva.

4. Por último, la cuarta consideración quedó casi solucionada. Sin embargo, como nos sugiere Candido Rangel Dinamarco¹³, las leyes están sujetas al poder político. Nuestra interferencia podría ser la elección de buenos políticos que por su vez crearían buenas leyes. Buenos políticos son aquellos relacionados al bien, como considerado universalmente. Usando la expresión de Aquino¹⁴, dotados de la más “elevada sustancia intelectual” y al mismo tiempo de “inteligencia incorrompible”.

Además de esto tendría que ser sensible a los hechos y sus matices, un hombre cuya alma no sea pequeña, es decir, que conozca, como gestor público, la precisión de administrar correctamente (“navegar”) y que perciba, como político, la sensibilidad de vivir (“no es preciso”¹⁵).

Pero es importante resaltar la semejanza de atribuciones del juez con las del legislador.

Basado en Olero, Vigo¹⁶ comparte la idea de que existen “pro-

12 REGLA, Josep Aguilo. In: Curso de teoría de las fuentes y del ordenamiento jurídico. CPCJ/UNIVALI, Itajaí, 28/08 a 01/09/2006 (Clase 421).

13 A instrumentalidade do processo. S. Paulo: Malheiros, 2002. p. 107.

14 AQUINO, Sto. Tomás de. Questões sobre a verdade. In: Os pensadores: Sto. Tomás de Aquino. S. Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 179.

15 PESSOA, Fernando. Poesias. P. Alegre: L&PM, 1996. 132 p.

fundas similitudes entre la función legislativa y la judicial atento a que el derecho se despliega en un proceso de determinación donde la concreción va creciendo, y así 'la determinación de la ley reenvía ya a un texto previo radicalmente ontológico' y la determinación final del derecho para el caso concreto remite a 'la explicitación de un texto legal escrito'".

En el momento del juicio de casos individuales, el juez también está legislando.

"Es cierto que predominan posiciones que sólo admiten una racionalidad que se mueve en el plano formal o procedimental, sin asumir compromisos axiológicos substanciales o de contenido"¹⁷. En este punto reside el vacío del positivismo radical.

La instrumentalidad del proceso judicial ha podido demostrarnos que las leyes no siempre son orientadas a su utilidad sino para dificultar la vida del ciudadano. Si quien juzga es formalista, decide las muchas contiendas basado solamente en el hecho de las cuestiones tal como son puestas del punto de vista de atender o no a los aspectos formales, estaría de esta manera olvidando su contenido de justicia. Hay que cambiar esto para mejor, considerándose que la justicia es un ideal racional que torna posible transitar entre la generalidad de las normas y la particularidad de las soluciones¹⁸.

La verdad de los hechos (del contexto) debe prevalecer en cualquier caso. Esta verdad tiene sentido como una contextualización obligatoria entre la regla escrita y los hechos dentro de la práctica social.

En los procesos criminales tienen relevancia los factores más estrictamente ligados a la formalidad, dado que existe mayor dependencia de pruebas en el desarrollo del proceso y por también involucrar la vida de las personas más que las cosas o bienes.

Así colocada, la discusión nos permite ver que tanto las leyes de contenido como las de forma deben tener en cuenta la justicia. Éstas son producto de la actividad legislativa que, como ya fue dicho, está presente también en la decisión judicial.

16 VIGO, Rodolfo Luis. Op. cit., p. 27-28.

17 VIGO, Rodolfo Luis. Op. cit., p. 25.

18 Cf. REGLA, Josep Aguilo. Loc. cit.

Es preciso, por lo tanto, tener coraje para innovar en la producción normativa en estos dos ámbitos. Mas esto también es el objeto de la política jurídica, ya que envuelve la representación del ideario social.

Si tenemos necesidad de una sociedad más justa, la actuación de los operadores del derecho y también la labor científico jurídica deben concentrarse en producir leyes orientadas a este objetivo, de lo contrario serán inútiles nuestros esfuerzos.

El planteo “sociedade más justa” talvez no sea muy adecuado. Se coloca aquí la sugerencia de relaciones y reglas sociales más justas, pues es el contexto de la intersubjetividad que genera situaciones injustas para las personas.

El esmero de las ciencias jurídicas debe enfocar la justicia en la práctica, lo que resulta en la práctica de la justicia. Así, si es posible añadir adjetivos a la justicia, se podría buscar por una justicia mas justa, es decir, mas solidaria.

3. LA JUSTICIA EN TÉRMINOS DE DERECHOS HUMANOS, CON FUNDAMENTO EN LOS DERECHOS NATURALES

Si las leyes formales no hacen parte del derecho natural, entonces, las leyes del mundo físico y natural no pueden ser revocadas. Es en el mundo de los fenómenos, de las diferencias, de la diversidad, del caos y de la complejidad que el hombre retorna al juicio analítico de la naturaleza, para sintetizar a partir de lo natural, sus posibilidades de futuro.

Lo trascendental y lo natural está en el interior de las personas, en su corazón, como lo es filosóficamente considerado.

Para Emerson¹⁹ “aquello que, intelectualmente considerado, llamamos razón, si se lo considera en relación con la naturaleza lo llamamos Espíritu”.

Así es razonable que el hombre desee las cosas materiales para obtener dignidad en su vida cotidiana. Si una cosa material representa

19 EMERSON, Ralph Waldo. El espíritu de la naturaleza. Trad. Leandro Wolfson. Buenos Aires: Errepar, 1999. p.56-60.



confort, el sentido de esto es natural.

Pero la mundialización del consumo desenfrenado trae consigo hábitos vacíos y que no tienen relación con la cualidad de vida.

La propaganda engañosa suma sentidos indebidos a las cosas o crea necesidades artificiales y doble sentido en los discursos, que traen embutidos intereses ligados al consumo. Es oportuno mencionar lo que más adelante Emerson dicho: “a la corrupción del hombre le sigue la corrupción del lenguaje”.

Para Perez²⁰ “sem a fé em Deus, o Direito não poderia impor-se porque não existe nenhum modo de constringer a todos pela força”.

Y no hay necesidad de buscar la inspiración divina en el exterior, ya que tal espíritu proviene del interior de la propia persona.

Si hay fundamento en Dios, entonces este fundamento está en el Espíritu de la naturaleza (una teología naturalista).

Lois Estevez²¹ coloca la posibilidad de “combinação de um sistema ideal de ordenamento jurídico com a investigação fenomenológica das reações sociais”.

Esto equivale a decir: la combinación de la razón pura con la razón práctica, en la acepción kantiana.

Dicho por Massini²² iusnaturalista es la doctrina o escuela “que afirma la insuficiencia del derecho meramente positivo para regular la coexistencia y la prosecución de los fines humanos que superan las capacidades de los individuos aislados”. Hay, así, “principios cuya fuente no es la mera sanción estatal o social”.

Esto es algo más sutil que la simple consideración en términos de lo que es el bien y el mal.

Para Hart²³ hay “al menos un derecho natural: ‘El derecho igual

20 PEREZ, Pascual Marin. Apud. OLIVEIRA, Gilberto Callado. *Filosofia da Política Jurídica*. Itajaí: Univali, 2001. p.112. Trad.: “sin fe en Dios, el Derecho no podría imponerse, porque no hay ningún modo de constreñir a todos por la fuerza”.

21 ESTEVEZ, Lois. Apud. OLIVEIRA, Gilberto Callado. *Op. cit.*, p. 111. Trad.: “combinación de un sistema ideal de ordenamiento jurídico con la investigación fenomenológica de las reacciones sociales”.

22 *Op. cit.*, p. 206.

23 HART, Herbert. Apud CORREAS, Carlos I. Massini. *Op. cit.*, p.206.



de todos los hombres a ser libres”.

Dijo Maris²⁴: “nada es tan irracional como el comportamiento humano en situación de incertidumbre”. Y es justamente en tales condiciones que el individuo naturalmente recurre a algún ente superior que imagina existir para ayudarlo. Es la invocación del espíritu de la naturaleza.

Él entonces imagina que debe existir algo de trascendental que proporcione la certidumbre del derecho justo.

Si para iuspositivismo toda la norma es positiva, el iusnaturalismo sostiene que existe alguna norma no positiva. Si Massini no acepta la posibilidad de una posición intermedia, por lo menos podemos decir que los positivistas admiten una norma fundamental no positiva y que en ella se sostendrían los ‘derechos humanos’.

El derecho así puede poseer una inteligencia natural, una objetividad además de la validez positivista estrechamente formal.

Se plantea al final que el hombre nació bueno, su carácter no solamente es producto del medio. Es también resultado de la realización de sus potencialidades. Él nos es el lobo del hombre, y no existe su pecado original.

Así, “... todo ser humano é um ‘universo’, isto é, uma *unidade* (uni-) que se desdobra em *diversidade* (-verso)... todo homem é um microcosmos”²⁵.

4. CONCLUSIÓN

Si existen autores que colocan la posibilidad de buscar lo fundamental de lo ético en lo que de común existe en las grandes religiones del mundo, es porque estos autores también aceptan la idea de lo trascendental, lo cósmico como un mensaje universal.

24 MARIS, Bernard. Carta abierta a los gurúes de la economía que nos toman por imbéciles. Barcelona: Granica, 2001. p. 116.

25 Cf. ROHDEN, Huberto. Novos rumos para a educação. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 1997. p.95. Traducción: “todo ser humano es un ‘universo’, es decir, una unidad (uni-) que se desdobra en diversidad (-verso) ... Todo hombre es un microcosmos”.



Por otra parte, si los físicos cuánticos empiezan a considerar razonable la filosofía oriental, en el sentido de admitir la existencia de una unidad de la tela del microcosmos conectando a todos los seres y cosas, también ellos están mostrando que aceptan la existencia de un fundamento racional en las escrituras milenares que ligan lo cósmico y lo místico a la naturaleza y su espíritu.

A partir de este punto se puede concluir que una norma fundamental positivista tiene la posibilidad de buscar su sentido en el derecho natural.

Se puede concluir también que si las personas aceptan la razón práctica es porque existe la razón pura universal y natural que alimenta la sabiduría de los hombres, la belleza del arte (que imita a la naturaleza) y la vida humana, cuyo sentido está en la dignidad.

Si hay trabajo, empleo, rienda, para que pueda haber libertad y igualdad, tiene que haber dignidad en la práctica, siendo que esto no es posible sin la fraternidad y la solidaridad.

Finalmente, se plantea una nueva pregunta: ¿Cómo convencer a las personas que vale la pena practicar la solidaridad? Tal vez más importante sea mostrar que la diferencia, la trascendencia, y el camino para la ética están en el corazón de cada uno, en lo más natural que existe en nosotros. Y no es posible ver lo natural en el ser humano sin observarlo integrado con la naturaleza y el osmos.





AMBIENTAL

A PRÁTICA DA FARRA DO BOI EM SANTA CATARINA E A AÇÃO EFETIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO CATARINENSE

Luciano Trierweiller Naschenweng
*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro
de Apoio Operacional do Meio Ambiente do
Ministério Público de Santa Catarina*

Desde o início deste século, a prática da Farra do Boi é uma das manifestações culturais mais polêmicas do Brasil. No litoral catarinense, verifica-se, com maior frequência, a prática da Farra do Boi devido à influência cultural do povoador português, em geral, e do imigrante açoriano, em particular.

Para entendermos a prática da Farra do Boi no Brasil, devemos traçar primeiro um paralelo entre a origem açoriana e a ramificação catarinense.

Na região dos Açores, em Portugal, a brincadeira consistia na soltura de um boi xucro e bravio em campo aberto, onde as pessoas corriam do animal, desafiando o perigo. A festa marcava o fim da Quaresma – período durante o qual não se podia comer carne vermelha – e, após a brincadeira, o boi virava alimento, partilhado por toda a comunidade.

No Brasil, o boi colocado em “liberdade” é perseguido por populares nas ruas e no mato, ou em mangueirões, até se esgotarem suas forças. Munidos de paus, pedras e açoites, participam da farra homens, mulheres, velhos e crianças. Assim que o boi é solto a multidão o persegue e o agride incessantemente. A prática acontece com mais intensidade durante a Quaresma. Nem sempre, porém, o boi mal tratado vira alimento dos farristas.

Como se vê, embora haja certa semelhança entre as brincadeiras

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 4, n. 10, set./dez. 2006 – Florianópolis – pp 59 a 67



com o animal, a crueldade com o boi é marca registrada da Farra do Boi brasileira.

Diante desse quadro, a partir da década de 80, a prática da Farra do Boi começou a ser muito combatida por grupos ecológicos, que passaram a fazer intensa campanha contra, por considerá-la extremamente cruel com o animal.

Após muito empenho e pressão por parte da sociedade organizada, por meio de entidades de proteção e defesa dos animais, o Supremo Tribunal Federal, em 3 de junho de 1997, com o Recurso Extraordinário n. 153.531-8/SC, RT 753/101, proibiu a prática, em território catarinense, por força de acórdão, na Ação Civil Pública n. 023.89.030082-0.

Extrai-se do acórdão que o Estado tem a obrigação de **“garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescindindo da observância da norma do art. 225, §1º, inciso VII, da CF, que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade, como é o caso da conhecida ‘farra do boi’”** (STF - Min. Marco Aurélio - Recurso Extraordinário n. 153.531-8/SC).

Para efetivar a norma constitucional prevista no artigo 225, §1º, inciso VII, da Constituição Federal, o art. 32 da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, definiu como crime:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Diante do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em 1997, e da edição da Lei dos Crimes Ambientais, em 1998, a prática da Farra do Boi pôde então ser mais combatida.

Contudo, a Polícia Militar de Santa Catarina tem registrado, a cada ano, um número cada vez maior de ocorrências no Estado. Em algumas



dessas, há relatos de pessoas que se feriram durante a realização da brincadeira, incluindo-se aí policiais militares que foram agredidos ao tentar coibi-la. Muitos animais foram mortos ou sofreram mutilações e maus-tratos. Há também relatos de carros danificados pelos participantes da farra, além de casas parcial ou totalmente destruídas.

Diante dessa situação, o Ministério Público Catarinense tem desenvolvido ações no combate à prática da Farra do Boi em todo o Estado.

O Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente do Ministério Público de Santa Catarina expediu, em março de 2006, recomendações para a Polícia Rodoviária Federal, Polícia Rodoviária Estadual, Polícia Militar, Guarnição Especial de Polícia Militar Ambiental, Companhia de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (CIDASC) e Polícia Civil, contendo o seguinte aviso:

*“**Considerando** que embora seja respeitável o aspecto cultural envolvido, a prática da Farra do Boi é contrária aos ditames da Constituição Federal, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 153.531-8, de Santa Catarina, sob a relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio que determinou “que o Estado de Santa Catarina, em face do que dispõe o art. 225, §1º, inc. VII, da Constituição Federal, adote as providências necessárias a que não se repitam essas práticas consideradas atentatórias à regra constitucional aludida”. **Considerando** que em casos que tais os maus-tratos são prática notória neste Estado, não apenas pelos diversos procedimentos instaurados, aos quais inúmeros órgãos já tiveram acesso, mas ainda por toda a sua repercussão absolutamente negativa não exclusivamente em território nacional como também no exterior, resultando daí a necessidade de coibir definitivamente toda a conduta que submeta animais a tratamento cruel; **Considerando** que durante as manifestações já foram registradas ocorrência de desordens, danos ao patrimônio público e ou privado, lesões corporais, vias de fato, ameaças, ingestão de bebidas alcoólicas, além de maus-tratos aos animais; **Considerando** a*



premente necessidade de preservar a ordem pública, por intermédio da adoção de medidas preventivas e/ou repressivas, visando especialmente à proteção da comunidade e também dos animais bovinos; **Considerando** que a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), no seu artigo 32, prevê reclusão de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa para quem: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”; **Considerando**, sob o aspecto sanitário, a importância das barreiras de controle de movimentação de animais, possibilitando averiguar a regularização do transporte por meio da existência de Guia de Transporte Animal e Nota Fiscal; **Considerando** que é dever do Poder Público zelar pelo meio ambiente sadio e a própria Constituição Federal garante a todos “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, caput, da CF/88); **Considerando**, por derradeiro, as funções institucionais do Ministério Público, dentre as quais se destaca a legitimação ativa para a defesa judicial e extrajudicial dos interesses relacionados à preservação do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, prevista no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal; O **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, com base no inciso IV, parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) resolve: **RECOMENDAR ...que diligencie no combate à prática da Farra do Boi, considerada crime, envidando esforços para a pronta apuração de denúncias sobre esta ação delituosa, possibilitando o encaminhamento dos envolvidos à Delegacia de Polícia competente para que seja lavrado o respectivo Termo Circunstanciado. À luz de todo o exposto, uma vez demonstrada a urgência das**



medidas supra alinhadas, aguarda-se de Vossa Excelência os esforços para dar-lhes a necessária efetividade, com o que estará contribuindo, como sempre, para o bem-estar da sociedade catarinense”.

Nos municípios de Paulo Lopes e Garopaba, também em março de 2006, 8 (oito) homens foram presos por envolvimento com a Farra do Boi. A prisão temporária do grupo foi decretada pelo Juízo da Comarca de Garopaba (SC), atendendo a um pedido do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Em abril de 2006, o Promotor de Justiça da Comarca de Garopaba, Dr. Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio, ofereceu denúncia contra os 8 (oito) farristas, enquadrando-os como incurso nas sanções do artigo 32 da Lei n. 9.605/98 e dos artigos 132; 329, §1º; 163, parágrafo único, inciso III; 288, ambos do Código Penal, pelo prática dos seguintes fatos:

“FATOS I, II e III: Conforme apurado no inquérito policial que instrui a presente incoativa (fls. 2 usque 206), nos dias 17, 24 e 25 de março do corrente ano, na localidade da Gamboa, neste Município de Garopaba – SC, os ora denunciados, juntamente com dezenas de pessoas ainda não identificadas, agindo em comunhão de esforços e identidade de desígnios, praticaram atos de abuso e maus-tratos contra um animal bovino, cuja raça será precisada no curso da instrução penal, submetendo-o a intenso sofrimento físico durante a realização de manifestação conhecida como Farra do Boi. Nas três oportunidades referidas, durante a aludida Farra do Boi, manifestação promovida sob o absurdo pretexto de divertimento tradicional, ora denunciados perseguiram, molestaram, aterrorizaram e feriram o aludido animal mediante a utilização de fogos de artifício, paus, pedras e instrumentos cortantes e contundentes diversos. Por assim agir, os denunciados restaram incurso, por três vezes, nas sanções penais previstas no artigo 32 da Lei n° 9.605/98.



FATOS IV, V, VI: As práticas criminosas acima referidas, realizadas sob o falso véu de manifestação cultural tradicional, provocaram a reunião de dezenas de pessoas na localidade da Gamboa, neste Município de Garopaba – SC, muitas das quais crianças e adolescentes, que acompanhavam de forma inadvertida a espúria Farra do Boi, não obstante o iminente risco a sua integridade física decorrente da presença no local de um animal de grande porte que, em desespero, corria de forma descontrolada em busca de fuga. Assim agindo, ao exporem a vida e a saúde de inúmeras pessoas a perigo direto e iminente, os ora denunciados restaram incurso, por três vezes, nas sanções penais previstas no artigo 132 do Código Penal.

FATO VII: Ante a terceira ocorrência da Farra do Boi referida, no dia 25 de março de 2006, por volta das 18 horas, a Polícia Militar foi acionada por populares para conter as práticas criminosas que eram perpetradas pelos denunciados e por outras pessoas na localidade da Gamboa, neste Município de Garopaba – SC. Ao chegar no local, ante a constatação da situação de flagrância de prática criminosa, o Policial Militar Soldado XX deu ordem de prisão ao denunciado YY. Ato contínuo, os demais denunciados, juntamente com outras pessoas ainda não identificadas, agindo em comunhão de esforços e desígnios, mediante violência e grave ameaça dirigidas aos Policiais Militares Soldados ZZ, PP, BB, DD e LL, opuseram-se à execução da prisão em flagrante de YY, arrebatando-o da custódia dos aludidos funcionários públicos e, assim, frustrando a execução do ato legal de detenção. Por assim agir, os denunciados



restaram incursos nas sanções penais previstas no artigo 329, § 1º, do Código Penal.

FATO VIII: Não bastassem os fatos criminosos acima narrados, no mesmo dia 25 de março de 2006, por volta das 18h45min, após a intervenção da Polícia Militar para interromper a aludida Farra do Boi, os ora denunciados, juntamente com outras pessoas ainda não identificadas, depredaram o veículo marca GM, modelo CC, placas MEA XXXX e o veículo marca VW, modelo PP, placas MFT XXXX, ambos de propriedade Estado de Santa Catarina e utilizados pela Polícia Militar, respectivamente, sob os números VTR XXXX e VTR XXXX, na forma documentada às fls. 21/26. Assim procedendo, por deteriorarem veículos integrantes do patrimônio do Estado de Santa Catarina, os ora denunciados incidiram nas sanções previstas no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal Brasileiro.

FATO IX: Deve-se destacar, ainda, que de acordo com o apurado no curso do procedimento inquisitorial que acompanha a presente exordial acusatória, os ora denunciados, há mais de um ano, associaram-se, de forma estável e permanente, em bando, para o fim de cometer crimes de abuso e maus-tratos contra animais através da organização e promoção da manifestação conhecida como Farra do Boi na localidade da Gamboa, nesta cidade de Garopaba - SC. Assim agindo, restaram os denunciados incursos nas sanções penais previstas no artigo 288 do Código Penal Pátrio”.

Na Comarca de Tijucas, o Promotor de Justiça Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto instaurou, em março de 2006, procedimento investigatório para a adoção de medidas preventivas e repressivas com relação à Farra do Boi. Como conseqüência, foi organizada ação em parceria com



as Polícias Militar e Ambiental de Tijucas, que resultou na destruição de três bretes (mangueirões) localizados em áreas públicas, nos bairros Sul do Rio, da Praça e Santa Luzia, além da apreensão da carroceria de um caminhão que poderia ser utilizada no transporte de bois.

Na ação empreendida desde março, vários fornecedores de bois também foram identificados pela Polícia e estão sendo indiciados. Os animais utilizados na Farra do Boi, em Tijucas, foram apreendidos pela Polícia Militar com o apoio da Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (CIDASC).

Organizada com os demais órgãos e entidades, a ação do Promotor de Justiça de Tijucas incluiu ainda um trabalho de conscientização da população, com um ciclo de palestras educativas nas instituições de ensino e uma *blitz* de trânsito para distribuição de material informativo sobre o assunto. O objetivo é tratar o tema da violência e dos maus-tratos contra animais por meio da educação de jovens e crianças.

As ações empreendidas pela Polícia Militar e pelo Ministério Público Catarinense, no combate à prática da Farra do Boi, ainda estão longe de serem consideradas ideais. A justificativa é bem simples. Primeiramente, deve-se ao fato de que os praticantes estão cada vez mais especializados na rotina da Farra do Boi. O animal, que antes chegava nas localidades por caminhões, hoje chega pelo mar. Na maioria das vezes, a brincadeira é praticada durante os finais de semana, de madrugada e em locais clandestinos e de difícil acesso. Num segundo momento, porque a Polícia Militar de Santa Catarina possui um efetivo reduzido e, na maioria das vezes, não consegue atender a todos os chamados. É importante registrar que, para uma ação mais efetiva da Polícia Militar, quando da ocorrência do fato, seria necessário um número mínimo de 20 (vinte) homens no local. Por fim, o trabalho de prevenção seria extremamente facilitado, se, ao contrário do que acontece, os Promotores de Justiça Ambientais tomassem conhecimento das Farras do Boi antes de elas acontecerem.

Por outro lado, ainda que existam limitações dos órgãos de combate à Farra do Boi, em Santa Catarina, tem-se como realidade que a cada ano cresce uma relação cordial e de integração entre os órgãos públicos responsáveis pela sua repressão. Em 2006, foram realizadas várias reuniões, em várias cidades, com a presença de representantes do Ministério Público Catarinense, Polícia Rodoviária Federal, Polícia



Rodoviária Estadual, Polícia Militar, Guarnição Especial de Polícia Militar Ambiental, Companhia de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (CIDASC) e Polícia Civil. Em todas as reuniões foram traçadas estratégias para a repressão dessa prática, desde o controle do transporte de animais, até o aumento na investigação, pelo serviço de inteligência da Polícia Militar. Prova disso, foi o acréscimo de autuações por crime ambiental, de apreensão de animais sem a Guia de Transporte de Animais (GTA) e do cumprimento de mandados de prisão provisória.

Para finalizar, tem-se como incontestável que a Farra do Boi é um costume cultural de Santa Catarina e, por isso, não há como proibir essa prática, por ser uma legítima manifestação popular (art. 215, §1º, da Constituição Federal). A violência contra o boi não se constitui em regra para a prática da Farra do Boi, mas sim a exceção. Os excessos é que devem ser reprimidos, principalmente para que não se submeta o animal a tratamento cruel.







AMBIENTAL

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E MOTIVAÇÃO: A ECOLOGIA DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO E DE PRODUTIVIDADE

Roberto Basilone Leite

*Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de São José - SC
Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria do Direito na
Universidade Federal de Santa Catarina*

INTRODUÇÃO

A ecologia do trabalho é o setor da ecologia humana¹ que estuda o equilíbrio dos fatores ambientais ligados ao trabalho humano, considerando como fatores ambientais não apenas aqueles relativos à dimensão física do trabalho (isto é, o ambiente e as condições físicas do trabalhador), mas também à dimensão psicológica (a satisfação pessoal no trabalho, o efeito restaurador do lazer) e social (as inter-relações no trabalho).

A finalidade da ecologia do trabalho é fixar o ponto de equilíbrio capaz de garantir a máxima produtividade do trabalho e, ao mesmo tempo, a máxima qualidade das relações no trabalho dentro do meio ambiente de trabalho mais saudável possível.

O objeto de estudo da ecologia do trabalho, portanto, inclui o ambiente de trabalho, a saúde física e psíquica do trabalhador e suas relações com o ambiente, com a sociedade, com os demais colegas de

1 Segundo esclarece George A. Theodorson, professor de sociologia da Pennsylvania State University, “la ecología humana se ha desarrollado según dos líneas principales con muy poco contacto entre sí, una en el campo de la sociología y otra en el de la geografía” (THEODORSON, George A. [Org.]. **Estudios de ecología humana**. Traducción de Javier Gonzáles Pueyo. Barcelona: Labor, 1974. v. 1. p. 7).



trabalho e consigo mesmo.

Por outro lado, o conceito moderno de saúde é mais amplo do que o conceito que prevalecia até algumas décadas atrás; ainda se mantém na linguagem popular a idéia de saúde como a ausência de doença. A saúde hoje significa mais do que o bem-estar físico; a saúde é um processo de equilíbrio entre corpo, mente e emoção, do qual resulta um estado de bem-estar integral do ser humano. O professor paulista Nuno Cobra menciona a existência de uma escala de “graus de saúde”. Segundo essa concepção, a ausência de doenças não significa saúde. Uma pessoa com um nível de saúde muito baixo pode não estar doente, mas também não tem saúde. Só é saudável aquele que ostenta níveis de saúde elevados.

O baixo nível de saúde causa o desequilíbrio do sistema vital e torna o organismo do homem propenso a contrair doenças, pois, na verdade, ele está quase atravessando a linha limítrofe que separa a escala dos graus de saúde da escala dos graus patológicos. Por isso, saúde “é alegria de viver. É estar encantado com a vida. É ter entusiasmo [...]”.²

No que tange especificamente à saúde laboral, a Organização Internacional do Trabalho adotou em 1981 um conceito de saúde muito semelhante a esse. Nos termos do artigo 3º, alínea e, da Convenção n. 155: “o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”.³

O que se conclui é que a ecologia do trabalho não engloba apenas as normas que tratam diretamente da segurança, da medicina e da higiene do trabalho, mas envolve também questões de relações humanas, questões éticas, psicológicas, econômicas e sociológicas.

Existem três tipos de ecologia, segundo classificação de Félix Guattari, filósofo e ecologista francês: a ecologia ambiental, a ecologia social e a ecologia mental, e essas três ecologias se articulam, segundo modelos ético-políticos, para compor a ecosofia. Assim discorre Guattari: “As formações políticas e as instâncias executivas parecem totalmente incapazes de apreender essa problemática no conjunto de suas impli-

2 COBRA, Nuno. **A semente da vitória**. 36. ed. São Paulo: Senac, 2002. p. 62.

3 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994. p. 361.



cações. Apesar de estarem começando a tomar uma consciência parcial dos perigos mais evidentes que ameaçam o meio ambiente natural de nossas sociedades, elas geralmente se contentam em abordar o campo dos danos industriais e, ainda assim, unicamente numa perspectiva tecnocrática [...]”.⁴

Nessa perspectiva, a solução dos problemas ambientais, sociais e mentais de nossas sociedades depende necessariamente da adoção de uma postura ecosófica, que passe a abordar de forma unitária os registros ecológicos do meio ambiente, das relações sociais e da subjetividade humana.

1. AMBIENTE E TRABALHO

As primeiras obras a tratar cientificamente da saúde do trabalhador foram o *Livro del consulado del mar*, no século XIII,⁵ a *Opera omnia* de Paracelso, em 1535, sobre elementos insalubres⁶ e a *De re metallica*, do físico saxão George Agricola, sobre doenças e acidentes com mineiros, publicada em 1556.⁷ A primeira obra específica de medicina do trabalho foi lançada pelo médico Bernardino Ramazzini em 1700 e intitula-se *De morbis artificum diatriba*.⁸ O livro de Ramazzini estabelecia a relação entre diversas doenças e a profissão que as ocasionava.

Durante o longo período que compreende a Idade Média e a Idade Moderna, a economia foi predominantemente agrícola e a população concentrava-se nas áreas rurais. Até a Revolução Industrial, que estourou em meados do século XVIII, “os operários e os servos se limitavam a trabalhar não mais de quatro ou cinco horas por dia. Os camponeses

4 GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papirus, 1990. p. 8.

5 RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**. 2. ed. São Paulo: RT, 1981. p. 389.

6 PARACELSO. **A chave da alquimia**. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Três, 1983. p. 13, 174, 231-243, 257-303 e 355.

7 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 1996. p. 49.

8 RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 4. ed. rev., acresc. e atual. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1957. p. 300. v. 1.



ficavam inativos muitos meses por ano. Um número enorme de festas – pagãs primeiro e, depois, cristãs – encarregava-se de preencher os espaços de tempo sem trabalho”.⁹

Com a chegada da indústria, na segunda metade do século XVIII, as jornadas de trabalho são violentamente estiradas, passando a períodos de até quinze horas por dia. Tem início uma época de exploração desumana do trabalho, inclusive de crianças e mulheres.

Levantam-se contra essa situação inúmeros intelectuais, pregando a intervenção do Estado na economia para assegurar o equilíbrio de forças nas relações de trabalho. Surge assim o socialismo utópico, no início do século XIX, com as obras de Saint-Simon, Fourier, Owen, Louis Blanc, Proudhon, e, alguns anos depois, o socialismo científico de Karl Marx, pregando a revolução do proletariado.

Em 1789 a Revolução burguesa na França instala em Lyon o primeiro tribunal industrial, o qual em 1806 dará origem ao *Conseil de Prud’Hommes*, modelo que inspirou os órgãos judiciais trabalhistas que passaram a surgir em todo o mundo.

As normas de proteção do trabalho surgem primeiro na Inglaterra: o *Moral and Health Act* em 1802, e a *Lei Sindical*, em 1824. Em 1848, Marx e Engels publicam o *Manifesto comunista*. A partir daí, passam a ser editadas inúmeras leis tendentes à proteção do trabalhador, o que acabará dando origem, no albor do século XX, à instituição de um novo ramo jurídico: o direito do trabalho.

As últimas décadas do século XIX marcam grandes avanços na proteção ao trabalhador. O primeiro serviço de inspeção do trabalho é criado em 1877, no Estado norte-americano de Massachusetts. A Alemanha aprova em 1881 a lei de seguro social e, em 1884, a lei de acidentes de trabalho. Os trabalhadores de Liverpool, na Inglaterra, conquistam em 1890 a jornada de oito horas. Em 1891 a Igreja Católica Romana adota posição oficial em favor dos trabalhadores, através da Encíclica *Rerum Novarum*, assinada pelo Papa Leão XIII.

Surgem importantes obras doutrinárias sobre o assunto: *Costruzione giuridica del contratto di lavoro* (1897), de Isidoro Modica; *Contratto*

9 MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução de Yadyr A. Figueiredo. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio; Brasília, DF: Ed. da UnB, 1999a. p. 13.



di lavoro (1898), de Pasquale Jannaccone; *Sui limite di una codificazione del dontrato di Lavoro* (1900), de Ludovico Barassi; *Droit Commercial et Législation Industrielle* (1901), de Louis Martin; *Traité de Législation Ouvrière* (1902), de Louis Courcelle; *Traité Elementaire de Législation Industrielle: le lois ouvrières* (1904), de Paul Pic; *Introduzione a infortuni sul lavoro* (1913), de Francesco Carnelutti.¹⁰

Com a Conferência de Berna sobre proteção do trabalhador contra riscos profissionais, em 1913, inicia-se uma nova fase para as relações trabalhistas, sobretudo no âmbito do direito internacional do trabalho. O marco da constitucionalização do direito do trabalho é fixado com a introdução da declaração de direitos sociais na Constituição Mexicana de 1917. Nesse mesmo ano estoura a Revolução Comunista na Rússia, que incorpora a *Declaração dos Direitos do Povo Operário e Explorado* e sua *Constituição* de 10 de julho de 1918.

O término da Primeira Grande Guerra é selado com a assinatura, em 11 de agosto de 1919, do Tratado de Versalhes, que tem seu capítulo XIII dedicado inteiramente às relações de trabalho, além de criar a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual passa a celebrar tratados multilaterais sobre as mais variadas matérias no campo trabalhista.

Com a derrota do sonho expansionista germânico em 1918, instala-se na Alemanha um sistema republicano social-democrata que publica, em 11 de agosto de 1919, a *Constituição de Weimar*, tida como a primeira grande constituição moderna do Ocidente. São introduzidas nessa constituição diversas normas de proteção ao trabalho, inclusive a determinação da criação de um direito operário comum e o dever do Estado de garantir a defesa e o aprimoramento das condições de trabalho (art. 159).

Durante a primeira metade do século XX, a doutrina e a legislação do trabalho continuam se ampliando. Em 1945, como resultado da vitória dos países aliados na Segunda Guerra Mundial, surge a Carta das Nações Unidas e, em 1948, a ONU aprova a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assimila diversos princípios anteriormente defendidos pela OIT. Aqui tem início a chamada segunda Revolução Industrial, caracterizada pela utilização da energia atômica e da cibernética.

10 O fac-símile completo das obras italianas referidas está disponível em: <<http://www.lex.unict.it>>. Acesso em: 30 nov. 2006.



A evolução da proteção ambiental seguiu mais ou menos o mesmo caminho, que podemos dividir em três períodos, seguindo a lição de Sá da Rocha. O primeiro período situa-se entre 1867, quando surgem os primeiros tratados bilaterais de proteção de recursos naturais especificados,¹¹ e 1945, ano de criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

O segundo período transcorre entre 1945 e 1972, ano de realização da Conferência Internacional da ONU em Estocolmo. Nessa Conferência, o Brasil recusou-se a acatar as normas ambientais então propostas, por entender que tal aceitação implicaria sérios entraves ao desenvolvimento do país e o enfraquecimento de sua soberania.

O *Bureau* Internacional do Trabalho – órgão que exerce o secretariado da OIT – publicou em 1954, em Genebra, o Código Internacional do Trabalho, cujo Livro V versa sobre higiene do trabalho, prevenção de acidentes e bem-estar dos trabalhadores.

Ao mesmo tempo, os povos europeus dão os primeiros passos para a formalização do antigo projeto de uma Europa unificada. O Tratado constitutivo da Comunidade Econômica Européia é firmado em 25 de março de 1957, na cidade de Roma. Em vários artigos, o Tratado de Roma abordava o problema do meio ambiente e da proteção ao trabalhador.

Em 1972 inicia-se o terceiro período de proteção ao ambiente, o qual se estende até a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992.¹²

Nos anos 1980, o Poder Legislativo brasileiro começa a demonstrar uma preocupação mais acentuada com o ambiente. Aprova a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 13 de agosto de 1981), a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que patenteia a ação civil pública como instrumento de proteção do meio ambiente, e embute no texto da nova Constituição, em 1988, o art. 225, que assegura a todos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Em 7 de fevereiro de 1992, a estrutura da Comunidade Econômica Européia (CEE) se converte na União Européia (UE), por força do

11 ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental do trabalho**: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 2002. p. 72.

12 *Ibid.*, p. 73.



Tratado de Maastricht. O artigo 117 desse Tratado determina aos Estados-membros que promovam “a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, a fim de conseguir sua equiparação pela via do progresso”.¹³ Ainda mais importante é o seu artigo 118-A-1, segundo o qual “os Estados-membros procurarão promover a melhoria particularmente do meio ambiente do trabalho, para proteger a seguridade e a saúde dos trabalhadores e fixarão como objetivo a harmonização, dentro do progresso, das condições existentes nesse âmbito”.¹⁴ Todo o Título XVI da Terceira Parte (“Políticas da Comunidade”) do mencionado Tratado destina-se a regulamentar a proteção do meio ambiente.¹⁵

A Conferência da ONU em 1992 foi realizada no Brasil e ficou conhecida como Rio-92. Trata-se, como visto, de um marco histórico para o direito ambiental, pois naquele evento foi aprovada a Agenda 21, um dos documentos fundamentais do movimento ecológico internacional. Foi ali também que se estruturou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e se lançou a expressão *desenvolvimento sustentável*.

O quarto período da proteção ao meio ambiente, agora em andamento, tem início com a Rio-92 e caracteriza-se como “uma fase de integração mundial, onde se reconhece que a temática ambiental não tem limitações de fronteiras geográficas”.¹⁶ Concomitantemente, o direito do trabalho tende cada vez mais a se afastar de instrumentos de proteção de caráter meramente individual, para buscar formas de prevenção que beneficiem não apenas cada trabalhador individualmente, mas toda a coletividade de pessoas envolvidas ou afetadas pelo processo de trabalho. Nesse panorama é que se destaca a evolução recente da disciplina conhecida como direito ambiental do trabalho, por uma espécie de simbiose entre o direito ambiental e o direito do trabalho.

13 GARCÍA, Ricardo Alonso. **Tratado de la Unión Europea**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 109.

14 *Ibid.*, p. 110.

15 *Ibid.*, p. 123-126.

16 ROCHA, *op. cit.*, p. 73.



2. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Meio ambiente de trabalho é o lugar onde se concretizam as relações de trabalho e onde, conseqüentemente, o ser humano desenvolve suas virtualidades, obtém os recursos necessários à sua sobrevivência e colabora para a criação da riqueza social e para a promoção do bem comum.

Os estudos modernos sobre meio ambiente do trabalho consideram, para a sua conceituação, uma gama enorme de fatores interligados, tais como o tipo de atividade desenvolvida pelo trabalhador, as condições físicas do local, as características físicas do trabalho, os níveis de desempenho e o grau de satisfação do operário, os riscos, a penosidade e a insalubridade das tarefas executadas, a qualidade dos relacionamentos e das comunicações internas no ambiente de trabalho, a produtividade individual e coletiva, as relações do grupo de trabalho com a sociedade (clientes, fornecedores, patrocinadores, fiscais de órgãos públicos, etc.).

O artigo 225 da Constituição Federal dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. O meio ambiente do trabalho representa uma parte do meio ambiente geral e, por isso, é assegurado ao trabalhador por norma constitucional o direito de desenvolver suas atividades laborais num ambiente ecologicamente equilibrado.

De fato, a Constituição contém várias normas garantidoras da saúde, do equilíbrio ambiental, da seguridade e da assistência social, tais como os arts. 170, VI, que trata da “defesa do meio ambiente”; 23, VI, que atribui aos poderes públicos o dever de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”; e 196, segundo o qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Nas últimas décadas, a OIT editou diversas convenções que tratam de matéria relativa ao meio ambiente do trabalho, dentre as quais as mais específicas são as Convenções n. 148/1977, que estabelece medidas destinadas a prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação atmosférica, ao ruído e às vibrações, n. 155/1981, que dispõe



sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e sobre meio ambiente do trabalho, e n. 161/1985, que fixa regras sobre os serviços de saúde do trabalho a serem instituídos pelo empregador.¹⁷

Há também Convenções da OIT que versam sobre doenças profissionais,¹⁸ acidentes de trabalho,¹⁹ fatores ambientais nocivos,²⁰ seguridade e assistência social,²¹ proteção contra o desemprego,²² proteção à mulher²³ e proteção ao menor.²⁴

Ocorre que a ecologia do trabalho, no sentido lato adotado neste estudo, não engloba apenas as normas que tratam diretamente da segurança, higiene e saúde no trabalho. A ecologia do trabalho compreende também os aspectos psíquicos e emocionais da relação mantida entre os sujeitos no ambiente de trabalho. Nesse sentido, qualquer norma tendente a garantir a boa qualidade das relações nesse ambiente tem natureza ecológica. A Convenção n. 105/1957, que abole o trabalho forçado, a n. 106/1957, que garante o descanso semanal, e a n. 171/1990, que estabelece restrições ao trabalho noturno, por exemplo, são normas de ecologia do trabalho, na medida que visam, em última análise, a garantir um meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal).

17 SÜSSEKIND, op. cit., p. 361.

18 Convenções n. 18/1925, 25/1927, 42/1934, 55/1936, 73/1946, 77/1946, 78/1946, 113/1959, 120/1964, 125/1966, 130/1969, 139/1974, 152/1979, 161/1985, 163/1987 e 164/1987.

19 Convenções n. 12/1921, 17/1925, 28/1929, 32/1932, 55/1936, 62/1937, 119/1963, 121/1964, 134/1970 e 174/1993.

20 Convenções n. 13/1921, sobre cerusia; 27/1929 e 127/1967, sobre peso de cargas; 68 e 69/1946, sobre alimentação; 75/1946, 92/1949 e 126/1966, sobre alojamento em embarcações; 115/1960, sobre radiação; n. 136/1971, sobre benzeno; 139/1974, sobre substâncias cancerígenas; n. 148/1977, sobre contaminação do ar, ruído e vibrações; n. 162/1986, sobre amianto; e n. 170/1990, sobre produtos químicos diversos.

21 Convenções n. 24/1927, 35/1933, 36/1933, 37/1933, 38/1933, 39/1933, 40/1933, 48/1935, 56/1936, 70/1946, 71/1946, 102/1952, 128/1967, 157/1982, 159/1983, 165/1987, 167/1988 e 176/1995.

22 Convenções n. 2/1919, 8/1920, 44/1934, 88/1948, 96/1949, 122/1964 e 168/1988.

23 Convenções n. 3/1919, 4/1919, 41/1934, 45/1935, 89/1948, 103/1952, 156/1981 e 183/2000.

24 Convenções n. 5/1919, 6/1919, 7/1920, 10/1921, 15/1921, 16/1921, 33/1932, 58/1936, 59/1937, 60/1937, 77/1946, 78/1946, 90/1948, 123/1965, 124/1965, 138/1973 e 182/1999.



Segundo o moderno conceito de ergonomia, é o trabalho que deve se adaptar ao homem e não o homem ao trabalho.²⁵ O humano tem necessidade de um certo número de horas de sono para o refazimento de suas energias somáticas; tem necessidade de certa dose de lazer e de meditação para repor suas forças psíquicas. O organismo humano convive bem com certas condições ambientais e com determinados produtos, mas adoece se exposto a outros. São essas condições normais de funcionamento equilibrado e saudável do organismo que devem servir de parâmetro para a definição das condições de trabalho, e não o contrário; não é o homem que deve modificar seu metabolismo para adaptar-se a condições adversas de trabalho.

Tanto isso é certo que a própria Organização Mundial da Saúde classifica os riscos ambientais do trabalho nos seguintes termos: a) *riscos mecânicos*: decorrentes do uso de máquinas, estruturas ou ferramentas perigosas ou inadequadamente protegidas; b) *riscos por agentes biológicos*: decorrentes da exposição a vírus, bactérias, parasitas, fungos, mofo e poeiras orgânicas; c) *riscos por fatores físicos*: decorrentes da exposição a níveis inadequados de ruído, vibração, radiação e condições microclimáticas; d) *riscos por fatores químicos*: decorrentes da exposição ou contato com produtos químicos prejudiciais à saúde, cuja relação da OMS inclui mais de cem mil itens; e) *riscos por fatores ergonômicos*: decorrentes da sujeição a condições ergonomicamente pobres ou ao transporte de cargas excessivamente pesadas; f) *riscos psíquicos*: decorrentes do *stress* psicológico e do tratamento indigno.²⁶

3. PROTEÇÃO LEGAL DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Nas últimas décadas vêm se aperfeiçoando os mecanismos de proteção da vida e da saúde do trabalhador, em três setores distintos: no campo tecnológico, com o desenvolvimento de recursos capazes de reduzir drasticamente ou até mesmo eliminar a insalubridade, a periculosidade e a penosidade do ambiente do trabalho; no campo jurídico,

25 FONSECA, Vicente José Malheiros da. Meio ambiente do trabalho (proteção jurídica, legitimidade para as ações e competência da Justiça do Trabalho). **Revista do TRT da 8ª Região**, Belém, PA, v. 33, n. 65, jul./dez. 2000. p. 68.

26 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2000. p. 102-103.



com a promulgação de novas legislações, algumas inovadoras; e no campo das técnicas de administração, com a implementação de programas de incentivo à melhoria da qualidade de vida no trabalho.

Houve, de fato, uma evolução nas formas de tutela do meio ambiente do trabalho, que permite identificar três fases distintas, cada uma delas correspondendo a um padrão básico e atendendo a um diferente paradigma. Pode-se classificar esses três paradigmas preventivos da seguinte maneira: a) *paradigma tradicional*, cujo modelo de proteção privilegia medidas de segurança e o emprego de equipamentos de proteção individual; b) *paradigma de transição*, cujo modelo implementa tutelas preventivas elementares; c) *paradigma emergente*, que incorpora de forma mais decisiva a tutela preventiva e produz normas estatais que abordam o meio ambiente do trabalho como um todo.²⁷

Essa classificação se baseia na distinção entre medidas protetivas individuais e medidas protetivas coletivas, que podem ser assim caracterizadas:

enquanto a medida protetiva individual busca a neutralização de agentes agressivos, a medida protetiva coletiva exige a substituição e proibição de agentes agressivos;

enquanto a medida protetiva individual se efetiva por meio da compensação ou reparação do dano à saúde, a coletiva se baseia na prevenção;

enquanto a primeira defende a adaptação do trabalhador ao trabalho, a segunda propugna pela adaptação do trabalho ao trabalhador;

enquanto o paradigma protetivo individual se apóia no “modelo higiene e segurança”, dirigido apenas ao trabalhador, o paradigma coletivo prefere o “modelo integral do meio ambiente do trabalho e saúde coletiva”, que almeja o trabalhador e também a comunidade;

enfim, enquanto a medida protetiva individual estrutura-se em forma de sistemas centralizados de gestão, a medida protetiva coletiva adota sistemas pós-industriais de co-gestão e co-participação dos trabalhadores.²⁸

Feita essa distinção, torna-se clara a diferença entre os três para-

27 ROCHA, op. cit., p. 149.

28 Ibid., p. 151.



digmas protetivos. O *paradigma protetivo tradicional* se caracteriza pela adoção de medidas de segurança e sistemas de proteção destinados a reduzir ou eliminar o risco nas atividades perigosas, insalubres ou penosas. Baseia-se ele em medidas de proteção individual, que se exteriorizam pelo uso de equipamentos próprios — os chamados EPI —, tais como luvas, botas, óculos de segurança, avental, máscara, protetor auricular, capacete, etc.

No sistema protetivo tradicional, é necessário manter na empresa serviços de treinamento e de fiscalização, a fim de ensinar aos trabalhadores como utilizar os equipamentos e de controlar a sua efetiva utilização. Outra característica inerente ao sistema tradicional consiste na existência de compensação pecuniária pelo trabalho em ambiente perigoso, insalubre ou penoso. Essa compensação pode ser *ex ante* — adicionais pagos com o salário — ou *ex post* — auxílios e indenização por acidente ou doença contraída no trabalho.²⁹

O problema do modelo tradicional é que, se não houver uma fiscalização eficaz e o efetivo cumprimento das normas de higiene e segurança, estas se tornam meros programas formais que não se concretizam na vida real.

Enquadram-se nesse modelo Portugal, Argentina, México, China e Estados Unidos.³⁰

O *paradigma protetivo de transição* diz respeito àquele momento no qual ainda não foram superados os métodos tradicionais de proteção individual, mas já se vislumbram alguns instrumentos de caráter preventivo. Os métodos tradicionais individuais, nesse caso, convivem com um sistema incipiente de prevenção coletiva.

Estão nessa situação a Alemanha, Espanha, França, Holanda, Inglaterra, Itália e Japão.³¹ O Brasil pode ser incluído neste paradigma.

Por fim, o *paradigma preventivo emergente*, vigorante nos países escandinavos,³² se caracteriza por tomar em conta não as condições de trabalho de maneira isolada, mas o meio ambiente do trabalho em seu

29 Ibid., p. 153.

30 Ibid., p. 154-182.

31 Ibid., p. 183-226.

32 Ibid., p. 228-240.



sentido amplo, que inclui o bem-estar físico, mental e social de todos os seres humanos envolvidos ou afetados pelo trabalho.

Segundo este modelo, o uso de equipamentos individuais só deve ser adotado se não houver nenhuma outra medida de caráter coletivo que possa ser tomada no sentido de eliminar-se o fator causal do risco, insalubridade ou penosidade.

Encontramos um exemplo pioneiro de adoção do paradigma preventivo ainda no início do século XIX:³³ na tarefa de retorcer a madeira para a fabricação de cadeiras costumava-se utilizar substâncias químicas insalubres — as chamadas *colas*. Em vez de adotar o uso de máscaras para reduzir os malefícios do contato com a cola — conforme orientava o paradigma tradicional —, o estilista prussiano Michael Thonet decidiu, naquela época, substituir a cola por vapor d'água. Com isso, eliminou-se o fator insalubre e dispensou-se o uso da máscara.

O modelo preventivo emergente manda, portanto, eliminar os fatores prejudiciais à saúde física e mental: motores ruidosos devem ser enterrados, equipamentos elétricos devem ser desligados no momento da manutenção e assim por diante.

A preocupação, como se vê, está na preservação do equilíbrio ecológico do meio ambiente do trabalho, com repercussão positiva não apenas para os trabalhadores, mas para toda a comunidade atingida por aquele núcleo de trabalho. Tal equilíbrio ecológico supõe a participação de profissionais de relações humanas, psicólogos, fisioterapeutas, cuja função é promover, por meio de atividades individuais e grupais, um alto grau de satisfação pessoal e de harmonia no ambiente de trabalho.

4. A MOTIVAÇÃO NO TRABALHO

A motivação do trabalhador tornou-se foco de atenção no mundo capitalista a partir do momento em que se constatou que ela incrementa a produtividade e o lucro. A preocupação com os efeitos da motivação positiva do trabalhador adquiriu caráter científico a partir do surgimento da escola das relações humanas, na década de 1920, quando Elton Mayo,

33 MASI, Domenico de (Org.). **A emoção e a regra**: os grupos criativos na Europa de 1850 a 1950. Tradução de Elia Ferreira Edel. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1997. p. 26.



antropólogo australiano radicado em Harvard, a partir de pesquisas empreendidas na fábrica Western Electric Company, em Hawthorne, Chicago (EUA), demonstrou a relação entre as condições físicas e psicológicas de trabalho e a produtividade. Na verdade, a escola das relações humanas despontou como uma reação às teorias individualistas de Henri Fayol e de Frederick Taylor, que haviam se convertido em técnicas sociais de dominação, na medida em que se tornaram impessoais e passaram a submeter o trabalhador a uma vida marcada pela rotina, pela falta de criatividade e de reflexão e pela competição destrutiva.

A partir das surpreendentes conclusões extraídas do projeto Hawthorne, Mayo formulou três princípios essenciais da administração: a) o reconhecimento e a aprovação social influenciam mais na motivação do trabalhador do que o incentivo econômico; b) quanto maior a integração do grupo de trabalho, maior a produtividade; c) a capacidade fundamental do administrador é saber compreender as pessoas.

Mayo e seus seguidores observaram que a qualidade dos relacionamentos — tanto verticais como horizontais — entre os integrantes do grupo de trabalho condiciona a motivação e, dessa forma, afeta o desempenho do grupo, a produtividade e a qualidade do produto final. Daí deriva o conceito de organização informal.

Um novo salto teórico ocorre na década de 1950, com o advento da escola comportamentalista, liderada pelos psicólogos norte-americanos Abraham Maslow, Douglas McGregor e Frederick Herzberg.

Maslow tenta compreender quais são os fatores que levam uma pessoa a querer trabalhar e conclui que a motivação para o trabalho está relacionada a cinco espécies de necessidade: *necessidades fisiológicas* (alimento, água, oxigênio, sexo, excreção e descanso); *necessidade de segurança* (fuga de situações fisicamente desagradáveis); *necessidade de aceitação* (relacionamento satisfatório com o outro); *necessidade de status* (identidade e posição social no grupo, que supõe um conjunto de obrigações, direitos e privilégios); *necessidade de auto-realização* (desenvolvimento das próprias potencialidades individuais).³⁴ Assim, o administrador de um grupo de trabalhadores deve saber implementar uma estrutura organizacional tal que permita a cada membro do grupo desenvolver

34 SMITH, Henry Clay. **Psicologia do comportamento na indústria**. Tradução de Odílio Onófrío. São Paulo: Atlas, 1972. p. 39-41.

suas habilidades e experimentar o crescimento pessoal.

A questão da motivação no trabalho — que Félix Guattari relaciona à *ecologia mental*³⁵ — envolve elementos altamente subjetivos, ligados tanto aos desejos, sonhos e projetos, quanto aos traumas e complexos do indivíduo. É por isso que as novas teorias de psicologia da administração recomendam que se conheça e se estimule, de um lado, o potencial criativo do indivíduo e, de outro, a sua capacidade de inter-relacionar-se positivamente com o grupo, de modo a promover-se o equilíbrio e a harmonia no ambiente de trabalho.

As organizações tomaram consciência da necessidade de criar um ambiente de trabalho motivador, capaz de proporcionar a cada trabalhador e ao grupo os melhores níveis possíveis de satisfação e realização. O simples reconhecimento dos talentos pessoais do sujeito constitui um poderoso fator de motivação que, contudo, apesar de normalmente não implicar custo nenhum, ainda não é utilizado por grande parte dos administradores.

O psiquiatra Christophe Dejours afirma que “há os indolentes e os desonestos, mas, em sua maioria, os que trabalham se esforçam por fazer o melhor, pondo nisso muita energia, paixão e investimento pessoal. É justo que essa contribuição seja reconhecida. Quando ela não é, quando passa despercebida em meio à indiferença geral ou é negada pelos outros, isso acarreta um sofrimento que é muito perigoso para a saúde mental”.³⁶ O *reconhecimento*, portanto, é um fator decisivo para a mobilização subjetiva da inteligência e da personalidade do trabalhador.

As aspirações fundamentais do trabalhador médio são as seguintes: realizar suas tarefas com a maior perfeição possível, criar e manter um meio ambiente de trabalho saudável e receber em troca a contraprestação pelo seu trabalho, que se expressa por elementos materiais (remuneração, benefícios, prêmios, etc.) e imateriais (reconhecimento, estímulo à sua criatividade, tratamento cortês e respeitoso, etc.).

Uma pesquisa sociológica dirigida por S. R. Parker, professor e diretor do Serviço Governamental de Pesquisas Sociais de Londres,³⁷

35 GUATTARI, op. cit., p. 32.

36 DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001. p. 34.

37 PARKER, S. R. et alii. **Sociologia da indústria**. Tradução de Sônia Fernandes Schartz. 3. tir. São Paulo: Atlas, 1976. p. 182.

revelou que os níveis de satisfação do trabalhador crescem quando: a) o serviço por ele realizado envolve a conclusão de um projeto inteiro e não de apenas uma parcela do projeto; b) o trabalhador controla até certo ponto o andamento e os métodos de seu trabalho; c) ele realiza uma variedade maior de tarefas; d) existe camaradagem e boa interação no grupo de trabalho; e) o trabalhador tem autonomia, ou seja, certa liberdade para tomar decisões e assumir responsabilidades; f) o trabalho por ele realizado consegue atingir um bom nível de qualidade; g) ele está sujeito a liderança e supervisão brandas (não ostensivas e não atemorizantes); h) sua chefia o consulta antecipadamente sobre mudanças nos processos de trabalho; i) o serviço envolve contato com o público; j) o trabalhador sente segurança em seu posto.

A sociedade pós-industrial do século XX assinala a ampliação do setor terciário, que se caracteriza pelo consumo de serviços em geral (comunicação, comércio, finanças, saúde, lazer, etc.). O enfoque se desloca do binômio produção-gerenciamento para o binômio consumo-informação.

Nessa espécie de sociedade, a criatividade se firma cada vez mais como condição fundamental de sobrevivência. O espírito criativo, por sua vez, depende de liberdade. Ocorre que a burocracia, padronizadora, oprime e sufoca a criatividade. No mercado altamente complexo e competitivo da sociedade pós-industrial, o grupo de trabalho que não for criativo e dinâmico logo se tornará obsoleto e ineficaz. Daí a necessidade que as organizações sentem atualmente de valorizar o lazer e a satisfação pessoal de seus trabalhadores como meio de estimular a criatividade e o dinamismo.

CONCLUSÃO

O trabalho, o estudo e a vida familiar e social devem se entrelaçar e se potencializar reciprocamente, de modo a conduzir a um nível adequado de bem-estar e de eficácia. De Masi³⁸ vê o desemprego tecnológico como uma fase de transição que conduzirá à libertação do trabalho como atividade penosa. Em outras palavras, as atividades lúdicas e o lazer têm

38 MASI, Domenico de. **Desenvolvimento sem trabalho**. Tradução de Eugênia Deheinzeln. São Paulo: Esfera, 1999. p. 52.



uma função ecológica fundamental no contexto das relações de trabalho. O equilíbrio somático do homem depende da distribuição equilibrada de suas atividades ao longo das 24 horas do dia. O organismo humano precisa de certa quantidade de horas de atividade física, intelectual, de lazer, de meditação e de sono restaurador.³⁹

Ademais, o trabalho deve se enquadrar a determinadas condições não só para preservar a vida e a saúde dos trabalhadores e da comunidade, mas também para assegurar o equilíbrio ecológico do meio ambiente, no qual está inserido o meio ambiente do trabalho. O artigo 225 da Constituição Federal dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. O meio ambiente do trabalho representa uma parte do meio ambiente geral e, por isso, está assegurado constitucionalmente ao trabalhador o direito de desenvolver suas atividades laborais num ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao definir ambiente ecologicamente equilibrado como aquele que contribui para a “sadia qualidade de vida”, a Constituição segue a orientação do art. 3º da Convenção n. 155/1981 da OIT, segundo o qual “o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”.⁴⁰

A ecologia do trabalho, portanto, inclui os aspectos psíquicos, emocionais e comportamentais das relações entre os sujeitos no ambiente de trabalho. É por isso que ela não pode se restringir ao estudo das condições físicas verificadas no ambiente de trabalho, mas tem de estender o olhar para horizontes mais amplos.

39 COBRA, op. cit., p. 36.

40 SÜSSEKIND, op. cit., p. 361.







CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO E A NATUREZA JURÍDICA DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE

Andreas Eisele

Promotor de Justiça da Comarca de Tijucas - SC

SUMÁRIO: 1 - A origem histórica do instituto 2 - A definição do conteúdo e da natureza jurídica do instituto 3 - A classificação do instituto no conceito analítico de crime 3.1 - A punibilidade como elemento do tipo 3.2 - A punibilidade como aspecto adicional ao tipo 3.2.1 - A derivação à antijuridicidade concreta 3.3 - A punibilidade como elemento autônomo do conceito analítico de delito 3.4 - A punibilidade como aspecto adicional à culpabilidade 4 - A classificação do instituto no âmbito processual 5 - Síntese conceitual e proposta classificatória 6 - A confusão decorrente da indefinição do conteúdo e da natureza jurídica do instituto 6.1 - As abordagens anteriores à formulação do conceito analítico moderno de delito 6.2 - A inversão dos efeitos das condições objetivas de punibilidade 7 - A diferença entre as condições objetivas de punibilidade e as condições de procedibilidade para a propositura de ação penal

1 - A ORIGEM HISTÓRICA DO INSTITUTO

A origem do instituto atualmente conhecido como “condição objetiva de punibilidade” é identificada na classificação elaborada por Binding, dos aspectos cuja implementação eram considerados como

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 4, n. 10, set./dez. 2006 – Florianópolis – pp 87 a 132



uma condição necessária para configurar o “Direito Penal Subjetivo” e o “Direito de Persecução Processual Penal”.¹

No entanto, para compreender a concepção de Binding, é necessário ter consciência de que esse autor considerava o poder de intervenção punitiva estatal (atualmente denominado “punibilidade”) como um direito subjetivo, eis que seu sistema jurídico foi formulado com base no instrumental teórico elaborado pelos pensadores influenciados pelo paradigma político liberal de base contratual.

Não obstante, Binding enfocava a relação entre o Estado e os sujeitos destinatários das normas de conduta criminais por uma perspectiva de subordinação destes àquele (na qual os sujeitos tinham o dever de obediência às normas estatais),² de modo que o delito era concebido como um fato cuja consequência jurídica era o nascimento de uma relação jurídica de configuração similar às obrigações civis, em que o Estado adquiria o “direito” subjetivo de aplicar a pena, e o sujeito responsável pelo delito passava a ter a “obrigação” pessoal de se sujeitar à sua incidência (devido a uma transformação ocorrida na relação originária).

Nesse contexto, as condições para o surgimento de tal “direito subjetivo” eram a ocorrência do fato delitivo e a implementação de diversos outros aspectos, de conteúdo criminal ou processual. Portanto, tratava-se de elementos constitutivos da situação necessária e suficiente para a configuração e incidência do poder de intervenção penal do Estado. Ou seja, os aspectos denominados “condições” não eram somente concebidos como “requisitos” para a intervenção estatal (embora também se configurassem dessa forma, devido ao princípio da reserva legal), mas, principalmente, como elementos constituintes de tal possibilidade. Portanto, a “condição” era considerada como um aspecto componente da situação da qual decorreria a implementação do “Direito Penal Subjetivo”.

Como consequência lógica de tal sistema teórico, até o efetivo implemento dos aspectos correspondentes às aludidas condições, não se configurava qualquer existência ou possibilidade de exercício de poder

1 BINDING, Karl. *Compendio di Diritto Penale*. 8. ed. alemã. (trad. BORETTINI, Adelmo) Roma: Athenaeum, 1928, p. 162.

2 BINDING, Karl. op. cit., p. 394-395.

interventivo de conteúdo penal por parte do Estado, porque esse poder era concebido como uma conseqüência jurídica decorrente da completa realização de tais elementos (além de outros).^{3a}

Porém, Binding não sistematizou as referidas “condições”, nem as definiu conceitualmente, motivo pelo qual vários institutos de configurações diversas (e elementos constitutivos de tais institutos) foram agrupados em seu contexto, tais como os aspectos componentes da categoria atualmente conhecida como “fato típico e antijurídico” (ou ilícito criminal – e seus elementos constitutivos), algumas “condições de procedibilidade para a propositura da ação penal respectiva”, e as “condições objetivas de punibilidade” (propriamente ditas).

Devido a essa falta de definição e sistematização das condições objetivas de punibilidade, Kaufmann (que também utiliza a denominação “qualificantes objetivas” para designá-las), elaborou uma crítica direta à especificação do instituto, afirmando que a única coisa que as diversas espécies de condições de punibilidade possuem em comum é a indefinição de sua especificação e, conseqüentemente, a impossibilidade de sua classificação. Em decorrência disso, após afirmar que não há qualquer estrutura específica que identifique as diversas hipóteses agrupadas na classificação elaborada por Binding, concluiu que não existe um denominador comum que caracterize o instituto.⁴

De fato, essa crítica é pragmaticamente adequada (embora em um âmbito relativo), devido à forma de tratamento que diversos teóricos (além de Binding) conferem ao instituto, pois o emprego da denominação “condição objetiva de punibilidade” para designar objetos diversos entre si instituiu expressiva ambigüidade, que tornou o conceito do instituto extremamente vago, sendo necessária uma demarcação semântica precisa para sua abordagem científica.

Não obstante, essa definição significativa pode ser realizada a partir da especificação do objeto, mediante a identificação das características

-
- 3 Um aspecto importante a ser considerado na compreensão da teoria formulada por Binding é o fato de que, até então, ainda não havia sido elaborado o sistema de Beling, aperfeiçoado posteriormente por Liszt, em decorrência do qual o conceito analítico de crime passou a ser concebido (no âmbito do senso comum teórico) como fato típico, antijurídico, culpável e punível.
 - 4 KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*. (trad. BACIGALUPO: Enrique; GARZÓN VALDÉS, Ernesto) Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 286-287.

das hipóteses que correspondam a outros institutos, e dissociação de sua classificação, para, posteriormente, ser elaborado um conceito unívoco, correspondente às características das hipóteses classificadas no âmbito do senso comum teórico como “condições objetivas de punibilidade” (que não são classificáveis em outros institutos, devido à sua diversidade essencial), que identifique o objeto de forma individualizada e específica. Essa definição será um dos objetivos do presente trabalho.

2 - A DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO E DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Não obstante a confusão existente no âmbito do senso comum teórico, referente à definição dos elementos essenciais do conceito do instituto denominado como condições objetivas de punibilidade, é possível elaborar uma classificação, a partir da análise da configuração das características das hipóteses agrupadas na referida categoria, que dissocie algumas espécies entre si.

A identificação dos aspectos particularmente distintivos de cada hipótese viabiliza a elaboração de uma reclassificação que compatibilize os institutos correspondentes com os elementos constitutivos do conceito analítico de delito atualmente utilizado no âmbito da ciência jurídica, ou seja, fato típico, antijurídico e culpável.^{5b}

Dentre os diversos aspectos classificados pelos teóricos do Direito Criminal como “condições objetivas de punibilidade” podem ser relacionados os seguintes:^{6c}

- 1) o uso de armas por integrantes de uma quadrilha ou bando, nos termos do art. 288 do CP (Tavares);⁷
- 2) os eventos morte ou lesão corporal, relacionados com a conduta

5 ^b Tal classificação não é alterada pela inclusão, ou não, do elemento “punível”, na definição.

6 ^c Devido à diversidade dos sistemas jurídicos considerados por cada autor para a indicação dos exemplos, somente serão relacionados aqueles apresentados por autores nacionais, de modo a facilitar a abordagem.

7 TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 248.

configuradora do crime de rixa, definido no art. 137 do CP (Tavares);⁸

3) a sentença que declarar (ou constituir) a falência, em relação aos crimes definidos no Dec.-lei n° 7.661/45, cujos fatos típicos correspondentes ocorrerem após a quebra (Tavares),⁹ motivo pelo qual são denominados como “pós-falimentares”;^{10d}

4) a ocorrência de prejuízo econômico (dano), decorrente da introdução ou manutenção (abandono) de animais em propriedade imobiliária alheia, sem permissão ou consentimento de quem tenha poder para concedê-la, nos termos definidos no art. 164 do CP (Dotti);¹¹

5) a ocorrência de perigo efetivo (concreto) à vida, integridade física ou patrimônio de outrem, nos crimes de perigo comum, definidos nos arts. 250 a 259 do CP (Dotti);¹²

6) as características de ser o fato punível também no país em que foi praticado, e estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição, em relação aos crimes cometidos no estrangeiro: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro, ou c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados, nos termos do disposto no art. 7º, § 2º, *b e c*, do CP (Damásio);¹³

7) o trânsito em julgado da sentença que anular o casamento, devido ao reconhecimento de erro ou impedimento, em relação ao crime definido no art. 236 do CP, consistente em “contrair casamento, induzindo a erro essencial o outro cônjuge, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior” (Noronha);¹⁴

8 TAVARES, Juarez. op. cit., p. 248.

9 TAVARES, Juarez. op. cit., p. 251.

10 ^d Embora o Dec.-lei n° 7.661/45 tenha sido revogado pela Lei n° 11.101/05, que alterou a configuração dos dispositivos que veiculam os tipos penais referentes aos crimes falimentares, no presente texto serão mantidas as alusões à legislação revogada, por ter sido esta o objeto de análise dos autores que apresentaram os exemplos analisados.

11 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 670.

12 DOTTI, René Ariel. op. cit., p. 670.

13 JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Parte geral. vol. I. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 675/676.

14 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. vol. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva,

8) a sentença que declarar (ou constituir) a falência, em relação aos crimes definidos no art. 186 do Dec.-lei n° 7.661/45 (Cirino dos Santos,¹⁵ Tavares¹⁶ e Dotti¹⁷), conhecidos como crimes “pré-falimentares”;

9) os eventos lesão corporal ou morte, relacionados com a conduta configuradora de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, definida no art. 122 do CP (Cirino dos Santos¹⁸ e Tavares¹⁹).

A análise do conteúdo dessa relação (que é meramente exemplificativa) evidencia a diversidade de configuração das hipóteses elencadas, confirmando a pertinência da crítica de Kaufmann. Porém, tal diversidade decorre da falta de prévia conceituação do instituto “condições objetivas de punibilidade”, com a definição de seus elementos característicos e de sua sistematização nas categorias que compõem o conceito analítico de delito.

Para superar tal imprecisão teórica, podem ser adotados dois métodos, quais sejam:

a) a formulação do conceito do instituto e a posterior classificação das hipóteses que correspondam ao conceito, ou b) a dissociação das diversas categorias de situações, com a classificação de cada qual em institutos cujo conceito é admitido no âmbito do senso comum teórico e, após o isolamento das hipóteses que não correspondam a qualquer desses institutos, identificar seus particulares elementos característicos e aferir a correspondência entre estes e o conteúdo fundamental dos conceitos apresentados pela ciência jurídica, para a elaboração de um conceito sintético.

Na presente abordagem será adotado este segundo método, devido à sua adequação para a seleção de critérios que viabilizem a identificação dos elementos constitutivos do conceito do instituto.

As hipóteses anteriormente relacionadas podem ser classificadas

1991, p. 104.

15 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 272.

16 TAVARES, Juarez. op. cit., p. 244.

17 DOTTI, René Ariel. op. cit., p. 670.

18 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. op. cit., p. 272.

19 TAVARES, Juarez. op. cit., p. 244.



em três grupos distintos, da seguinte forma:

I) o primeiro grupo de “condições” se caracteriza por a situação objetiva indicada estar contida na hipótese típica formalmente definida no dispositivo legal correspondente. Nesse caso, os aspectos fáticos considerados compõem o conteúdo objetivo da hipótese típica (também denominado conteúdo material do tipo), sendo classificados como elementos do tipo, em decorrência do que sua não-implementação na situação fática implica a atipicidade do fato ou sua classificação em modalidade delitiva diversa.

Além disso, considerando-se o sistema de imputação subjetiva formulado em face do referencial da culpabilidade, para a definição da responsabilidade do sujeito em relação à característica, situação ou evento, que configura a referida “condição”, é considerada a correspondência entre o conteúdo psíquico do comportamento do sujeito e a hipótese típica, ou seja, o instituto denominado como dolo.

Dessa forma, tais aspectos (denominados como “condições objetivas de punibilidade”) são elementos do tipo cuja implementação configurará o fato típico, o qual, juntamente com a antijuridicidade, comporá o ilícito criminal, que é o primeiro elemento do conceito analítico de crime.

Dentre as hipóteses que têm tal configuração encontram-se as descritas nos itens nº 1 a 5, dentre as antes relacionadas.

1) o uso de arma por integrante de uma quadrilha (ou bando) é um modo de realização da conduta caracterizado pelo instrumento utilizado na sua execução. Tal forma de realização do comportamento caracteriza objetivamente o fato, de modo a corresponder à hipótese típica específica.

Por se tratar de um elemento do tipo, a causa de aumento de pena decorrente do uso de tal instrumento somente incidirá em relação aos sujeitos que tivessem conhecimento de tal aspecto do fato, conforme dispõe a norma veiculada pela parte final do texto do art 29, *caput*, do CP, pois a culpabilidade de cada integrante do grupo é individualmente aferida para a aplicação da pena.

2) os eventos morte ou lesão corporal, relativos a alguma pessoa afetada em decorrência da violência característica do comportamento configurador da situação denominada como rixa, são fatos (designados



no âmbito do senso comum pelo termo “resultado”) cuja implementação acarreta a configuração típica da forma qualificada do delito.

Por se tratar de elemento do tipo qualificado, se tal situação fática não se implementar, implicará a classificação do fato na modalidade fundamental (simples).

3) nos crimes pós-falimentares, se não estiver previamente constituído o estado falimentar estabelecido pela sentença judicial, as condutas descritas nos tipos correspondentes não podem configurar-se de forma completa, pois não serão implementadas em relação a uma situação “falimentar” formalmente constituída.

Portanto, trata-se de um elemento objetivo do tipo cuja ocorrência é um pressuposto à possibilidade de classificação da conduta como típica (como, por exemplo: o casamento, em relação ao crime de bigamia), conforme os termos da categoria definida por Manzini²⁰ e adotada por Fragoso^{21, 22e}

4) o dano decorrente da invasão de propriedade alheia por animais é o elemento que indica o evento (resultado) necessário para a consumação do crime material correspondente, motivo pelo qual sua inoccorrência implica a não-configuração do elemento fundamental que constitui a situação correspondente à hipótese típica.

5) a implementação do perigo efetivo de afetação do objeto material que representa o bem jurídico tutelado nas modalidades delitivas classificadas como “crimes de perigo comum” é elementar de todos os tipos correspondentes aos respectivos crimes, pois é exatamente a con-

20 MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di Diritto Penale Italiano*. vol. I. 4. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, s/data, p. 601/603.

21 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. 1. parte. In **Revista dos Tribunais**. vol. 738. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 741/744.

22 ^e Devido a essa configuração da hipótese, o fato de o art. 180 da Lei nº 11.101/05 não distinguir entre os efeitos da sentença que decretar a falência ou conceder recuperação (judicial ou extrajudicial), em relação aos fatos realizados antes ou após tal ato judicial, não implica que a sentença configurará, em todas as hipóteses, condição objetiva de punibilidade (eis que não é a denominação legal que acarreta a natureza jurídica do instituto, mas sua configuração essencial), pois, em relação aos fatos realizados após a sentença, esta constitui um pressuposto à implementação da conduta típica (o que acarreta efeitos no âmbito da tipicidade do fato e na aferição da culpabilidade, em sua configuração de conteúdo subjetivo).



figuração da potencial implementação do dano ao interesse protegido, que constitui o efeito da conduta caracterizador da hipótese típica.

Portanto, tais exemplos não indicam a ocorrência de uma característica específica das hipóteses correspondentes, que implique a adequação de sua classificação em um instituto diverso do elemento do crime denominado como fato típico. Ou seja, a composição do modo de execução, dos pressupostos fáticos à configuração da tipicidade e dos elementos objetivos do tipo indicados nessas 5 situações (apontadas por alguns autores, no âmbito da ciência jurídica), não possuem qualquer característica peculiar que as dissocie da constituição da hipótese que caracteriza o aspecto material do tipo. Portanto, além de configurarem aspectos característicos de institutos com conceitos determinados, que integram o tipo criminal, não possuem, além dessa característica (o fato de comporem a hipótese típica), qualquer outra que justifique sua classificação em categoria diversa e independente.

II) a característica do segundo grupo de “condições”, elencadas no item nº 6 da relação anteriormente apresentada, consiste em não ter como conteúdo nenhuma situação fática específica (incluída ou não na hipótese típica), mas abranger hipóteses configuradoras de matéria de regulamentações jurídicas. Ou seja, a implementação ou não das referidas “condições” não decore da realização de situações de fato, mas do conteúdo normativo da legislação, cuja regulamentação corresponde à matéria componente do ordenamento jurídico.

6) os requisitos para a incidência da intervenção penal em relação a crime praticado no estrangeiro assinalam a relevância do fato no contexto do sistema penal nacional. Porém, diversamente das demais hipóteses, tal relevância não decorre da implementação de uma situação fática, mas é instituída mediante a regulamentação jurídica da hipótese. Ou seja, trata-se da definição jurídica da hipótese de incidência das consequências jurídicas em relação ao fato ocorrido no estrangeiro, abstratamente considerado, pois, na hipótese, o que é aferido é a existência, ou não, de regulamentação jurídica nacional que disponha sobre a hipótese fática, abstratamente considerada, o que, em síntese, corresponde à abrangência do princípio da legalidade e seu âmbito de eficácia normativa.

Nesse caso, não é considerada a relevância da relação da situação específica com o interesse tutelado, mas a relevância da hipótese em relação ao ordenamento jurídico nacional. Portanto, os requisitos para



a implementação da relevância de fatos ocorridos no estrangeiro, no contexto do sistema penal brasileiro, são definidos em face da configuração do conteúdo de ambos os ordenamentos jurídicos, consistindo um aspecto definitório do âmbito da intervenção estatal, como o são todos os demais elementos normativos que dispõem sobre a constituição da hipótese de incidência da norma penal.

III) a característica das situações integrantes do terceiro grupo de “condições” (as indicadas nos itens nº 7 a 9 da relação anteriormente apresentada), consiste no fato de as hipóteses correspondentes não serem constitutivas do fato típico em sua configuração formal, por não comporem a hipótese descrita no texto legal que veicula a definição do tipo. Além disso, o efeito da implementação de referidas situações fáticas consiste na configuração da relevância social daquele fato (típico), de modo a fundamentar a intervenção estatal mediante a aplicação de uma pena.

Há, portanto, uma dissociação (independência) entre a completa configuração formal do fato típico e a implementação da situação classificada como condição objetiva de punibilidade, pois esta, além de não integrar aquela configuração, somente afeta a relevância cultural (no âmbito ético-social) do fato, e não sua constituição, no que se refere à sua estrutura elementar.

Por esse motivo, a implementação da situação fática indicada não é imputável, objetiva ou subjetivamente, ao sujeito que realizar a conduta, em decorrência do que não se afere qualquer relação de causalidade entre a conduta e o fato configurador da condição objetiva de punibilidade, ou eventual vínculo psicológico (classificável como doloso) entre a projeção subjetiva da conduta e a objetiva realização de tal situação fática.

Essa relação é coerente com a regulamentação veiculada pelo dispositivo do art. 44 do Código Penal Italiano, que possui o seguinte conteúdo: “quando, para a punibilidade do crime, a lei exige a ocorrência de uma condição, o sujeito é responsável pelo crime, mesmo se o evento, do qual depende a ocorrência da condição, não é por ele querido” (trad. do autor).

Nesses casos, a ocorrência do fato típico é um antecedente lógico à implementação da situação configuradora da condição objetiva de punibilidade, a qual não o integra, motivo pelo qual não é relevante a



elaboração do juízo de culpabilidade para estabelecer a responsabilidade do sujeito em relação à sua realização.

A implementação da situação correspondente à hipótese tem como consequência jurídica a configuração da relevância política do fato típico, em decorrência da qual se constitui, de forma concreta (e específica), o poder interventivo estatal, para a aplicação da pena correspondente ao sujeito.

7) no crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, o bem jurídico tutelado pela norma é o casamento. Portanto, embora realizada a conduta instrumental fraudulenta e implementado o evento (realização do casamento), de modo a constituir de forma completa o fato típico em sua configuração formal, tal casamento somente será afetado se, em decorrência de tais motivos, vier a ser anulado.

Nesse caso, a realização da conduta fraudulenta e a implementação do evento (resultado) não são suficientes para configurar a afetação objetiva do interesse protegido pela norma (bem jurídico), o qual somente será lesionado em decorrência de situação posterior, não integrante do fato típico, qual seja, a anulação do casamento.

Dessa forma, a lesão ao bem jurídico não se implementa devido à concretização do fato típico, mas decorre da realização de situação objetiva cuja ocorrência concreta é independente deste. Ou seja, embora o fato seja formalmente típico, não é criminalmente relevante se não ocorrer a afetação do bem jurídico.

Portanto, a ocorrência da condição objetiva de punibilidade implementa a relevância do fato típico, instituindo (como consequência) o poder punitivo estatal que, até então, não havia se configurado.

O fato de a fórmula proposicional mediante a qual o preceito legal que institui a referida condição objetiva de punibilidade indicar a possibilidade de propositura de ação penal e não a constituição do poder interventivo estatal (punibilidade), como a consequência jurídica da implementação da situação de fato, não implica a definição de sua natureza jurídica como condição de procedibilidade, essas condições são estabelecidas devido a opções políticas em decorrência das quais se defere ao interessado (titular do bem jurídico afetado ou seu representante) o poder discricionário de propor, ou não, a ação (sem alterar a estrutura ou o significado ético-social do fato).



Como o exercício da opção decorrente de tal poder discricionário pressupõe a possibilidade do exercício do poder de intervenção estatal, a punibilidade deve estar constituída antes da realização da referida opção, pois se não existisse a possibilidade jurídica da intervenção penal, não seria possível optar pela propositura da ação mediante a qual se pretende a condenação do sujeito.

Portanto, a existência da punibilidade é pressuposto (requisito, devido à necessidade lógica de sua antecedência) à possibilidade de implementação das condições processuais de procedibilidade.

Dessa forma, o dispositivo legal não indica a consequência jurídica da implementação da situação de fato configuradora da condição objetiva de punibilidade, mas um ato cuja prática pressupõe tal configuração (o que não afeta sua essência, pois, em vez de indicar seu conteúdo, indica um instituto processual cuja possibilidade de constituição decorre de sua implementação).

8) a mesma configuração possui a sentença que institui a falência, em relação às condutas praticadas anteriormente à quebra.

Embora tais condutas sejam formalmente típicas, assim como os eventos (resultados) correspondentes, caso não ocorra a posterior falência do sujeito, não afetarão o bem jurídico tutelado pela norma, qual seja, o patrimônio dos credores (considerado na sua expressão de créditos pendentes), pois o patrimônio ativo do sujeito poderá suportar seus débitos.

Logo, tais fatos, embora formalmente típicos, não terão relevância criminal se não houver posterior constituição do devedor em estado falimentar, juridicamente formalizado. Portanto, a sentença que institui a falência não integra a hipótese típica, mas institui a relevância social do fato, por caracterizar a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma criminal, eis que a abertura do concurso de credores demonstra a inviabilidade de satisfação regular dos débitos do falido.

9) a configuração da relação dos eventos morte, ou lesão corporal, para com a prática da conduta de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, também é idêntica às hipóteses classificadas neste grupo. Ou seja, embora a conduta se perfectibilize no âmbito da tipicidade formal, somente passará a ter relevância social se o bem jurídico for atingido pela ocorrência do evento posterior.



A partir da identificação dessas características, é possível especificar os elementos do conceito de condição objetiva de punibilidade.

O primeiro aspecto distintivo é a dissociação de tais situações dos elementos constitutivos da hipótese típica em sua configuração formal.

Além disso, caracteriza as condições objetivas de punibilidade o fato de serem hipóteses instituídas em situações nas quais a configuração formal do fato típico, na situação concreta, não é suficiente para a afetação do bem jurídico.

Em decorrência dessa característica, as condições objetivas de punibilidade consistem em hipóteses cuja implementação institui a lesão ao interesse juridicamente tutelado pela norma criminal e, em decorrência disso, o fato, que era socialmente irrelevante, adquire significado cultural de expressão social.

Esse significado institui a relevância criminal do fato e fundamenta a configuração (instituição) do poder estatal de intervenção penal, o qual é denominado como punibilidade, o qual é implementado como uma consequência jurídica da completa realização de todos os aspectos componentes da hipótese correspondente, definida em lei.

A partir de tais elementos constitutivos, já é possível a elaboração de um conceito do instituto. Porém, para sua formulação precisa, é útil classificá-lo no conceito analítico de delito.

3 - A CLASSIFICAÇÃO DO INSTITUTO NO CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO

No âmbito da teoria do delito, foram apresentadas diversas propostas para a classificação das “condições objetivas de punibilidade” no conceito analítico de delito, coerentes (de forma completa ou parcial) com as características do conteúdo do instituto acima assinaladas, quais sejam:

a) o efeito de implementação do poder interventivo estatal em relação a uma situação (até então) criminalmente irrelevante, e b) a dissociação de seu conteúdo da hipótese configuradora do tipo, em sua estrutura formal.



Como cada proposta enfoca o instituto por perspectiva diversa e pressupõe aspectos específicos, a análise deve ser elaborada de forma individualizada, conforme suas respectivas características.

Nesta abordagem serão analisadas as propostas que admitem a função estrutural instituidora do poder de intervenção estatal das condições objetivas de punibilidade, dentre as quais algumas são formuladas a partir da admissão de sua dissociação da hipótese típica, e outras, não.

As propostas serão classificadas conforme apresentem as condições objetivas de punibilidade como elemento do tipo, elemento adicional ao tipo, aspecto constitutivo da antijuridicidade, elemento independente no conceito analítico de delito (ao lado do fato típico, da antijuridicidade e da culpabilidade), ou aspecto configurador da culpabilidade.

Embora alguns teóricos, como é o caso de Jiménez de Asúa, não admitam a existência de condições objetivas de punibilidade como uma categoria distinta da tipicidade ou da culpabilidade, afirmando que os aspectos que não sejam classificáveis em uma dessas categorias se relacionam à procedibilidade processual, por considerarem a punibilidade um caráter essencial e específico do delito, motivo pelo qual está presente em relação a todos os crimes,²³ as propostas classificatórias apresentadas no âmbito da ciência jurídica proporcionam recursos teóricos importantes para a compreensão e sistematização do instituto.

Tais recursos podem evitar a formulação de conclusões similares à elaborada por Toledo, o qual não admite a existência de condições objetivas de punibilidade como institutos de classificação autônoma, por considerá-las elementos do tipo ou condições de procedibilidade.

O argumento apresentado para tal formulação é o fato de que, se as condições objetivas de punibilidade integrassem o delito, este somente se consumaria no momento em que ocorresse a situação respectiva, a qual pode ser completamente dissociada do momento em que ocorrer a conduta ou o evento indicado no tipo (e, desse modo, por exemplo, a consumação dos crimes pré-falimentares poderia ocorrer no momento em que fosse decretada a falência, sendo implementada por um ato do

23 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal – La ley y el delito*. 3. ed. reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 423/426.

juiz, e não do sujeito ativo do delito).²⁴

Embora o argumento tenha forte conotação retórica, seu pressuposto não é correto, pois o autor confunde a configuração do fato típico (a qual sim implica a consumação do delito) com a configuração da culpabilidade (e da punibilidade), que ocorre de forma diversa, e pode implementar-se em momento posterior à concretização do fato típico. Portanto, o rigor teórico na abordagem do instituto é indispensável para sua adequada contextualização e definição.

Um exemplo que ilustra essa necessidade é a concepção de Welzel, o qual critica o emprego do termo “tipo” (em sentido amplo) para designar o conjunto de “pressupostos de punibilidade”, composto pelo tipo (em sentido estrito, o qual define a conduta e, em alguns casos, o evento denominado como “resultado”), pela antijurudicidade, pela culpabilidade e pelas condições objetivas de punibilidade.²⁵

Porém, Welzel adota, implicitamente, a formulação do conceito analítico de delito apresentado por Liszt (ou seja, um instituto composto por um fato típico, antijurídico, culpável e punível),²⁶ embora tenha ressaltado que a punibilidade pode decorrer da configuração do fato típico, antijurídico e culpável ou, de forma excepcional, somente se implementar em decorrência da realização de um aspecto diverso (sem indicar, contudo, o fundamento e a justificativa da instituição de tal exceção).

Ocorre que, embora reconheça que a ocorrência de tais aspectos constituam a possibilidade de implementação do poder de intervenção estatal, ao comentar o instituto apresenta argumentação equívoca, que leva a uma conclusão diversa.

Tal decorre do fato de pressupor que a punibilidade não integra o conceito de delito, pois afirma que as condições objetivas que a implementam não compõem tal instituto, e que a ocorrência de tais condições não altera o conteúdo delitivo do fato.²⁷

24 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 156.

25 WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte general. 11. ed. alemã. 4. ed. castelhana. (trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ PÉREZ, Sergio) Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 69/70.

26 LISZT, Franz von. **Direito Penal Alemão**. tomo I. (trad. DUARTE PEREIRA, José Hygino) Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p. 183.

27 WELZEL, Hans. op. cit., p. 70.

Essa abordagem é equívoca, devido ao fato de a punibilidade ser, inicialmente, classificada como um elemento do delito (concebido como o “conjunto de pressupostos da punibilidade”) e, posteriormente, como um aspecto exterior a tal instituto (considerado, nesse outro contexto, somente como ilícito criminal).

A confusão terminológica pode levar a inconsistências teóricas e impossibilidades de elaborar uma definição e classificação, o que é fundamental para a identificação da natureza do instituto.

A classificação referente à característica de o fato típico, antijurídico e culpável ser, necessariamente, penalmente relevante, ou poder ser, em alguns casos, penalmente irrelevante (devido à existência de outros “pressupostos de punibilidade”) e, nessa hipótese, devido a qual motivo (sendo este motivo focado mediante a perspectiva do conteúdo do fato, ou seja, seus efeitos objetivos), é indispensável para a definição de sua natureza jurídica.

A definição do momento da implementação dessa relevância penal (de modo a compor o delito, ou de forma adicional a este), implica a consideração da condição objetiva de punibilidade como um aspecto constitutivo do delito, de modo a implementar o poder de intervenção estatal (até então inexistente) correspondente ao fato, ou um aspecto externo, incidente sobre um delito, o que implica a admissão da existência de delitos sem punibilidade, ou seja, crimes sem relevância social, ou crimes em relação aos quais o Estado não tem o poder de intervenção penal (sequer em tese), o que acarreta perplexidade cultural.

Portanto, é necessário formular um conceito que viabilize a classificação do instituto sem a implementação de incompatibilidades teóricas, ou perplexidades culturais, o que implica a adoção de rigor terminológico e definição estrutural do sistema componente da teoria do delito (infelizmente, nem sempre observados).

3.1 - A PUNIBILIDADE COMO ELEMENTO DO TIPO

O reconhecimento do caráter instituidor da hipótese que configura a relevância do fato, de modo a justificar a intervenção penal, levou Zaffaroni e Pierangeli a considerarem que os aspectos fáticos denomi-

nados como condições objetivas de punibilidade integram o tipo (ou constituem condições de procedibilidade).²⁸

Tal classificação decorre do conceito de tipo conglobante elaborado por Zaffaroni, Alagia e Slokar, o qual consistiria em um instituto que abrangeria todos os aspectos constitutivos da hipótese em decorrência da qual pode ocorrer a intervenção estatal, sem dissociar de forma sistemática um âmbito de aferição da tipicidade formal de âmbitos referentes à licitude do fato, ou à culpabilidade respectiva,²⁹ instalando um aspecto de equivocidade estrutural na abordagem do objeto, decorrente da fusão dos elementos constitutivos do conceito analítico de delito (cuja dissociação foi elaborada exatamente para facilitar a abordagem).³⁰

Dessa forma, o tipo legitimaria tal intervenção, que é denominada como “poder punitivo”, à qual deveria ser oposto o sistema teórico denominado como “Direito Penal”, em decorrência do que a relação entre a atividade legislativa e a judiciária se configuraria de forma conflitiva.³¹

Porém, tal proposta teórica não amplia a segurança jurídica (diversamente do que supõem Zaffaroni, Alagia e Slokar), pois somente transfere, da atividade legislativa para a judicial, o poder seletivo de definição do âmbito de intervenção penal, com a característica de fragilizar, tanto o referencial semântico do texto legal que formaliza o tipo, quanto as categorias teóricas constitutivas dos elementos do delito, elaboradas pela ciência jurídica.

Além disso, pressupõe a existência do poder interventivo estatal como algo inerente ao Estado, independentemente da função instituidora da legislação (que é característica essencial do modelo político do Estado de Direito), ao concebê-lo como temporal e logicamente antecedente à instituição do tipo, o qual teria como finalidade sua limitação.

Essa concepção é evidente na afirmação de que o tipo não estabe-

28 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 769.

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 432/434-440.

30 Conforme um referencial metodológico cartesiano.

31 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. op. cit., p. 03/05.

lece ou define a proibição, mas veicula uma fórmula a partir da qual é possível estabelecer seu limite, mediante a utilização dos instrumentos componentes do “Direito Penal”.³² Porém, tais autores não explicam qual a origem de tal proibição, ou seja, do estabelecimento do âmbito de ilicitude, o que, em última análise, coincide com o poder de intervenção estatal, por eles denominado “poder punitivo”.

A partir da pressuposição dessa concepção teórica (divergente do senso comum e que implica as incompatibilidades acima indicadas, quais sejam: a não-admissão da função instituidora da legislação, característica da estrutura política do Estado de Direito”, e a suposição de conflitividade política entre as atividades legislativa e judicial), Zaffaroni, Alagia e Slokar classificam as condições objetivas de punibilidade em um conceito amplo de tipo, por não admitirem sua configuração independente (mesmo porque não haveria uma categoria diversa, na qual tal elemento pudesse ser classificado).

Devido a tal classificação (e da concepção do instituto tipo conglobante, concebido como instrumento limitador da intervenção penal e não instituidor), indicam o instituto condição objetiva de punibilidade como um “obstáculo penal à resposta punitiva”³³ e criticam o fato de a responsabilidade do sujeito que realizar a conduta típica (cuja definição abrange a aferição das referidas “condições”) ser estabelecida (na hipótese) sem a aferição do vínculo psíquico entre o comportamento do sujeito e o evento correspondente à condição objetiva de punibilidade, configurador do dolo.³⁴

Porém, como tal classificação pressupõe não apenas a concepção estrutural política anteriormente criticada, como o conceito de tipo conglobante (igualmente criticado), não é adotada no âmbito do senso comum teórico, pois as categorias adotadas no âmbito da ciência jurídica para a análise do Direito Penal são diversas das propostas por Zaffaroni, Alagia e Slokar.

32 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. op. cit., p. 434.

33 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. op. cit., p. 875.

34 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. op. cit., p. 878.



3.2 - A PUNIBILIDADE COMO ASPECTO ADICIONAL AO TIPO

A percepção do fato de que a ocorrência concreta das condições objetivas de punibilidade implicava, como conseqüência, a instituição do poder de intervenção penal e a não-consideração da punibilidade como elemento autônomo integrante do conceito formal de delito (o qual seria formulado como fato típico, antijurídico e culpável), levou alguns teóricos a classificar seus aspectos constituintes nos elementos do conceito analítico de delito de forma original, ou seja, dissociando-os dos demais elementos, porém sem indicar uma categoria específica na qual deveriam ser classificadas.

Beling foi um desses teóricos, o qual as classificou como “elementos adicionais do tipo” (ressalvando, de forma confusa, que não integrariam o “delito-tipo”), cuja excepcionalidade viabilizava que sua mera implementação objetiva fosse suficiente para a configuração da situação “típica” (ou seja, não seria necessária a aferição da culpabilidade do comportamento do sujeito em relação a tais aspectos, motivo pelo qual o dolo não era referido a tais aspectos).³⁵

Porém, tal proposta não foi adotada pela ciência jurídica, devido à dificuldade de identificação da diferença entre as condições objetivas de punibilidade e os demais elementos objetivos do tipo, o que poderia implicar a indefinição sobre a dimensão do objeto de aferição da culpabilidade no tipo, e a instauração de um âmbito de responsabilidade de forma meramente objetiva em relação aos elementos objetivos do tipo.

Além disso, Beling não apresentou um critério suficiente para identificar a diferença essencial entre os elementos constitutivos do tipo e os referidos elementos “adicionais”, os quais são definidos por sua conseqüência e não por sua configuração; tampouco foi indicada a posição de classificação estrutural de tais elementos, pois, se não integrassem o tipo, deveriam integrar outra categoria do conceito de delito (ilicitude ou culpabilidade), a qual não foi especificada.

Um exemplo dessa forma de classificação e, conseqüentemente, do problema dela decorrente (ou seja, a impossibilidade de sistematizar a

³⁵ BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. (trad. SOLER, Sebastian) Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 93.



classificação no conceito analítico de delito) é a concepção de Maurach e Zipf, os quais concluem que, embora as condições de punibilidade não sejam elementos constitutivos do tipo (e, em consequência disso, não estão incluídas na categoria “ilícito criminal”), são elementos do delito, pois o fato não é criminalmente relevante antes de sua implementação, motivo pelo qual integram a hipótese em relação à qual se estabelece a intervenção penal.³⁶

Soler apresenta uma abordagem similar, embora confusa, afirmando que, nas hipóteses em que existe a previsão legal de aspectos correspondentes a condições objetivas de punibilidade, a tipicidade (adequação típica) do fato sequer chega a se configurar sem o implemento de tais situações,³⁷ pois elas constituem elementos adicionais à composição da hipótese típica.

Porém, não esclarece se essa “adicionalidade” amplia o tipo (hipótese em que as condições objetivas de punibilidade seriam meros elementos deste) ou é acrescentada ao tipo (hipótese em relação à qual não oferece alternativa de classificação sistemática).

Wessels classificou as condições objetivas de punibilidade de forma análoga, considerando-as como aspectos acessórios (anexos) ao tipo que, por integrarem a hipótese criminalmente relevante, deveriam ser consideradas no âmbito de um conceito amplo de tipo, o qual abrangeria, além do tipo em sentido estrito, a antijuridicidade, a culpabilidade e tais condições objetivas de punibilidade.³⁸

Porém, tal proposta instala um âmbito de ambigüidade desnecessária em relação ao termo tipo, sendo seu conteúdo conceitual dissociado em dois âmbitos (um amplo e outro restrito), o que dificulta sua identificação como instituto teórico (situação evitável pelo emprego do termo delito para a indicação do instituto abrangente de tais categorias).

Não obstante, o maior problema de tal proposta é o fato de não indicar se as condições objetivas de punibilidade deveriam compor um

36 MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Parte general. vol. 1. 7. ed. alemã. (trad. GENZSCH, Jorge Bofill; GIBSON, Enrique Aimone) Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 372/373.

37 SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. tomo II. reimp. Buenos Aires: TEA, 1951, p. 202/203.

38 WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte geral. (trad. TAVARES, Juarez) Porto Alegre: safE, 1976, p. 30-37/38.



instituto diverso do fato típico, da antijuridicidade e da culpabilidade, para integrarem o “conceito amplo de tipo” como uma quarta categoria (hipótese na qual deveriam ser conceituadas de forma específica), ou deveriam ser classificados em um dos três elementos indicados e, nesse caso, em qual deles.

A mesma proposta (de classificação das condições objetivas de punibilidade como elementos adicionais ao tipo) é apresentada por Tavares, o qual reconhece o caráter instituidor da situação correspondente à hipótese (em relação à possibilidade de intervenção penal) e sua característica de configurar, de forma concreta, a relevância do fato típico.

Em decorrência dessa concepção, Tavares as considera como um aspecto constitutivo do delito (cuja implementação configura o significado social do fato).³⁹

Porém, como Tavares concorda com a abordagem crítica de Zaffaroni, relativa ao fato de considerar necessária, no caso, a aferição das características elementares da imputação subjetiva, para atribuir a responsabilidade ao sujeito pela ocorrência das situações de fato correspondentes às condições objetivas de punibilidade, a classificação de tal instituto é aproximada aos elementos objetivos do tipo (e não somente a supostos elementos anexos a este).

Como tal classificação não evidencia a sistematização do instituto, por não fornecer critérios para dissociar tais “elementos anexos ao tipo” dos demais elementos do tipo, perde sua utilidade prática, pois as condições objetivas de punibilidade nada mais seriam que elementos do tipo, sendo, inclusive, impróprio classificá-las como elemento “adicional”.

3.2.1 - A DERIVAÇÃO À ANTIJURIDICIDADE CONCRETA

Fragoso classifica as condições objetivas de punibilidade como elementos “externos” ao tipo, ressaltando que, nas hipóteses em relação às quais são instituídas, a realização do fato típico não afeta o bem jurídico, ou não configura uma situação penalmente relevante.

39 TAVARES, Juarez. op. cit., p. 244-246/247.



Dessa forma, as condições objetivas de punibilidade incidem na configuração da hipótese, de modo a instituir o significado social do fato.

Em decorrência disso, antes de ocorrer a situação configuradora da condição objetiva de punibilidade, o fato não consistia em um crime, pois tais condições são aspectos constituintes do delito, devido à anterior irrelevância social do fato.⁴⁰

Embora Fragoso utilize linguagem imprecisa para descrever o instituto (com a adoção do termo “crime” em contextos diversos e com significados distintos), sua concepção de que as condições objetivas de punibilidade são elementos constitutivos da possibilidade de intervenção penal é evidenciada pelo fato de classificá-las, juntamente com o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, como aspectos que acarretam a punibilidade correspondente ao fato.⁴¹ Portanto, as condições objetivas de punibilidade são consideradas como aspectos que tornam um fato penalmente relevante, o que significa que, antes de sua implementação, não havia justificativa para a intervenção estatal.

Porém, Fragoso as dissocia da conduta implementadora do fato típico e da culpabilidade (considerada como reprovabilidade normativa elaborada em relação às características da conduta realizada pelo sujeito),⁴² assim como da antijuridicidade (considerada como ilicitude).⁴³

Ocorre que, dessa forma, como a punibilidade não é considerada um elemento do conceito analítico do delito (formado pelo fato típico, antijurídico e culpável),⁴⁴ e as condições objetivas de punibilidade não são classificadas em nenhuma dessas categorias, não há como incluí-las na categoria delito, numa abordagem sistemático-estrutural.

Reale Júnior apresenta uma proposta para a solução desse pro-

40 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 266/267.

41 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. 2. parte. In **Revista dos Tribunais**. vol. 739. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 756.

42 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 240.

43 FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit., p. 222.

44 FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit., p. 178.

blema, a partir da adoção da concepção de Fragoso de que as condições objetivas de punibilidade são elementos suplementares do tipo, que implementam a relevância do fato, mas são alheios à conduta e à culpabilidade.⁴⁵

Pressupondo que a ocorrência da situação correspondente à condição objetiva de punibilidade implementa a relevância penal do fato, instituindo o poder estatal de intervenção penal (punibilidade), formula o conceito de antijuridicidade concreta⁴⁶ (ou material),⁴⁷ como o aspecto do delito no qual se afere o significado ético do fato.

Dessa forma, apresenta uma possibilidade de aferição, não apenas da compatibilidade ética do significado cultural do fato, como, também, de sua relevância social, cujo referencial é a afetação do bem jurídico.

Nesse contexto, a aferição do significado e da relevância ética do fato seria um elemento determinante da antijuridicidade concreta (ou material) do fato, e as condições objetivas de punibilidade poderiam ser aspectos constituintes da relevância social do fato que implementassem tal configuração jurídica.

Embora Reale Júnior não formule de forma expressa tal classificação, é possível sua elaboração mediante raciocínio indutivo construído a partir dos elementos e do conteúdo do sistema proposto por esse autor, em decorrência do que as condições objetivas de punibilidade seriam classificáveis no contexto do conceito analítico de delito (ou seja, fato típico, antijurídico e culpável).

3.3 - A PUNIBILIDADE COMO ELEMENTO AUTÔNOMO DO CONCEITO ANALÍTICO DE DELITO

Liszt considerou as condições objetivas de punibilidade como aspectos diversos da conduta delitiva. Ou seja, algo que, além do fato típico (e antijurídico), constituiria a situação em decorrência da qual se

45 REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte geral. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 229.

46 REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 24.

47 REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87/117.

implementaria a punibilidade.⁴⁸

Nesse contexto, a conduta típica em si, isoladamente considerada (embora classificada como antijurídica e estabelecida a culpabilidade, conforme a concepção naturalista/causal), não seria punível, e somente passaria a sê-lo, após a implementação da situação configuradora da condição objetiva de punibilidade. Portanto, o fato seria penalmente irrelevante até que se configurasse a condição objetiva de punibilidade, sendo tal implementação um aspecto em decorrência do qual se caracterizaria (ou surgiria) a possibilidade jurídica de intervenção penal.

Devido a tal concepção, que dissocia os aspectos constituintes do fato classificado como ilícito criminal das condições objetivas de punibilidade, os elementos determinantes da definição da responsabilidade penal, ou seja, que compõem a culpabilidade (entre os quais são incluídos, nessa abordagem específica, o dolo e a imprudência), não são considerados em relação aos elementos da situação configuradora da condição objetiva de punibilidade (pois esta não integra o ilícito criminal).

Em síntese, o dolo (assim como a imprudência) somente seria configurado em relação à conduta e ao evento (resultado) típicos, não o sendo em relação à situação de fato correspondente à condição objetiva de punibilidade, conforme assevera Mezger,⁴⁹ pois a implementação de tais aspectos seria independente, em relação ao comportamento do sujeito.

Dessa forma, na sua classificação Liszt dissocia a culpabilidade, considerada como definição da responsabilidade do sujeito, da punibilidade, consistente no poder de intervenção estatal, formulando o conceito analítico de delito como “fato típico, antijurídico, culpável e punível”.

O problema de tal classificação é a explicação de como se configura a punibilidade em relação aos fatos típicos e antijurídicos (ilícitos criminais) nas hipóteses em que a legislação não estabelece nenhuma condição objetiva de punibilidade. Ou seja, se o ilícito criminal não é suficiente para instituir o poder punitivo em algumas hipóteses, é necessário identificar o aspecto que o torna suficiente nas demais, o que

48 LISZT, Franz von. op. cit., p. 308.

49 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. tomo. II. 2. ed. alemã. (trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, Jose Arturo) Madrid: Revista de Derecho Privado, s/data, p. 110.



Liszt não apresenta.

Uma proposta de identificação do conteúdo característico da situação que implementa a punibilidade é a abordagem política de Polaino Navarrete, segundo a qual deve ser aferida, na situação concreta e específica, a possibilidade de obtenção dos fins da sanção para, desse modo, fundamentar a intervenção penal mediante critérios de utilidade e conveniência, devido à necessidade, merecimento e viabilidade eficaz da pena.⁵⁰

De forma similar, Marinucci e Dolcini formulam uma proposta orientada por critérios de oportunidade de incidência da pena.⁵¹

Portanto, os autores que incluem a punibilidade na estrutura constitutiva do delito por considerarem que seu conteúdo configura a diferença específica entre o ilícito criminal e os demais (o que é ressalvado por Battaglino),⁵² lhe conferem um conteúdo político, cuja caracterização justifica a intervenção estatal e a incidência da pena.

3.4 - A PUNIBILIDADE COMO ASPECTO ADICIONAL À CULPABILIDADE

Stratenwerth classifica as condições objetivas de punibilidade como elementos adicionais à culpabilidade subjetiva.

Essa classificação ressalva o aspecto “adicional”, que implica a diversidade entre ambas (ou seja, os elementos da culpabilidade e a categoria na qual as condições objetivas de punibilidade devem ser classificadas) e decorre do fato de o autor considerar que na culpabilidade subjetiva não devem ser aferidos os aspectos correspondentes ao significado social do fato⁵³ (embora estes sejam assinalados como

50 NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho Penal*. Parte general. tomo II. vol. I. Barcelona: Bosch, 2000, p. 66.

51 MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. Parte generale. vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 497.

52 BATTAGLINI, Giulio. *Diritto Penale*. Parte generale. 3. ed. Padova: Cadam, 1949, p. 276-281-289.

53 STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte general. vol. I. 2. ed. alemã. (trad. ROMERO, Gladys Nancy) Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 1999, p. 18/20.



aspectos referenciais da medida da retribuição penal).

De forma confusa, após ressaltar o conteúdo político da instituição das condições objetivas de punibilidade (ou seja, da seleção de suas hipóteses configuradoras), consideradas como aspectos que implementam a necessidade da intervenção penal (pela configuração da afetação ao interesse jurídico tutelado pela norma criminal), classifica-as como um aspecto adicional ao ilícito criminal e à culpabilidade (considerada em sua expressão de responsabilidade pessoal, decorrente da capacidade do sujeito), configurando a reprovabilidade ética do fato,⁵⁴ sem indicar sua posição sistemática.

Embora reconheça que tais hipóteses seriam instituídas de forma excepcional, quando o ilícito criminal (fato típico e antijurídico) não configurasse suficientemente a lesividade da situação em relação ao bem jurídico tutelado pela norma criminal, de modo a expressar a relevância cultural do fato, justificando a opção política da intervenção penal (necessidade de incidência de pena),⁵⁵ não indica uma proposta de classificação sistêmica do instituto, pois sendo um elemento “adicional” à culpabilidade, não a integra, e não sendo incluído no ilícito criminal (fato típico e antijurídico), não estaria no âmbito do delito; sendo assim, seria necessário indicar qual o modo de sua sistematização, o que não é elaborado por Stratenwerth, inviabilizando a eventual adoção da proposta no âmbito teórico.

4 - A CLASSIFICAÇÃO DO INSTITUTO NO ÂMBITO PROCESSUAL

Roxin apresenta uma proposta classificatória peculiar, por não incluir as condições objetivas de punibilidade no âmbito do delito (embora reconheça sua característica instituidora do poder de intervenção penal do Estado).

As condições objetivas de punibilidade são consideradas como elementos de conteúdo político “extracriminal”, que devem ser classifi-

54 STRATENWERTH, Günter. op. cit., p. 70.

55 STRATENWERTH, Günter. op. cit., p. 72/73.



cados em uma “categoria valorativa adicional” ao delito.⁵⁶ Complementando sua concepção, esclarece que as finalidades “extracriminais” das condições objetivas de punibilidade são sistematicamente plasmadas na forma de “pressupostos da punibilidade”,⁵⁷ que devem ser acrescentadas ao ilícito criminal para que surja a possibilidade de intervenção penal,⁵⁸ o que implica a conclusão de que, antes de seu implemento, ainda não havia se configurado a punibilidade correspondente ao fato.

Para formular tal proposta, Roxin funde a punibilidade com o Direito Processual⁵⁹ e relativiza o conceito material de delito, concebido no âmbito do senso comum teórico como uma forma de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.⁶⁰

Porém, tanto os pressupostos quanto o conteúdo da proposta apresentada discrepam do senso comum teórico, além de não ser apresentado um conceito, ou mesmo um referencial correspondente ao conteúdo político do instituto, assim como não são indicados seus efeitos, forma e âmbito de incidência, motivo pelo qual a proposta não está em condições científicas de ser implementada (no estado em que se encontra seu desenvolvimento).

5 - SÍNTESE CONCEITUAL E PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA

A multiplicidade de abordagens apresentada demonstra a complexidade da classificação do instituto punibilidade e, conseqüentemente, de seu elemento, consistente nas respectivas condições objetivas, no conceito analítico de delito.

Porém, independentemente da diversidade das alternativas classificatórias, é possível identificar um aspecto referencial para a elaboração de um conceito, que seja adequado a todas as abordagens, no que se

56 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. tomo I. 2. ed. alemã. 1. reimp. (trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; CONLLEDO, Miguel Díaz y García; REMESAL, Javier de Vicente) Madrid: Civitas, 1999, p. 792.

57 ROXIN, Claus. op. cit., p. 990.

58 ROXIN, Claus. op. cit., p. 970.

59 ROXIN, Claus. op. cit., p. 989.

60 ROXIN, Claus. op. cit., p. 67/71.



refere a seu conteúdo.

Tal aspecto consiste na essência constitutiva das condições objetivas de punibilidade, correspondente ao caráter instituidor da relevância penal do fato, devido à concreta afetação do bem jurídico (ou à configuração efetiva de seu significado social), justificando a intervenção estatal.

Portanto, dentre as propostas apresentadas, há concordância referente ao objeto da classificação (elemento instituidor da relevância do fato), mas não em relação à forma de classificação desse objeto.

Essa divergência leva alguns autores a, inclusive, não indicar qualquer posição de classificação sistemática do instituto.

Dotti adota essa postura, pois não indica a posição estrutural do instituto no conceito de delito, embora seja incisivo ao afirmar que o fato somente configura um crime com o implemento da condição objetiva de punibilidade (quando houver tal hipótese estabelecida pela legislação), porque antes de sua implementação a situação é penalmente irrelevante.⁶¹

Mestieri também não formula uma proposta classificatória específica, embora entenda que as condições objetivas de punibilidade não integram o tipo objetivo,^{62f} pois (ao contrário de Dotti) considera que a punibilidade não é um elemento do crime, mas a consequência de sua implementação.⁶³

De forma análoga, Manzini formulou um conceito que abstrai o aspecto classificatório, nos seguintes termos: “condições de punibilidade do fato são aqueles elementos objetivos, extrínsecos à ação ou à omissão, concomitantes ou sucessivos à execução do fato em si, sem o concurso das quais este não é punível porque não constitui crime” (trad. do autor).⁶⁴

61 DOTTI, René Ariel. op. cit., p. 670.

62 ^f Não obstante considere que, para atribuir a responsabilidade ao sujeito, pela sua ocorrência, deveria ser aferido o vínculo psíquico entre a conduta e tal situação de fato, de modo a configurar o dolo.

63 MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. vol. I. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 315.

64 MANZINI, Vincenzo. op. cit., p. 604.



Ou seja, embora não haja divergência entre os autores analisados sobre o fato de as condições objetivas de punibilidade instituírem o poder punitivo estatal, motivo pelo qual devem integrar o conceito do instituto delito (ou crime), existe uma expressiva divergência em relação ao fato de tal aspecto configurar um elemento do tipo, da antijuridicidade, da culpabilidade, ou ser classificado em uma categoria diversa, como seria o caso da punibilidade ou de um âmbito adicional a algum daqueles institutos. Portanto, a maior dificuldade conceitual não se refere ao conteúdo do instituto, mas à sua posição sistemática no conceito analítico de delito.

Embora a apresentação de uma classificação do instituto na estrutura sistemática do conceito analítico de delito não seja indispensável para a finalidade do presente trabalho (sendo suficiente, para tanto, a identificação de seu caráter instituidor da relevância criminal do fato e a consequência dessa premissa, consistente na necessidade de configurar um componente da categoria “delito”), será indicada uma proposta contextual, de modo a facilitar sua abordagem.

Para tanto, serão inicialmente excluídas as alternativas cuja formulação implica problemas estruturais ou cujo conteúdo não é admitido no âmbito do senso comum teórico, apresentando-se a justificativa correspondente e, posteriormente, será justificado o motivo da admissão da proposta adotada.

A classificação das condições objetivas de punibilidade como elemento do tipo pressupõe a adoção da proposta teórica da concepção de tipo conglobante, o qual diminui o âmbito de segurança jurídica dos destinatários das normas de conduta, devido à indefinição de seu conteúdo, além de inverter a função do tipo (considerado como instrumento veiculador da definição da hipótese em relação à qual a norma incidirá de forma regulamentadora), o qual, de elemento instituinte do âmbito de intervenção penal, passa a exercer função eminentemente limitadora, o que é incoerente com o modelo político do Estado de Direito (no qual a legislação define e, portanto, delimita, o âmbito de proibição, em vez de instituir, originariamente, o âmbito de permissão, no que se refere às condutas).

A classificação das condições objetivas de punibilidade como elementos adicionais ao tipo, sem a indicação da categoria na qual deveriam ser classificadas, acarreta, como consequência, a indefinição



de sua sistematização, não fornecendo subsídios para a classificação do instituto, pois somente indica o fato de as hipóteses respectivas não integrarem a situação abstrata componente do tipo, sem estabelecer a qual categoria corresponde (ou seja, possui conteúdo excludente da classificação, em vez de propositivo).

A classificação das condições objetivas de punibilidade como elemento da antijuridicidade concreta, embora sistematicamente viável, não será adotada no presente trabalho, porque tal classificação foi elaborada (mediante raciocínio indutivo) a partir dos elementos da estrutura de uma teoria do delito específica, sem que o autor da proposta a tivesse formulado expressamente, o que implica a possibilidade de não corresponder à efetiva concepção de tal autor (além de a referida proposta teórica não ser adotada no âmbito do senso comum teórico, o que dificultaria a presente abordagem).

Embora a classificação das condições objetivas de punibilidade como aspectos componentes de um elemento autônomo da formulação conceitual de delito seja a concepção teoricamente mais adequada, implica a adoção de um conceito estrutural (formal) composto por quatro elementos (o denominado “quadripartido”), configurado como “fato típico, antijurídico, culpável e punível”, o qual não é admitido de forma ampla no âmbito do senso comum teórico dos juristas nacionais, motivo pelo qual não será adotado no presente trabalho (devido à irrelevância da opção, para os fins específicos da abordagem), para evitar polêmicas desnecessárias.

Portanto, a classificação adotada será a que considera as condições objetivas de punibilidade como elementos constituintes do significado social do fato, a serem aferidos mediante um juízo de valor cujo referencial possui conteúdo ético, de modo a configurar a relevância cultural que caracteriza a respectiva reprovabilidade, a qual, juntamente com a imputabilidade, comporá a culpabilidade, em decorrência da qual o sujeito poderá ser penalmente responsabilizado pelo fato.

Para justificar essa classificação, porém, é necessária a definição do conceito de culpabilidade adotado.

Após a crítica formulada por Frank à concepção psicológico-naturalista da culpabilidade, anteriormente considerada como um vínculo psíquico entre o sujeito que realiza a conduta e o fato, nos termos expos-

tos, entre outros, por Beling,⁶⁵ a culpabilidade passou a ser concebida por uma perspectiva normativa, ou seja, como uma categoria jurídica cujo conteúdo deve ser elaborado mediante um juízo de valor.

Esse juízo deve ser formulado conforme um critério de reprovabilidade⁶⁶ social (portanto, ético-cultural), considerando-se as circunstâncias concomitantes nas quais o sujeito realizou a conduta.⁶⁷

A partir de então, a culpabilidade passou a ser concebida como um elemento decorrente de um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta,⁶⁸ formulado em face do conteúdo da vontade do sujeito.⁶⁹

Esse conceito foi ampliado por Roxin, ao formular a categoria da responsabilidade criminal (orientada conforme critérios políticos), ao classificar a culpabilidade (concebida em sua formulação de conduta socialmente reprovável) como um de seus elementos, ao lado da necessidade preventiva (considerada como o critério indicador da justificativa política da intervenção penal, conforme um critério utilitarista).⁷⁰

No entanto, embora fosse possível considerar a adequação da classificação das condições objetivas de punibilidade no contexto da necessidade preventiva (de modo a integrar a culpabilidade), conforme os termos dessa proposta, como faz Rudolphi,⁷¹ o próprio Roxin trata a questão de modo diverso (conforme anteriormente indicado).

Esse aporte de Roxin assinala que, no âmbito da definição da responsabilidade do sujeito em relação ao fato, de modo a justificar a intervenção penal, podem (e devem) ser considerados aspectos que transcendem o juízo de reprovação do comportamento (embora essa concepção não seja adotada por autores que consideram a culpabilidade um instituto de configuração estrita e fechada, por suporem que essa

65 BELING, Ernst von. op. cit., p. 72/73.

66 FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. (trad. ABOSO, Gustavo Eduardo; LÖW, Tea) Buenos Aires: B de F, 2000, p. 39.

67 FRANK, Reinhard. op. cit., p. 29.

68 MEZGER, Edmund. op. cit., p. 09/11.

69 WELZEL, Hans. op. cit., p. 167.

70 ROXIN, Claus. op. cit., p. 791/793.

71 RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación. In SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. (trad. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María) Madrid: Tecnos, 1984, p. 93.

forma de concepção garante um maior âmbito de segurança jurídica, como é o caso de Figueiredo Dias).⁷²

Um desses aspectos é a relevância social do fato, aferida conforme um juízo valorativo de referencial cultural de conteúdo ético.

Embora tal relevância seja aferida, na teoria do crime, somente no âmbito do cálculo da pena, sendo dissociada a culpabilidade como fundamento da pena, da culpabilidade como critério de medida da pena,⁷³ tal dissociação deixa de fazer sentido no âmbito prático, pois os aspectos que servem como critério para quantificar a pena acarretam sua não-incidência quando sua configuração é inexistente e, em decorrência disso, a quantificação respectiva equivaleria a zero.

Ou seja, não pode haver diferença essencial entre os elementos quantificadores e os justificadores da incidência da pena, o que não impede que alguns dos elementos fundamentadores não sejam quantificáveis.

Essa relação é ressaltada por Schünemann, ao afirmar que a culpabilidade, considerada em sua expressão de aspecto dimensionador da pena, pressupõe (implica) a culpabilidade considerada como fundamento da pena,⁷⁴ pois seria paradoxal que o aspecto que orienta a quantificação da pena não orientasse sua incidência.⁷⁵

Como a consideração da relevância ético-social do fato para o dimensionamento de suas conseqüências jurídicas é admitida no âmbito doutrinário sem grandes divergências,⁷⁶ a conclusão de tal aspecto,

72 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 242/244.

73 ACHENBACH, Hans. **Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad**. In SCHÜNEMANN, Bernd. op. cit., p. 135/136.

74 SCHÜNEMANN, Bernd. **La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo**. In SCHÜNEMANN, Bernd. op. cit., p. 154.

75 SCHÜNEMANN, Bernd. op. cit., p. 172.

76 JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte general. 4. ed. alemã. (trad. SAMANIEGO, José Luis Manzanares) Granada: Comares, 1993, p. 801/804; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Parte general. vol. 2. 7. ed. alemã. (trad. GENZSCH, Jorge Bofill) Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 724/732; CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. vol. II. reimp. Coimbra: Almedina, 1997, p. 320/322; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português**. Parte geral. vol. II. Coimbra: Aequitas, 1993, p. 235-245/247; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. op. cit., p. 355/356; BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi,

quando inexistente, implicar a não-incidência de tais conseqüências, é uma dedução logicamente necessária.

Portanto, as condições objetivas de punibilidade devem ser classificadas como elementos da culpabilidade, devido ao fato de sua realização concreta implementar a relevância ético-social do ilícito criminal (composto pelo fato típico e pela antijuridicidade), fundamentando o surgimento do poder interventivo estatal de expressão penal. Dessa forma, integram um aspecto componente do delito, cuja implementação institui a punibilidade.

Essa classificação é compatível com as observações formuladas por Nuvolone, o qual, embora sem classificar as condições objetivas de punibilidade na categoria da culpabilidade (ou em qualquer outro elemento do conceito analítico do delito), afirma que tal instituto é elemento constitutivo do delito⁷⁷ e, posteriormente, classifica as condições objetivas de punibilidade em duas modalidades: as intrínsecas e as extrínsecas.⁷⁸

As condições intrínsecas estariam relacionadas à constituição da lesão ao interesse (bem jurídico) tutelado pela norma; as extrínsecas estariam relacionadas ao significado social do fato.

Ocorre que a aferição do significado social do fato tem por objeto a forma de realização da conduta e o modo e extensão da afetação do objeto material que representa o bem jurídico, motivo pelo qual tal distinção não possui utilidade operacional, eis que, no caso, as condições intrínsecas seriam objeto das extrínsecas (as quais seriam, portanto, suficientes para identificar o instituto).

Por esse motivo, não é adequada a crítica formulada por Bettiol (o qual confunde as condições objetivas de punibilidade com a própria punibilidade, ou seja, não dissocia os pressupostos necessários à imple-

1999, 595/597; SOLER, Sebastian. op. cit., p. 473/474; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. op. cit., p. 1032/1036-1047/1050; BAT-TAGLINI, Giulio. op. cit., p. 566/567; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Parte generale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1949, p. 387/388; FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit., p. 406/409; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. vol III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 104/105.

77 NUVOLONE, Pietro. *Corso di Diritto Penale*. Parte generale. Milano: La Goliardica, 1966, p. 154.

78 NUVOLONE, Pietro. op. cit., p. 155.

mentação da punibilidade com o efeito de sua instituição concreta, pois considera que as condições objetivas de punibilidade não integram o delito porque a punibilidade é uma conseqüência jurídica deste, motivo pelo qual a completa configuração do delito é um requisito necessário à sua implementação),⁷⁹ de que as condições objetivas de punibilidade estão relacionadas à instituição do significado social do fato, e não se relacionam com o bem jurídico tutelado pela norma criminal,⁸⁰ pois a aferição da relevância do fato no âmbito ético-cultural (de modo a configurar a reprovabilidade penal, integrante da culpabilidade) tem por objeto a forma e a extensão da lesão ao bem jurídico.

Essa característica das condições objetivas de punibilidade, de integrar o instituto delito, devido a seu efeito instituidor do poder interventivo estatal, em decorrência da instituição da relevância social do fato, implica a conseqüência jurídica, consistente na necessidade de sua instituição estar regulamentada pelo princípio da legalidade.

Ou seja, como as condições objetivas de punibilidade instituem a relevância penal de um fato (que, até então, não tinha tal característica) compõem o crime, e como o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal veicula uma norma que estabelece a reserva legal da definição de delitos, somente uma lei poderá instituir uma condição objetiva de punibilidade.

A necessidade de as condições objetivas de punibilidade serem instituídas mediante lei é ressaltada por Manzini, devido ao fato de configurarem elementos constitutivos do delito.⁸¹

Essa conclusão decorre do fato de que a opção política para a definição da relevância penal do fato é um aspecto instituidor do poder de intervenção estatal. Por esse motivo, Fragoso se refere à lei, ao tratar da forma de instituição das condições objetivas de punibilidade. Dessa forma, embora não aborde a questão da reserva legal, a pressupõe na hipótese, pois indica somente esse veículo como o meio apto para estabelecer o instituto.⁸²

79 BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Parte generale. 7. ed. Padova: Cedam, 1969, p. 197-198.

80 BETTIOL, Giuseppe. op. cit., p. 191.

81 MANZINI, Vincenzo. op. cit., p. 605.

82 FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit., p. 266.



A partir desses elementos, as condições objetivas de punibilidade podem ser conceituadas como: elementos componentes do delito, legalmente definidos, dissociados do ilícito criminal (composto pelo fato típico e pela ilicitude), cuja implementação concreta afeta o bem jurídico tutelado pela norma criminal, motivo pelo qual institui a relevância ético-social do fato, assinalando sua reprovabilidade penal, de modo a configurar um aspecto da culpabilidade correspondente ao fato, cuja consequência jurídica é a instituição do poder estatal de intervenção penal correspondente.

6 - A CONFUSÃO DECORRENTE DA INDEFINIÇÃO DO CONTEÚDO E DA NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

A não-identificação das características essenciais das condições objetivas de punibilidade, quais sejam: o caráter instituidor da relevância social do ilícito criminal (fato típico e antijurídico), devido à implementação da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, acarretou a formulação de concepções teóricas nas quais as condições objetivas de punibilidade são enfocadas de forma diversa, cuja configuração e efeitos considerados são completamente contrários aos implementados, além de sua estrutura ser teoricamente incompatível com a teoria do delito, devido à inversão de sua composição jurídica.

Ou seja, conforme tais concepções, às condições objetivas de punibilidade em tese (legislativamente definidas) é atribuído um efeito limitador do poder de intervenção penal, o qual somente se re-instauraria com a realização concreta da situação fática correspondente à hipótese definida em lei.

Porém, não há qualquer motivo, objetivamente identificável, para a instituição da hipótese limitante (eis que a indicação da política criminal, sem a especificação dos aspectos componentes dos motivos que ensejariam a decisão política, não explica o fundamento considerado, somente deslocando a posição de sua análise a um meta-conceito, igualmente vago, sem conferir-lhe qualquer conteúdo), assim como não há uma norma que implemente referida limitação (eis que a norma existente implementa, em vez de excluir, o poder de intervenção penal do Estado).



O conteúdo da análise individualizada de tais concepções evidenciará tais impropriedades.

6.1 - AS ABORDAGENS ANTERIORES À FORMULAÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO MODERNO DE DELITO

Carrara concebeu o conteúdo normativo do sistema penal por uma perspectiva ética fundamental de conteúdo moral e (assim como Binding) o estruturou, no que se refere à sua composição político-teórica, conforme um referencial epistêmico contratualista de orientação ideológica liberal.

Dessa forma, ao abordar a punibilidade, concebida como o “direito subjetivo” do Estado de impor a sanção ao sujeito responsável pela realização do delito (sanção esta considerada como uma forma de indenização moral da sociedade pelas repercussões culturais do fato),⁸³ dissociou a figura do delito de suas conseqüências, dentre as quais incluía o “direito subjetivo” correspondente à punibilidade.

Essa dissociação é ilustrada pelo exemplo da imunidade pessoal⁸⁴ (que não é uma condição objetiva de punibilidade, mas uma causa de exclusão da punibilidade), mediante o argumento de que a exclusão da incidência da sanção não altera a configuração do delito.

Porém, tal argumento não é adequado à análise das condições objetivas de punibilidade, por se tratar de uma causa de exclusão de pena (cuja configuração incidental na hipótese regulamentada é temporalmente posterior, pois a exclusão da pena pressupõe a possibilidade de sua aplicação e, portanto, a anterior existência da punibilidade, e seus efeitos são contrários aos implementados pelas condições objetivas de punibilidade, que implementam, em vez de excluir, o poder de intervenção penal, em decorrência da realização da hipótese fática correspondente).

Além disso, a noção e o conceito de delito adotados por Carrara não correspondem à formulação teórica elaborada pela ciência jurídica

83 CARRARA, Francesco. *Programma del corso di Diritto Criminale*. Parte generale. vol. I. 10. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1907, p. 484.

84 CARRARA, Francesco. op. cit., p. 76.

na modernidade.

Igualmente superada é a concepção de Rocco, também concebida no contexto histórico-cultural em que Binding e Carrara elaboraram suas proposições (cujos institutos eram conceituados mediante a utilização dos referenciais teóricos do Direito Privado).

Rocco considerava que a punibilidade (concebida como o direito subjetivo estatal à aplicação da pena) somente poderia surgir como uma conseqüência jurídica do delito,⁸⁵ motivo pelo qual cada instituto consistiria em um aspecto diverso, em decorrência do que a punibilidade não poderia integrar o delito, por ser conseqüência deste. Ou seja, o delito seria a causa da instituição de uma relação obrigacional e a punibilidade o conteúdo da pretensão de uma das partes relacionadas.

Devido à divergência paradigmática e conceitual de ambas as concepções em relação à moderna teoria do delito, não é adequada a simples utilização dos argumentos formulados conforme aquele referencial teórico, no contexto em que se encontra a atual teoria do delito, motivo pelo qual as considerações de Carrara e Rocco não são úteis para a análise da sistematização da punibilidade na teoria do delito, na atualidade.

Devido à descon sideração dessa diversidade, Antolisei incorre no equívoco de equiparar a pena à punibilidade, e formula seu argumento referente às condições objetivas de punibilidade no contexto da análise da pena, em decorrência do que, ao partir da constatação de que a pena é uma conseqüência do delito e não um elemento deste, aplica o mesmo raciocínio para as condições objetivas de punibilidade, as quais são consideradas como aspectos relacionados com as conseqüências jurídicas do delito e não com sua configuração. Por isso, afirma que a condição de punibilidade não pode integrar o delito, pois o pressupõe, para viabilizar a incidência da sanção decorrente de sua implementação.⁸⁶

Porém, essa concepção confunde a condição para a aplicação da sanção com sua efetiva incidência. Ou seja, confunde os pressupostos para a configuração da possibilidade de intervenção penal com a intervenção em si.

85 ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Torino: Fratelli Bocca, 1913, p. 527.

86 ANTOLISEI, Francesco. op. cit., p. 142-395/397.

Embora possa haver fato típico lícito, ou praticado em situações nas quais não se configure a culpabilidade, assim como pode ocorrer a hipótese de um fato típico se implementar sem que se configure o poder de intervenção penal (cuja incidência se implementa com a aplicação e, eventualmente, execução, das conseqüências jurídicas do delito, entre as quais é classificada a pena), o mesmo não se poderá afirmar do delito, considerado como instituto jurídico, pois é inadmissível, no senso comum, um crime lícito ou culturalmente irrelevante de modo a não ser seu sujeito ativo culpável ou o fato penalmente não significativo.

Battaglini ressalva tal característica, afirmando que essa classificação não é adequada em relação ao conceito analítico de delito formulado na modernidade.⁸⁷

A classificação adotada por Antolisei somente seria coerente com a concepção de delito formulada anteriormente à elaboração do conceito analítico moderno de delito, qual seja: fato típico, antijurídico e culpável (e, conforme a opção adotada, punível).

Não obstante, é adotada por alguns autores contemporâneos, como é o caso de Regis Prado.⁸⁸

Por não considerar a condição objetiva de punibilidade como um elemento do crime, Antolisei a enfoca como uma situação em que, por uma opção política (“conveniência prática”), é estabelecido um requisito excepcional para que o poder de intervenção penal se constitua.⁸⁹

O problema de tal abordagem é que essa classificação não é coerente com a concepção do próprio Antolisei sobre a configuração da punibilidade, nos casos em que não houvesse a referida condição. Para ele, tal poder de intervenção estatal deve ser uma conseqüência da realização do delito.⁹⁰

Ocorre que não é explicado o motivo pelo qual, em tais hipóteses, o delito não seria suficiente para configurar tal conseqüência (punibilidade). Dessa forma, a inclusão de um aspecto adicional ao delito para

87 BATTAGLINI, Giulio. op. cit., p. 282.

88 REGIS PRADO, Luiz. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. In **Revista dos Tribunais**. vol. 776. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 441.

89 ANTOLISEI, Francesco. op. cit., p. 396.

90 ANTOLISEI, Francesco. op. cit., p. 393-394.

configurar tal consequência seria redundante (e, inútil, pois seus efeitos já estariam configurados), ou excluiria a existência de um poder de intervenção preexistente, condicionando sua re-instauração à ocorrência de uma situação fática.

Porém, na hipótese, não há nenhuma norma que exclua a incidência de tal poder (ou seja, que exclua a punibilidade correspondente aos delitos em relação aos quais é estabelecida uma condição objetiva de punibilidade), e as condições objetivas de punibilidade incidem em relação a uma situação na qual não existe esse poder (pois se a punibilidade já existisse, seu estabelecimento, após o implemento de uma condição seria uma inutilidade redundante). A essa situação Antolisei não apresenta qualquer explicação, motivo pelo qual sua concepção é inconsistente.

Na verdade, a inconsistência decorre da desconsideração do fato de que, até o implemento da condição objetiva de punibilidade, o fato é penalmente irrelevante, motivo pelo qual sua instituição não é um requisito adicional ao delito que limita e posteriormente institui o poder de intervenção estatal, mas que configura, originariamente, a significação penal do fato, o que, fundamentalmente, constitui a essência do delito, no que se refere a suas consequências jurídicas, pois não existe delito socialmente irrelevante, ou uma figura delitiva (abstratamente considerada) em relação à qual o Estado não tenha qualquer poder de intervenção.

A partir da admissão dessa premissa e excluindo a viabilidade da proposta de Antolisei, Battaglini conceitua a punibilidade de forma simples, afirmando tratar-se da possibilidade de incidência da pena, o que constitui elemento essencial do delito, por não ser concebível um delito sem a correspondente possibilidade de incidência de consequências jurídicas de conteúdo penal.⁹¹

6.2 - A INVERSÃO DOS EFEITOS DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE

O equívoco na perspectiva adotada em relação às condições objetivas de punibilidade, em decorrência do qual, em vez de serem

91 BATTAGLINI, Giulio. op. cit., p. 276-279/280-291-293/294.

concebidas como hipóteses constitutivas da relevância penal do ilícito criminal, tal instituto é abordado mediante um paradigma restritivo do poder de intervenção penal do Estado, caracteriza a abordagem de diversos autores, que concebem o significado do termo “condições” como uma restrição adicional e não como elemento constitutivo da hipótese fundamental de incidência da norma.

A teorização formulada por Jescheck é um exemplo do equívoco consistente em conceber a norma veiculada pelo preceito configurador da condição objetiva de punibilidade como “causa de restrição à pena”.⁹² Após identificar um grupo de hipóteses que diferem da configuração das condições objetivas de punibilidade propriamente ditas (hipóteses essas que denominou como condições objetivas de punibilidade “impróprias” e que configuram, na verdade, elementos do tipo), Jescheck denomina as condições objetivas de punibilidade “próprias” como pressupostos materiais da punibilidade.

Mediante tal abordagem, considera que as condições objetivas de punibilidade limitam o poder de intervenção penal, configurando a expressão objetiva do instituto no qual estariam classificadas (no âmbito subjetivo) as causas pessoais de “exclusão e/ou anulação” de pena (que formam um conjunto de hipóteses distintas, conhecidas, no âmbito do senso comum teórico, como excusas absolutórias, imunidades funcionais e arrependimento eficaz).⁹³

A evidência dessa concepção é reforçada pela explicação apresentada por Jescheck, no sentido de que, em tais hipóteses, o legislador afasta (ou exclui) a “necessidade” de intervenção penal em relação ao fato típico, antijurídico e culpável, quando não se acrescenta, à situação, a realização de uma condição objetiva específica, que implemente o significado social do fato, constituinte de sua relevância ética.

Essa concepção implica diversos problemas estruturais e intra-sistêmicos insuperáveis, no contexto teórico apresentado.

No âmbito estrutural, a afirmação de que a norma restringe a punibilidade, limitando o poder de intervenção estatal, pressupõe a existência prévia desse poder, pois não seria possível limitá-lo se não existisse previamente à limitação. Dessa forma, o fato já seria penalmente

92 JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., p. 504.

93 JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., p. 500/503.



relevante, e a punibilidade já estaria configurada, antes da implementação da condição objetiva de punibilidade.

Essa estrutura sistemática de incidência de conseqüências limitadoras implica a necessidade da incidência de uma norma que limite a punibilidade preexistente. Porém, essa norma não é identificada, assim como a hipótese de sua incidência e tampouco é assinalada a justificativa da exclusão do poder punitivo estatal na hipótese, sendo somente indicado tratar-se de uma abordagem estruturada conforme um aspecto político, sem a assinalação do conteúdo dessa aferição política, o que é necessário, pois a afirmação de que se trata de uma abordagem política somente indica a forma, e não o referencial de conteúdo da decisão (política) que institui a norma.

Além dessas impropriedades estruturais, a concepção contém incompatibilidades teóricas internas (implicando contradições que inviabilizam sua sistematização).

A primeira delas consiste no fato de equiparar as condições objetivas de punibilidade às causas de “exclusão e/ou anulação” de pena, o que também é elaborado por Gimbernat Ordeig⁹⁴ e Roxin, o qual afirma que a diferença entre ambas é “de caráter puramente formal”.⁹⁵

Essa forma de equiparação teórica também é adotada por Bittar,⁹⁶ ao considerar que as condições objetivas de punibilidade restringem (limitam)⁹⁷ o âmbito da punibilidade, motivo pelo qual devem ser classificadas (juntamente com as “causas de exclusão de pena”) como “causas excludentes de punibilidade”,⁹⁸ pois, em tais hipóteses, haveria “renúncia ao combate de um comportamento”.⁹⁹

Porém, a análise da forma de incidência das normas respectivas, em decorrência da implementação das situações fáticas correspondentes,

94 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Prólogo al libro de Antonio Cuerda: La colisión de deberes en Derecho Penal. In *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 223.

95 ROXIN, Claus. op. cit., p. 972.

96 BITTAR, Walter Barbosa. **As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10.

97 BITTAR, Walter Barbosa. op. cit., p. 73.

98 BITTAR, Walter Barbosa. op. cit., 2004, p. 22.

99 BITTAR, Walter Barbosa. op. cit., 2004, p. 47.



evidencia tratar-se de institutos completamente opostos, como assinala Figueiredo Dias.¹⁰⁰

Na hipótese correspondente às condições objetivas de punibilidade, o poder de intervenção estatal não existia antes de ocorrer a situação de fato correspondente à hipótese descrita no preceito normativo, e após sua realização fática, tal poder se implementa.

Nas causas de “exclusão e/ou anulação” de pena, o poder de intervenção estatal já existia antes de ocorrer a situação de fato correspondente à hipótese descrita no preceito normativo, e após sua realização fática, tal poder é excluído. Ou seja, ocorre exatamente o contrário em cada situação, pois uma das normas é constitutiva da punibilidade, e a outra, desconstitutiva.

A segunda incompatibilidade teórica interna consiste no fato de ser afirmado que, nas condições objetivas de punibilidade, o poder de intervenção penal é “excluído”, porque, caso não ocorra a situação fática respectiva (correspondente à condição objetiva de punibilidade), não é implementado o significado social do fato.

Ocorre que, se tal significado não se configurou, tampouco se configurou a consequência jurídica do fato, consistente na punibilidade, não havendo o que “excluir”.

Por fim, a afirmação de que a ocorrência da situação configuradora da condição objetiva de punibilidade constitui a relevância ética do fato, instituindo seu significado social, de modo a justificar a opção política pela instituição do poder de intervenção penal, é incompatível (e contraditória em seus pressupostos) com a anterior afirmação de que tal condição restringe a pena, pois a sua realização a implementa, em vez de limitá-la.

Esses equívocos na abordagem do tema, tratando o instituto como elemento limitador do poder interventivo estatal em vez de um aspecto instituidor desse poder, que invertem completamente sua natureza jurídica, acarretam dificuldades, não apenas para a conceituação do instituto, como, igualmente, para a identificação das hipóteses classificáveis em tal categoria.

100 FIGUEIREDO Dias, Jorge de. **Questões fundamentais de Direito Penal revisadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 244.

Outro exemplo das funestas conseqüências teóricas da abordagem das condições objetivas de punibilidade mediante a perspectiva de limitação (em vez de instituição) ao poder de intervenção penal consiste na formulação apresentada por Sauer. Ao classificar os elementos do tipo, Sauer distingue três âmbitos de abrangência, sendo o mais estrito deles composto pela definição da conduta e do evento dela decorrente; o intermediário, pelos elementos objetivos e anímico-subjetivos; e o terceiro, denominado como amplo, pelas características pessoais, pelos elementos normativos e pelos pressupostos externos de punibilidade.¹⁰¹

Nesse contexto, as condições objetivas de punibilidade consistiriam em elementos do tipo classificados dentre os “pressupostos externos de punibilidade”, classificáveis, igualmente, em três âmbitos (indicados pelo autor como o primeiro, segundo e terceiro grau, sem, contudo, ter o proponente da classificação esclarecido o critério empregado para elaborá-la).

Embora Sauer tenha reconhecido, implicitamente, o caráter institutivo da punibilidade das normas incidentes nas hipóteses em que se implementam as situações correspondentes a condições objetivas de punibilidade, eis que, ao classificá-las como elementos do tipo (em seu âmbito amplo), pressupõe que, enquanto não se implementarem, o fato não configurará uma modalidade típica completa, motivo pelo qual não se instaurará o poder punitivo estatal,¹⁰² ao explicar sua estrutura (abordando as modalidades classificadas como “pressupostos externos de punibilidade de terceiro grau”), formula uma consideração incompatível com o pressuposto adotado.

Sauer afirma que, em tais hipóteses, devido a opções políticas, o legislador pode “renunciar” à incidência da pena, quando tais situações (configuradoras das condições objetivas de punibilidade) não se implementam.¹⁰³

Ademais das incompatibilidades estruturais e sistêmicas inerentes a tal perspectiva (que correspondem às existentes na abordagem elaborada por Jescheck e que foram anteriormente comentadas, o que

101 SAUER, Wilhelm. *Derecho Penal*. Parte general. (DEL ROSAL, Juan; CERESO, José) Barcelona: Bosch, 1956, p. 117/130.

102 SAUER, Wilhelm. op. cit., p. 123.

103 SAUER, Wilhelm. op. cit., p. 128.

seria suficiente para invalidar a abordagem no plano teórico), o fato de Sauer considerar as condições objetivas de punibilidade como um elemento do tipo implica mais uma inconsistência teórica, pois, se antes da configuração da hipótese típica não há poder punitivo, não há como (ou porque) o “legislador renunciar” à sua implementação antes de sua existência.

Portanto, se o fato não é típico, não há punibilidade a excluir; e com a implementação do suposto elemento do tipo (amplo) não se re-instaura a punibilidade, pois esta nunca teria existido (conforme os termos da proposta apresentada pelo autor, em relação à teoria do delito).

Tais impropriedades teóricas demonstram a inviabilidade de adoção da perspectiva restritiva do poder de intervenção penal, em relação às condições objetivas de punibilidade.

7 - A DIFERENÇA ENTRE AS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE E AS CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL

Condições de procedibilidade para a propositura de ação penal são aspectos de fato correspondentes a atos cujo poder de realização é conferido ao interessado (vítima do delito ou seu representante) de forma discricionária, para que este opte pela instauração ou não do processo penal (em decorrência de aferição subjetiva de oportunidade e conveniência),¹⁰⁴ em hipóteses nas quais o interesse do ofendido, relativo à referida instauração, é considerado como politicamente preponderante, em relação ao interesse social correspondente à intervenção estatal na situação concreta.

Quando se considera que o interesse da vítima é preponderante em relação ao interesse social, na definição sobre a instauração do processo penal cuja finalidade é a atribuição das conseqüências jurídicas correspondentes ao delito a seu responsável, é instituída uma condição (requisito), sem cuja implementação o Estado não deverá propor a ação penal respectiva. Ou seja, a propositura da ação penal passa a ser condicionada à existência de tal requisito.

104 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op. cit., p. 337.



Embora tenham sua titularidade estruturada na modalidade pública, essas ações penais não podem ser propostas mediante ato realizado de ofício pelo órgão do Ministério Público, sendo necessário, para tanto, que a vítima ou seu representante manifestem interesse na sua propositura, nos termos da regra veiculada pelos arts. 100, § 1º, do CP, e 24, *caput*, do CPP.

Exemplo dessa hipótese é a situação descrita no art. 88 da Lei nº 9.099/95, em decorrência da qual, nos crimes de lesão corporal leve, a manifestação do ofendido ou de seu representante em relação ao interesse na formulação da acusação processual do sujeito ativo do delito é requisito necessário à propositura de ação penal.

Por se tratar de ato discricionário do interessado (a vítima ou seu representante), a oportunidade para sua realização pressupõe a possibilidade de fazê-lo, o que somente ocorre se o Estado puder propor a ação penal respectiva.

Como essa possibilidade pressupõe a ocorrência de um delito (e a configuração do poder interventivo denominado como punibilidade), a satisfação das condições objetivas de punibilidade eventualmente estabelecidas para a hipótese é requisito para a oportunização à apresentação da representação satisfativa da condição de procedibilidade para a propositura da ação penal.

Ou seja, sem que sejam implementadas as condições objetivas de punibilidade (que instituem o poder de intervenção penal), não há delito, motivo pelo qual não existe a possibilidade de optar pela apresentação ou não da representação consistente no ato que satisfaz a condição de procedibilidade processual.

Esse raciocínio decorre do fato de que a configuração completa do delito é logicamente anterior à constituição dos aspectos relativos ao processo a ser instaurado em relação a tal delito. Portanto, as condições objetivas de punibilidade se diferenciam das condições de procedibilidade para a propositura de ação penal pelo fato de as primeiras serem elementos do delito, e as últimas, institutos de conteúdo processual, cuja possibilidade de implementação pressupõe a configuração dos elementos constitutivos do delito, dentre os quais se insere o poder de intervenção penal do Estado.

Logo, é possível que se configurem as condições objetivas de





punibilidade, sem que seja satisfeita, posteriormente, uma condição de procedibilidade, mas não é possível a satisfação das condições de procedibilidade sem que se tenham configurado, previamente, as eventuais condições objetivas de punibilidade existentes em relação à hipótese.





A SONEGAÇÃO FISCAL: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DA ORDEM TRIBUTÁRIA E A NECESSIDADE DE MODIFICAR A CONSCIÊNCIA COLETIVA SOBRE O FENÔMENO DA TRIBUTAÇÃO

Gustavo Sérgio Heil

*Advogado licenciado, especialista em Direito Civil
e colaborador na Procuradoria-Geral de Justiça*

“Haverá um dia em que o direito não será visto pelos seus operadores
como um simples meio de vida, mas como uma razão de viver”
(Ministro do Supremo Tribunal Federal Doutor Carlos Ayres Britto).

1. A NECESSIDADE DA TRIBUTAÇÃO PARA A SUBSISTÊNCIA ESTATAL

É fato incontroverso para os cientistas sociais que a formação do “LEVIATÃ”¹, como descreveu Hobbes ao referir-se retoricamente ao Estado, trouxe uma série de benefícios à humanidade, representados, hodiernamente, pela prestação de serviços públicos de ordem primária, secundária e terciária, ou seja, o fácil acesso à energia elétrica e à água potável, à saúde e ao saneamento básico, ao sistema de comunicações, ao policiamento ostensivo e preventivo e a criação de órgãos fiscalizadores, dentre eles, o Ministério Público.

1 Grande monstro mencionado na Bíblia Sagrada – Livro de Jó.



E para que o Estado² possa cumprir todos os seus objetivos previstos pela Magna Carta – tendo em mira o bem estar social –, torna-se indispensável a existência de um sistema legal de tributação.

De maneira geral, a expressão tributo pode ser definida como todo valor destinado a subsidiar os serviços e obras públicas, sendo o seu recolhimento considerado não apenas uma faculdade, mas um ato impositivo e vital ao Poder Público.

É clarividente que a máquina estatal, com todo o seu aparato de apoio social, sobrecarregada pelos afazeres que lhe foram incumbidos por força de lei, promove um gasto financeiro imensurável que deve ser suportado pelos contribuintes, salvo exceção discriminada pelo legislador pátrio³.

Assim, constata-se que o pagamento de tributos é, na verdade, a garantia de todo cidadão do efetivo cumprimento dos princípios e prerrogativas relacionados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Teoricamente, o não pagamento do tributo devido, em tempo e modo oportunos, implicaria em descumprir o citado contrato social aceito por todos e tido como único instrumento capaz de garantir o bem estar coletivo.

Com efeito, pode-se dizer que o pagamento do tributo é um direito metaindividual indispensável à vida em sociedade, porquanto será por intermédio de um eficiente programa de tributação e gastos públicos que se chegará a uma distribuição ideal de renda nacional, engendrando uma economia estável e segura.

2. A PRÁTICA DE SONEGAÇÃO FISCAL E A SUA CRIMINALIZAÇÃO

De modo genérico, afirma-se que a fraude tributária caracteriza-se pela prática de atos que, de alguma forma, prejudicam o erário, considerado não só o sistema de arrecadação tributária, mas também os seus

2 Sentido amplo, compreendendo a União, os Estados membros, o Distrito Federal e os Municípios.

3 Imunidades e isenções.



mecanismos de distribuição e redistribuição de renda.

De outro turno, registra-se que tal fato é motivo de preocupação geral, vez que ocorrente na maior parte dos países, chegando muitos deles a elevar a fraude tributária a uma espécie de categoria delitiva, tal como é o caso da Espanha, Portugal e do próprio Brasil.

Assinala Machado ao vislumbrar o fundamento jurídico do Direito Penal Tributário Espanhol:

A doutrina espanhola ensina, como inteira propriedade, que 'La criminalización de la infracción tributaria puede responder a dos planteamientos diferentes: puede ser el fruto de la convicción de que se ha logrado un sistema fiscal, dentro de lo que cabe, justo, merecedor del respeto de todos y de que, por tanto, la infracción tributaria resulta intolerable, o puede ser el producto de la comprobación estadística de que casi todo el mundo defrauda y que, por consiguiente, es preciso desencadenar el terror penal para que la gente satisfaga los tributos'.⁴

No Brasil, seguindo o mesmo critério que Itália, Alemanha e França, o legislador ordinário regulou os crimes tributários em lei esparsa, fora do Código Penal.

Atualmente, vige no ordenamento pátrio a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990 – revogadora da Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965 –, que incrimina detalhadamente as condutas ilícitas fiscais, com aplicação de pena privativa de liberdade e multa.

De qualquer sorte, apesar de os tributos terem na sua essência a função primordial da manutenção do Estado, cresce, de forma assustadora, a prática de sonegação fiscal.

4 MACHADO, *Algumas Questões Relativas aos Crimes contra a Ordem Tributária*. p. 113-114.



3. O DESCRÉDITO DA SOCIEDADE NO USO DAS VERBAS ARRECADADAS PELO PODER PÚBLICO

O estudo da história da humanidade aponta que o tributo foi, durante muito tempo, cobrado para a manutenção do alto nível de vida da nobreza, não havendo que se cogitar em contraprestação em favor dos súditos.

A utilização de um sistema tributário legal, com restrições ao próprio Estado arrecadador, sofre críticas pela sociedade devido à morosidade no investimento do dinheiro público. Em alguns setores dos serviços públicos, como a saúde e o saneamento básico, a escassez é flagrante.

Os inúmeros casos de corrupção ressaltados pela mídia, como o “mensalão” e o “caixa dois de partidos políticos”, também conspiram contra a conscientização do recolhimento do tributo como um exercício da cidadania.

Desse modo, torna-se difícil que os cidadãos despertem a consciência necessária a fim de vislumbrar o pagamento do tributo de forma positiva e imprescindível ao desenvolvimento do país.

De outra banda, vale enfatizar que a grande carga tributária suportada pelos contribuintes também é uma das razões que faz que muitos deixem de contribuir ou não recolham do modo exigido por lei. E os que defendem esta corrente ideológica, ancoram-se no art. 150, inciso IV, da Carta Magna vigente, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

Nesse contexto, não se pode olvidar de mencionar a Medida Provisória n. 275, de 29/12/2005, que, proclamada pelo governo como medida benéfica às sociedades empresárias, encontra-se enrustida na sua essência a ânsia arrecadadora insaciável do Estado, pois ao invés de aumentar apenas o limite de enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte, aumentou também as alíquotas. Referida medida provisória foi convertida na Lei n. 11.307, 19 de maio de 2006.

Tendo o Brasil uma das maiores cargas tributárias do mundo, não deveriam os governantes elevar ainda mais os tributos, sobrecarregando o povo brasileiro que há tempo merece um Estado mais ativista,



garantidor dos direitos fundamentais e elaborador de políticas públicas rimadas nos preceitos constitucionais.

4. A NECESSIDADE DE MODIFICAR A CONSCIÊNCIA COLETIVA SOBRE O FENÔMENO JURÍDICO DA TRIBUTAÇÃO.

De qualquer maneira, verifica-se que a sonegação fiscal não pode ser apenas combatida com aplicação de sanção de natureza penal. A origem da sonegação fiscal também envolve uma questão cultural e política.

Política porque a prestação do serviço público e o investimento em obras públicas são deficitários. Enquanto se tiver a idéia de que o cidadão recolhe tributo para manter um poder dominador maculado por corrupção, o combate à evasão fiscal pela via judicial penal-tributária não servirá como remédio unicamente adequado à redução dos delitos fiscais.

Cultural porque o cidadão brasileiro não tem respeitabilidade no cumprimento das normas jurídicas tributárias justamente pela falta de contraprestação do Poder Público.

Merece destaque o trabalho desenvolvido pelo Estado de Santa Catarina a partir de julho de 1998, consistente em criar o Grupo de Trabalho de Educação Tributária Estadual - GETE, por meio da Portaria Conjunta da SEF/SED n. 284/1998, tendo como o objetivo a realização de cursos e entrega de material pedagógico acerca das finanças públicas, com ênfase à importância do pagamento do tributo às séries iniciais, Ensino Fundamental de 1ª a 4ª Série, Ensino Fundamental de 5ª a 8ª Série e Ensino Médio.

A implantação e o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, por outro lado, visam modificar a forma como era tratada a coisa pública por parte dos governantes e parlamentares, incutindo-lhes sempre a consciência de que todos os atos de gestão pública devem reverter em proveito da sociedade.

O Ato n. 247/2005 da Procuradoria-Geral de Justiça que institui o Terceiro Plano Geral de Atuação do Ministério Público de Santa Cata-



rina, para o período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2006, no item 6.1.1, implementa o programa de repressão aos crimes contra a ordem tributária, tendo como objetivo a redução da supressão de tributos municipais e estaduais, com a manutenção e fortalecimento de um Centro de Apoio à Ordem Tributária.

Conforme se vê, o Poder Público, por intermédio da educação fiscal, da escorreita atuação dos governantes e da atuação repressiva do Ministério Público, une-se para mobilizar a sociedade acerca da relevância de um sistema tributário eficaz e garantidor do bem estar social.

5. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DA ORDEM TRIBUTÁRIA

A atuação do Ministério Público no combate ao crime tributário tornou-se essencial, pois além do aspecto penal, a atividade institucional também produz efeitos reflexos na efetividade do processo de arrecadação. A possibilidade de deflagração de ação criminal contra o agente sonegador fiscal, culminando na aplicação de pena privativa de liberdade, possui um caráter inibitório persuasivo.

Ocorre que após o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgar, em 22 de outubro de 2003, os autos de *Habeas Corpus* n. 81.611-8, do Distrito Federal, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, prevaleceu a corrente jurisprudencial acerca da necessidade do exaurimento da via administrativa antes da deflagração da ação penal.

Manifestou-se o Pretório Excelso no sentido de que somente quando esgotado o lapso temporal de revisão do lançamento ou não existindo fundamento legal para sua revisão, o referido ato fiscal torna-se irreversível ou imodificável, passível de ajuizamento da ação penal pelo *dominis litis*. Assim, segundo o Supremo Pretório, o esgotamento do processo administrativo-fiscal constitui, pois, condição objetiva de punibilidade.

A partir desse julgamento, inúmeras ações penais tributárias foram trancadas pelas Cortes de Apelação, obstaculizando o papel do Ministério Público.

A título de ilustração, extrai-se do site oficial do Ministério Públi-

co de Santa Catarina os dados estatísticos que apontam a redução de ocorrências de ações penais tributárias após o julgado referido:

ANO	NÚMERO DE AÇÕES AJUIZADAS NO ESTADO	CIDADES COM MAIOR OCORRÊNCIA DE AÇÕES
2001	138	FLORIANÓPOLIS (31)
2002	373	CHAPECÓ (180)
2003	240	ITAJAÍ (57)
2004	76	BLUMENAU (23)

Além disso, outra dificuldade que a instituição do Ministério Público encontra ao buscar a persecução penal contra os sonegadores fiscais consubstancia-se no fato de o Estado utilizar o Direito Penal para fim exclusivo de arrecadação, sem se preocupar com a redução da criminalidade. A prova maior desta assertiva encontra-se fincada no art. 34 da Lei n. 9.249/95, que determina a extinção da punibilidade quando o agente efetuar o pagamento do tributo devido, inclusive acessórios, antes do oferecimento da denúncia.

Nesse raciocínio, segue o entendimento lançado no aresto acima mencionado, da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

À incriminação e à efetiva repressão penal dos crimes contra a ordem tributária, na lei vigente, não se podem atribuir inspirações éticas, na medida mesma em que se admite a extinção de sua punibilidade pela satisfação do tributo devido: a construção da sanção penal tem, assim, no contexto, o significado moralmente neutro de técnica auxiliar da arrecadação.

Por outro lado, convém destacar posição diametralmente oposta, assinalada pelo promotor de justiça e jurista Andréas Eisele, a qual se entende como a mais apropriada:

Porém, como não é a finalidade direta do Direito Penal a reparação do dano, a criminalização do fato não consiste em meio de cobrança, mas retri-

buição pela nocividade da conduta, com vistas à prevenção da ocorrência do fato (1998, p. 163).

É mister que o Ministério Público concentre seus esforços intelectuais para persuadir a Suprema Corte a mudar de posicionamento. É sabido que o Supremo Tribunal Federal constantemente altera o seu ponto de vista, seja por haver nova composição do colegiado, seja por razões ideológicas, assim como ocorreu, recentemente, na declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime de pena aos condenados por crimes hediondos.

Outro ponto merece atenção. A investigação dos crimes contra a ordem tributária ser realizada com as cautelas e precauções necessárias, por meio de um grupo especializado, envolvendo todos os órgãos fiscalizadores interessados, permite que se desmantelem grandes grupos de organizações criminosas e que se apreenda e se confisque o patrimônio constituído de maneira ilícita, sem qualquer óbice legal ou jurisprudencial.

O incentivo à criação de Delegacias de Polícia especializadas em crimes contra a ordem tributária e todos os demais delitos correlatos - organização criminosa, lavagem de dinheiro etc -, torna-se de suma importância para o enfraquecimento das redes de criminalidade.

Incumbe também ao Ministério Público, como fiscal da lei e da Constituição da República Federativa do Brasil, agir diretamente perante os entes municipais, estaduais e federais, visando garantir a efetividade dos investimentos públicos.

A transparência dos serviços públicos, a impessoalidade, a moralidade administrativa, a eficiência, e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, devem servir como corolários aos governantes do Estado, incumbindo ao Ministério Público a fiscalização rigorosa do cumprimento desses preceitos constitucionais por parte dos agentes públicos.

Conclui-se que tão importante quanto fiscalizar a arrecadação dos tributos, é saber a destinação, a repartição de todas as receitas tributárias, a prestação de contas de tudo o que foi legitimamente retirado do trabalhador brasileiro.

Todos os cidadãos devem assimilar a importância de seu papel social tanto no processo de arrecadação na qualidade de contribuintes, quanto no processo de gastos públicos como fiscais na divisão e distri-



buição de renda.

O desenvolvimento de tratados internacionais com os membros do Mercosul e com aqueles países considerados “paraísos fiscais” possibilitará um controle eficiente de assistência mútua entre todas as Administrações Públicas envolvidas. Assim, um país poderá solicitar ao outro informação patrimonial de determinada pessoa, a fim de concretizar uma correta liquidação de tributos.

A integração do Ministério Público com os demais órgãos fiscalizadores como Polícia Federal e Estadual, Ministério da Justiça, Receita Federal, Tribunal de Contas, têm o condão de qualificar o serviço público, reduzindo a prática de evasão fiscal, seja no processo de arrecadação, seja no processo de gastos públicos.

Numa visão metafórica, a instituição do Ministério Público representa os olhos de toda a sociedade, cumprindo zelar pelo sistema tributário brasileiro que sustenta as atividades e bens de interesse público.

O Poder Judiciário e o Ministério Público caminham juntos para o combate ao crime tributário e à corrupção. A autonomia desses poderes, garantidas pela Lei Suprema, possibilitará o crescimento da ordem, da economia e do respeito ao cidadão, que precisa ter a certeza de que os tributos que lhe são cobrados reverter-se-ão em favor da coletividade.

A situação fática experimentada, hodiernamente, pela sociedade brasileira permite afirmar que é ela a credora, enquanto o Estado é o devedor e opressor por cobrar uma das maiores cargas tributárias do mundo sem proporcionar a devida contraprestação de serviços públicos capazes de garantir o cumprimento dos direitos individuais e sociais, insculpidos no Texto Legal de Maior Envergadura Nacional.

À vista do exposto, é preciso dar suporte ao fundamento de validade do sistema tributário brasileiro, garantindo que todos cumpram o seu papel social na qualidade de contribuintes; e, em contrapartida, que o Estado forneça serviços e obras que atentem ao bem estar comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação Penal - Crimes c/a Ordem Tribut., Econ.e Rel.de Consumo. <<http://www.mp.sc.gov.br/gim/dados/mapaproducaoTJ.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2006.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 81.611-8, do Distrito Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Paciente: Luiz Alberto Chemin. Impetrantes: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 22 de outubro de 2003.

CÓDIGO PENAL. Madrid: Tecnos, 2000. 659 p.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. 203 p.

EISELE, Andréas. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Dialética, 1998. 239 p.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Todo Sobre El Fraude Tributario. Barcelona: Praxis S.A., 1994. 207 p.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. **El Delito Contable**. Barcelona: Praxis S.A., 1992. 255 p.

MARTINS, Ives Gandra. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996. 413 p.

Programa de Educação Fiscal. Disponível em: <[http:// www.sef.sc.gov.br/educacao-fiscal/homepage/default.asp](http://www.sef.sc.gov.br/educacao-fiscal/homepage/default.asp)>. Acesso em: 30 jun. 2006.

SANTOS, Rogério Dutra dos. **Thomas Hobbes e Hans Kelsen como matrizes discursivas da legitimação racional do Sistema Penal**: Fundamentos para compreensão da atividade repressiva do Estado Moderno. Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal. Elementos para a Compreensão da Atividade Repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. 301 p.



CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Max Zuffo
Promotor de Justiça - SC

Sumário: 1. Das discussões acerca da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas. 2. Da análise da questão sob a ótica do Direito Administrativo: o termo de ajustamento de condutas enquanto contrato administrativo. 3. A evolução na teoria contratual no direito privado - a socialização dos contratos. 4. Os interesses públicos como elos entre a função social do contrato no Direito Civil e a supremacia do interesse público nos contratos administrativos. 5. Da função social do termo de ajustamento de condutas. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 - DAS DISCUSSÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS

O termo de ajustamento de condutas, introduzido no ordenamento jurídico a partir do art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi incorporado no texto da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) por intermédio do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, que incluiu o §6º ao art. 5º do referido diploma legal, criando a possibilidade de que os órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública tomassem dos interessados um compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que tenha eficácia de título executivo extrajudicial, sanando em parte a grande discussão doutrinária existente a respeito da possibilidade de celebração

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 4, n. 10, set./dez. 2006 – Florianópolis – pp 143 a 174



de acordos envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

O termo ou compromisso de ajustamento de conduta surge dessa forma como o instrumento que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública dispõem para celebrar um acordo com o autor de um dano aos interesses tutelados por esta ação, visando à integral reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, através da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios que garantam eficácia para essa modalidade de autocomposição de um litígio envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

Seu objeto, como pode se extrair da sua previsão legal, é necessariamente a adequação da conduta do agente que tenha causado ou venha a causar dano a qualquer um dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos tutelados por meio de ação civil pública às determinações legais, sendo condição de validade do ajustamento de condutas a integral reparação do dano causado ao bem lesado ou o completo afastamento do risco ao bem jurídico difuso¹.

Como era previsível, em se tratando do advento de um novo instrumento jurídico, a discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica e de seus limites vem sendo intensa, especialmente por se tratar de um mecanismo destinado à tutela de interesses metaindividuais, área na qual os conflitos doutrinários e jurisprudenciais são mais ferrenhos, em razão da ausência de uma teoria geral própria para o processo coletivo.

Um dos tópicos sobre os quais a doutrina especializada debruçou-se com mais afinco, e sobre o qual os debates foram e continuam sendo mais intensos, foi o da discussão a respeito da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas.

A controvérsia a respeito da natureza jurídica deste novo instituto ficou centrada na discussão a respeito da admissão do termo de ajustamento de condutas como uma transação, nos moldes propostos pelo art. 840 do Código Civil de 2002 e o respectivo art. 1.025 do Código

1 Sobre o tema: “Aliás, é entendimento pacífico o que impõe como condição de validade do termo de ajustamento de conduta a necessidade de ele estar a abarcar a totalidade das medidas necessárias à reparação do bem lesado, ou o afastamento do risco ao bem jurídico de natureza difusa ou coletiva” IN: AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: RT, 2003. p. 69.

Civil de 1916.

Sobre o tema, vários foram os autores que defenderam a possibilidade de reconhecimento ou não do termo de ajustamento de condutas como uma forma de transação regulamentada pelo art. 1.025 do Código Civil de 1916, enquanto outros muitos diziam justamente o contrário, fundamentando seus raciocínios no art. 1.035 do Código Civil de 1916 ou no art. 841 do Código Civil de 2002, os quais limitam a aplicação da transação a direitos patrimoniais de caráter privado e nos arts. 1.025 e 840 dos mesmos diplomas retro referidos, por entenderem não ser possível haver concessões pelos órgãos públicos legitimados, já que o interesse metaindividual é indisponível.

Pode-se afirmar, contudo, que o resultado deste intenso debate foi a convergência das duas principais correntes doutrinárias a uma terceira linha de raciocínio mediana que admite que o termo de ajustamento de condutas seja uma forma peculiar de transação, ou acordo, na qual não há concessões mútuas na obrigação essencial de reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, havendo apenas concessões nos aspectos formais de cumprimento da obrigação principal, ou seja, no regramento do tempo e modo de cumprimento do elemento essencial do ajustamento de condutas.

É o que se extrai dos seguintes excertos doutrinários:

“Primeiro é preciso levar em conta que, a rigor, não se trata exatamente de uma transação, ou seja, de um acordo, no sentido de uma composição alcançada por “concessões mútuas” (CC, art. 840) [...]

Na verdade o espaço transacional que pode sobejar não inclui a parte substantiva da obrigação cominada ou a que se obrigou o responsável pela lesão ao interesse metaindividual (v.g. a recuperação de área degradada, com o replantio de espécies nativas não é transacionável); já os aspectos formais, a saber, o tempo, o modo de cumprir o preceito possam sê-lo [...]”²

2 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores** (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 330-331.

“Porém, se estamos tratando de interesses indisponíveis, pode causar perplexidade entabular compromissos se “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Sabidamente os direitos do consumidor não são direitos patrimoniais, e as cláusulas pactuadas que impliquem renúncia ou disposição de direitos são nulas.

Contudo, é preciso afirmar que o objeto do ajustamento de conduta do fornecedor não são os direitos dos consumidores, esses verdadeiramente indisponíveis, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento das obrigações destinadas a reparar os danos causados. Essas obrigações possuem conteúdo patrimonial, uma vez que se destinam a reparar fatos de produtos ou serviços. E, ainda que não tenham conteúdo patrimonial imediato – por exemplo, danos morais –, a sua reparação será avaliada nestes termos.”³

O debate doutrinário a respeito da natureza dos termos de ajustamento de condutas evidencia a situação muito bem descrita pelo Promotor de Justiça de Santa Catarina, Paulo de Tarso Brandão, de absoluta incompatibilidade da utilização de institutos e conceitos jurídicos tradicionais, os quais não se harmonizam com os novos mecanismos destinados à tutela dos interesses e direitos metaindividuais:

“Os conceitos que têm influenciado a doutrina e a praxis no que se refere às Ações Constitucionais ainda são decorrentes de conceitos ultrapassados de Teoria do Estado e do Direito, que já não têm qualquer sentido no Estado Contemporâneo: a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado; o mito da separação das funções no exercício do Poder do Estado; a teoria da ação do Processo Civil informando o estudo das Ações Constitucionais.

3 GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. alli.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 975.



De outro lado, mesmo quando há a percepção por parte da maioria dos doutrinadores no sentido de que se deva encontrar instrumentos efetivos para a tutela dos direitos adjetivados como “novos”, a proposta principal é a da necessidade de modificação do Processo Civil, sem que haja a percepção de que esse instrumento é incompatível com interesses de outra ordem que não os de natureza intersubjetiva. É exatamente por isso que tais doutrinadores ou operadores sempre afirmam a necessidade de criação de novos instrumentos processuais capazes de cumprir essa finalidade, mas, repita-se, pensam sempre esses novos instrumentos como um Processo Civil mais avançado.”⁴

Um aspecto a respeito dos termos de ajustamento de condutas, que foi pouco abordado pela doutrina especializada, é a sua natureza contratual e os efeitos decorrentes dessa constatação. Sem que esteja esgotado o debate a respeito da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas, essa nova abordagem visa analisar a forma pelo qual esse instituto se materializa no plano fático. Dentre os autores que discorreram sobre o tema destaca-se Daniel Roberto Fink:

“Nesse sentido, a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias.

[...]

Por outro lado, a transação, ainda que seja a rigor da forma de extinção de obrigações litigiosas, quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, do qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência

4 BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 191.



de todos os princípios e regras aplicáveis a esse. Capacidade das partes, objeto lícito e solenidade, como condições gerais de validade dos contratos, e bilateralidade, cláusulas penais, vícios nas declarações de vontade são princípios e regras plenamente aplicáveis. Apenas é preciso lembrar que o objeto contratual é o estabelecimento de obrigações com vistas à plena recuperação do meio ambiente, que, por sua vez, se constitui em interesse público indisponível. Essa lembrança serve de advertência, pois um instituto trazido do direito privado, como é a transação, deve amoldar-se aos princípios que norteiam a tutela do interesse público.”⁵

Nesse sentido, independentemente de ser o termo de ajustamento de condutas uma transação nos exatos moldes do art. 840 do Código Civil, ou não, o debate acerca do aperfeiçoamento do termo de ajustamento de conduta com vistas a lhe dar um grau de eficácia maior na tutela dos interesses metaindividuais deve levar em conta o fato de que ele corresponde a um contrato.

2. DA ANÁLISE DA QUESTÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS ENQUANTO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como restou demonstrado com clareza por Daniel Roberto Fink, o termo de ajustamento de condutas, independentemente da solução que a doutrina abalizada apresente para e sua natureza jurídica, é materializado por intermédio de um contrato firmado por um ente público legitimado à propositura da ação civil pública (Ministério Público e os órgãos públicos legitimados⁶).

- 5 FINK, Daniel Roberto. Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento conduta). IN: MILARÉ, Edis. (coord.) **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 119
- 6 Não será abordado neste artigo o debate a respeito da utilização indevida pelo legislador do termo “órgãos públicos” para especificar os entes públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas, recomendando-se a leitura dos ensinamentos de Rodolfo Camargo de Mancuso a respeito do tema em sua obra Ação Civil Pública (MAN-



Não obstante a doutrina não descrever o termo de ajustamento conduta como um típico contrato administrativo, todas as características desta espécie de contratos são explicitadas por aqueles que se debruçam sobre o tema, especialmente no que diz respeito à incidência das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo nos termos de ajustamento de conduta, senão vejamos.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o contrato administrativo como a relação jurídica formada entre as partes por um acordo de vontades, em que elas se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas, as quais podem ser alteradas unilateralmente ou extintas pelo Poder Público:

“Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

[...]

Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordo de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar “contratos”.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) contratos de Direito Privado da Administração da Administração;
- b) “contratos administrativos”.

[...]

CUSO, Rodolfo Camargo de. **Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)**. 9 ed. São Paulo: RT, 2004. p.323 e seguintes).



Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra-referidos –, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração Pública instabilizar o vínculo, seja:

- a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;
- b) extinguindo unilateralmente o vínculo.”⁷

A mutabilidade unilateral, característica marcante do contrato administrativo, é explicitada com brilhantismo por Fernando Reverendo Vidal Akaoui, que, no entanto, não o classifica como contrato administrativo, limitando-se a conceituá-lo como ato administrativo (em sentido amplo), gênero do qual os contratos são espécies⁸, como já

7 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 574-576.

8 Não obstante não haver indicação se o conceito usado pelo autor é de ato administrativo em sentido amplo, colhe-se que o conceito de ato administrativo em sentido estrito é inaplicável ao termo de ajustamento conduta, pois não se trata de ato unilateral da Administração Pública, afeiçoando-se mais este instituto da tutela coletiva ao conceito de contrato administrativo. Sobre o tema colhem-se as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello após expor seu conceito de ato administrativo:

“O conceito que acaba de se dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados contratos administrativos.

O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo.[...]

Ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em sentido estrito.[...]

Em acepção estrita pode-se conceituar o ato administrativo como os mesmos termos utilizados, acrescentando-se as características da concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício das prerrogativas públicas,



visto no item 2 supra (vide nota 19):

“Com efeito, o compromisso de ajustamento de conduta obtido pelo órgão público, seja ele qual for, não se torna imutável, não sendo correto tentar equipará-lo à sentença, que sofre os efeitos da coisa julgada.

Portanto, verificando-se a necessidade de reajustamento dos termos do compromisso anteriormente firmado, não deverá o órgão público relutar em tentar obter a composição com o interessado, e, não obtendo êxito neste intento, lançar mão das medidas judiciais cabíveis.”⁹

A classificação dos termos de ajustamento de conduta como contratos administrativos é mais evidente, quando se utiliza o conceito de contrato administrativo proposto por Marçal Justen Filho e partilhado por outros administrativistas, pelo qual o contrato administrativo é caracterizado pela presença de pelo menos uma das partes atuando no exercício da função administrativa:

“Prefere-se definir contrato administrativo como o acordo de vontades destinado a criar, modificar, ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.”¹⁰

Em se tratando de um contrato administrativo, o termo de ajustamento de condutas deve obediência aos princípios de direito público, aplicando-se subsidiariamente os princípios da teoria geral dos contratos

manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgãos jurisdicional).” IN: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357-358.

- 9 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: RT, 2003. p.99-100.
- 10 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277



e das disposições de direito privado, consoante a redação do art. 54 da Lei 8.666/93, aplicada aos termos de ajustamento de conduta por analogia:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Como conseqüência da aplicação dos princípios de direito público aos termos de ajustamento de conduta constata-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado – princípio basilar aos contratos administrativos – tem papel central na regência dos termos de ajustamento de conduta, como pode se observar a partir das lições de Jessé Torres Pereira Júnior acerca da aplicação deste princípio aos contratos administrativos:

“O que se deduz da presença da Administração Pública no contrato é que a ordem jurídica passa a garantir a prevalência do interesse público que a Administração encarna e ao qual o interesse privado, representado no pólo oposto da relação, deve sujeição, nos termos e limites da lei e do contrato.”¹¹

O reconhecimento de que o termo de ajustamento de condutas é um contrato administrativo, aplicando-se a ele os princípios inerentes a esta categoria contratual, possibilita uma evolução na exegese deste instrumento de tutela coletiva, especialmente no que diz respeito à análise de sua função social e do cumprimento desta, o que será o objeto central do presente estudo.

3. A EVOLUÇÃO NA TEORIA CONTRATUAL NO DIREITO PRIVADO - A SOCIALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Para que se possa analisar a função social do termo de ajustamento de conduta, mostra-se imperioso realizar uma breve retrospectiva da evolução da teoria contratual no século XX, demonstrando a sua crise e

11 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 554.



a superação desta por meio da socialização do contrato, especialmente pela introdução da função social do contrato como um dos princípios fundamentais desse novo regime contratual.

A compreensão da atual realidade contratual demanda o retorno aos eventos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, em especial aos processos de industrialização e de massificação das relações de consumo por intermédio dos contratos de adesão, os quais evidenciaram a crise da teoria contratual tradicional, em razão da constatação de que os princípios da autonomia da vontade privada e do *pacta sunt servanda* não mais espelhavam a nova realidade dos contratos, onde a manifestação da vontade era mais aparente do que real e o descompasso entre a o conteúdo do contrato e a realidade fática que ligava as partes era marcante, ao ponto de se apregoar o fim do contrato, como pontua Cláudia Lima Marques ao relatar esse momento da teoria contratual:

“Com a industrialização e massificação das relações, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.

Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente –, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

[...]

A crise na teoria contratual era inconteste. Em 1937, Gaston Morin sabiamente preconizava a ‘revolta dos fatos contra os códigos’, o declínio e o fim da concepção clássica do contrato. Pois, apesar de asseguradas, no campo teórico do direito a liberdade e autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos, o desequilíbrio daí resultante, já era flagrante.”¹²

12 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 163.



Ao contrário do apregoado por alguns, a crise não resultou na extinção dos contratos, mas sim na sua transformação e reformulação, no que pode se chamar de socialização da teoria contratual, a qual não foi um evento isolado no direito privado, mas sim parte integrante de uma tendência mais ampla, consistente na adequação do direito civil às mudanças sociais e econômicas do mundo pós-guerra¹³.

Afirma-se que a doutrina civilista, inspirada por uma série de movimentos tendentes à socialização do direito, tais como a “jurisprudência de interesses” baseada nas idéias de Jhering, a doutrina social da Igreja Católica exposta em suas encíclicas e as doutrinas socialistas, passou por um considerável processo de socialização, inicialmente por intermédio da positivação de temas como a responsabilidade civil por danos, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico, a proteção da confiança nas relações contratuais, as restrições sociais ao direito de propriedade, dentre outras, inicialmente no Código Civil Italiano de 1942 e posteriormente em muitos outros instrumentos normativos¹⁴.

Os reflexos dessas transformações do direito no civil são facilmente

13 Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Et. Al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 503.

14 “Desde fins do século XIX, o direito não ignorava o aparecimento das doutrinas socialistas, exigindo normas de tutela específica da classe operária e de suas relações com o empresariado.[...]”

A Igreja Católica propõe, em suas encíclicas, uma doutrina social a mudança de uma moral individual para uma ética social, combatendo tanto as idéias marxistas quanto as do liberalismo selvagem, pois considera que a razão do Estado é velar pelo bem comum, devendo, portanto amparar os direitos dos cidadãos, especialmente os mais fracos.

[...]

As idéias de Jhering foram o ponto de partida da “jurisprudência de interesses” do início do nosso século e tiveram uma atuação libertadora para os juízes ao interpretar as leis e preencher as lacunas, pois poderiam eles aplicar os juízos de valores contidos na lei sem descuidar do caso concreto em julgamento. Porém, infelizmente, a “função social do direito privado” preconizada por Jhering permaneceu nas páginas dos livros e revistas doutrinárias, não chegando a sensibilizar o legislador de direito civil. Temas como a responsabilidade por dano, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico (Geschäftsgrundlage), a onerosidade excessiva, as restrições sociais ao direito de propriedade, a proteção da confiança nas relações contratuais, as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, só encontrariam alguma disciplina legal após a Segunda Guerra ou no pioneiro Código Civil italiano de 1942.” IN: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 164/165.

detectáveis na teoria contratual, que passou a levar em consideração não apenas o momento de manifestação da vontade pelas partes, mas especialmente os efeitos do contrato na sociedade e as condições econômicas das pessoas envolvidas no contrato, dotando-o de uma nova função – a função social – ou seja, a busca e realização da justiça e do equilíbrio contratual:

“O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve de se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

...É o que o novo Código Civil denomina “função social do contrato”, novo limite ao exercício da autonomia privada.”¹⁵

Com a atribuição dessa nova função ao contrato, designada de “função social do contrato”¹⁶, opera a denominada socialização da teoria contratual, onde o papel da vontade na auto-regulamentação das relações privadas encontra-se limitado por normas imperativas pautadas pelo interesse social, conforme leciona de forma precisa Cláudia Lima Marques:

“A nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição das pessoas nele envolvidas ganha em importância. [...]

15 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 167.

16 O conceito de Cláudia Lima Marques é compartilhado por Mariana Ribeiro Santiago, em sua obra “O Princípio da Função Social do Contrato”, onde após analisar uma série de conceitos de “função social do contrato” elaborados por Antonio Junqueira de Azevedo, Gino Gorla, Orlando Gomes, Álvaro Villaça, Adriano Lichtenberger Parra, Rogério Ferraz Donnini, Carlos Alberto Ghersi, Luiz Roldão de Freitas Gomes e Humberto Theodoro Júnior, afirma que “Atualmente, na definição de função social do contrato, a totalidade dos autores por nós pesquisado ressalta o caráter condicionador de tal princípio, que submete o interesse privado ao interesse público, limitando, assim, a autonomia privada.” IN: SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O Princípio da Função Social do Contrato**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 77/80.

A procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas da boa-fé da partes contratantes.

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade prevalecerão, mas o espaço reservado para que os particulares autoremulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar um elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.”¹⁷

Destaca-se que a socialização da teoria do contrato e o cumprimento de sua função social se concretizam pelo intervencionismo estatal nas relações contratuais, fenômeno esse denominado dirigismo contratual, onde o Estado, por meio de normas cogentes, passa a interferir de forma direta na liberdade contratual, sem, contudo, extinguir a autonomia da vontade privada, como expõe Nelson Nery Junior:

“Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a situação sociopolítica das sociedades europeias até então estáveis se modificou, de sorte que a realidade impôs a adoção de regras que atendessem às necessidades oriundas da guerra, bem como conduzissem a sociedade pós-guerra de volta às tão esperadas estabilidade e paz social.

E é nesses períodos de grande comoção econômica, aliada às vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do dirigismo contratual, como uma espécie de elemento mitigador da autonomia

17 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 210/211.

privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar¹⁸.”

A socialização da teoria contratual em nosso ordenamento jurídico deu-se de forma tardia, mas marcante, inicialmente por intermédio do papel revolucionário do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no ordenamento princípios como o da boa-fé objetiva, seguindo pela evolução jurisprudencial da teoria contratual que foi buscar inspiração no Código de Defesa do Consumidor, alargando o seu espectro de atuação em muitos casos e mesmo aplicando seus princípios em contratos que não caracterizavam relações de consumo e posteriormente com a edição do Novo Código Civil, que, dentre muitas outras inovações, positivou o princípio da função social do contrato no ordenamento pátrio.

4. OS INTERESSES PÚBLICOS COMO ELOS ENTRE O A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO DIREITO CIVIL E A PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Observa-se que o ponto fulcral da socialização da teoria contratual no direito civil é a limitação da esfera de auto-regulamentação das partes por meio da introdução do princípio da função social na teoria contratual, o que, em última análise, acarreta a submissão do princípio da autonomia da vontade privada aos interesses sociais vigentes¹⁹.

O princípio da função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil é, conforme afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, mais uma

18 Ada Pellegrini. Et. Al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 500.

19 Interesses sociais oriundos dos valores plasmados em nosso ordenamento jurídico, como bem expõe Rafael Chagas Mancebo: “Os valores que fundamentam todo o ordenamento jurídico informam a função social do contrato e por meio desta incidem o regime contratual privado, sendo esta a razão em dizer que os fundamentos do art. 421 do Novo Código Civil encontram-se além da lógica contratual, em verdade naqueles valores sociais – justiça e ordem, certeza e segurança – que fundamentam expressões como fim social e o bem comum, justiça e justiça social, que se tornam razões de existência para o ordenamento jurídico.” IN: MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25.

manifestação concreta do princípio basilar do direito administrativo – o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado –, o qual rege não apenas a disciplina contratual dos termos de ajustamento de conduta, mas o agir dos órgãos públicos legitimados a celebração destes compromissos e a própria convivência em sociedade, como pode se verificar pelos ensinamentos do mestre administrativista:

“O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que em inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros.”²⁰

A aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no âmbito dos contratos administrativos é fonte de algumas das características que justamente os distinguem dos demais contratos, especialmente pela possibilidade da Administração Pública instabilizar o vínculo contratual unilateralmente na busca da concretude do interesse público:

“... o consenso entre a Administração e o particular, que dá ensejo ao ato obrigacional e à conseqüente responsabilidade dos contratantes, não será idêntico àquele firmado entre particulares; a razão disso está na própria relevância do fim a ser atendido pela Administração; que é inteiramente diverso daquele perseguido pelo particular. Enquanto a Administração busca atingir o bem-estar geral, o particular age tão-somente em seu benefício. Tal situação de desigualdade levou a doutrina a buscar no Direito Público uma disciplina das peculiaridades das contratações que envolvessem interesses

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

públicos, sem, contudo, dissociar-se da teoria geral dos contratos, sob pena de descaracterizá-los como instrumento de captação de bens e serviços juntos aos particulares, que, então, se afastariam dessa indispensável colaboração.”²¹

Constata-se assim que apesar de se tratarem de princípios aplicáveis a ramos distintos do direito, o princípio da função social do contrato e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado tem a mesma finalidade primordial, qual seja, a de garantir a convivência harmônica em sociedade, limitando o âmbito de vigência dos interesses privados à sua harmornização com o interesse público.

Ambos os princípios, como visto, encontram-se ligados pelo papel preponderante do interesse público sobre os interesses privados, sendo necessário para que se compreenda a função social do termo de ajustamento de conduta delimitar os contornos jurídicos do interesse público mencionado nestes princípios.

A discussão a respeito da conceituação do interesse público é vasta na doutrina especializada, havendo aqueles que como Celso Antonio Bandeira de Mello definem-no como sendo o *“interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelos simples fato de o serem”*²², enquanto outros como Marçal Justen Filho abordam-no sob a ótica de um critério mais amplo, qual seja, o da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais como fundamento do interesse público.

A exposição de Marçal Justen Filho a respeito do conceito de interesse público mostra-se importante para a compreensão do tema.

O administrativista inicialmente demonstra que a supremacia de interesse público sobre o privado encontra-se fundada em um conceito indeterminado que é o de interesse público, sendo tarefa complexa a delimitação de seus contornos, mas extremamente necessária em razão da possibilidade de arbítrios e ofensas ao regime democrático caso isso não seja feito:

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A inadimplência contratual da Administração Pública e suas conseqüências**. Boletim ADCOAS, julho de 1993, p. 633.

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53.

“A supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia.

[...]

Essas concepções são relevantes, mas propiciam problemas insuperáveis, relacionados com a ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público. Isso dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais.

[...]

Não é fácil definir “interesse público”, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta uma exatidão de conteúdo. Mas a função primordial atribuída ao interesse público exige contornos mais precisos.”²³

Justen Filho prossegue, buscando dar contornos mais precisos ao interesse público, inicialmente distinguindo os interesses do Estado do interesse público²⁴ e, na seqüência, refutando as soluções propostas pela doutrina para identificação do conteúdo do interesse público, especialmente em virtude de seu cunho antidemocrático²⁵.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35/36.

24 “O primeiro equívoco é confundir interesse público e interesse estatal, o que gera um raciocínio circular: o interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público. Essa concepção é incompatível com a Constituição, e a maior evidência reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve, em especial, o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais.”IN: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

25 As soluções propostas pela doutrina de um modo geral e os argumentos de negação dessa teses expostas por Marçal Justen Filho são, sinteticamente: a) a identificação do

O raciocínio desenvolvido por Marçal Justen Filho constata, amparado nas críticas tecidas à teoria do interesse público, que não há apenas um interesse público, mas que em nossa sociedade complexa existem inúmeros interesses públicos todos merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis, tornando-se imperiosa a identificação do atributo peculiar que diferencia esses interesses dos demais:

interesse público com o interesse privado comum a todos os cidadãos, a qual é contestada sob o argumento de que o interesse público abarca interesses que muitas vezes não são interesses da maioria da população e que ainda assim em um Estado Democrático de Direito devem ser tutelados; b) o reconhecimento do interesse público como sendo um interesse privado não egoístico com alguma homogeneização coletiva, que é refutado em razão dos mesmos argumentos expostos na solução “a” e c) a afirmação de que o interesse público seja o interesse da “sociedade”, entendida como o mero somatório dos indivíduos, o que também é rechaçado por sua natureza antidemocrática.

“O conceito de interesse público é, usualmente pressuposto como algo sabido, mas é muito difícil expor seu conteúdo. Há varias alternativas possíveis.

A solução mais simplista seria identificar interesse público como o interesse privado comum a todos os cidadãos.... ..Essa concepção é inútil, porque a unanimidade nunca será atingida. Basta um único sujeito ter interesse divergente dos restantes para que não surja o interesse público.

Uma alternativa reside, então, em afirmar que o interesse público é o interesse privado comum e homogêneo da maioria da população. Esse entendimento também não pode ser aceito, porque conduz à opressão. O “interesse público” a ser respeitado não pode ser, numa democracia, apenas o interesse da maioria da população. Isso significa a destruição do interesse das minorias.

[...]

Uma variante teórica reside em reconhecer que nem todo interesse privado pode ser reconhecido como público. Haveria duas categorias de interesses privados. Primeiramente, interesses privados pertinentes à existência individual egoística, cuja conjugação nunca resultaria no surgimento de um interesse público. Seriam interesses essencialmente individuais.

Ao lado deles, haveria interesses privados que poderiam dar origem a um interesse público, na medida em que ocorresse alguma homogeneidade coletiva. Seriam interesses privados de natureza não egoística. Esses interesses privados especiais podem ser relevantes a ponto de dispensar o requisito da maioria. Bastaria que parcelas significativas da sociedade apresentassem interesses comuns dessa ordem para o reconhecimento da publicidade do interesse.

[...]

Uma terceira alternativa também é insatisfatória. Consiste em afirmar que o interesse público é o interesse da “sociedade”, entendida como algo inconfundível com o mero somatório dos indivíduos. Nesse caso, admite-se que o todo (conjunto de indivíduos) é mais do que o resultado da soma das unidades. Essa construção é rejeitada por sua natureza antidemocrática.” IN: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39/41.

“Uma crítica insuperável reside em que a teoria do interesse público pressupõe a existência de um interesse público único, o que representa desnaturação da realidade social e jurídica.

Quando se afirma que os conflitos de interesse se resolvem por via da prevalência “do” interesse público, produz-se uma simplificação que impede a perfeita compreensão da realidade.

[...]

Ou seja, as situações concretas demonstram a existência de diversos interesses públicos, inclusive em conflito entre si. Logo, a decisão a ser adotada não poderá ser fundada na pura e simples invocação do “interesse público”. Estarão em conflito diversos interesses públicos, todos em tese merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis.”²⁶

Marçal Justen Filho propõe então, de forma brilhante e importante para a compreensão do problema proposto de análise da função social do termo de ajustamento de condutas, que a delimitação dos contornos dos interesses públicos se dê não apenas em razão de questões técnicas ou econômicas, mas, sobretudo a partir de uma questão ética, qual seja, a indisponibilidade de princípios e valores fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, valores esses que quando ligados a determinado interesse cuja tutela se torne indisponível, qualificam-no como sendo um interesse público:

“Nesse ponto, é necessária uma radical modificação no panorama jurídico. A disputa sobre o direito administrativo não é uma questão técnica. A incidência de um regime jurídico diferenciado deriva não de razões puramente técnicas, mas de imposições éticas. É necessário investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas. A distinção entre público e privado se assenta não

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.



numa questão puramente econômica ou técnica. O núcleo da distinção apresenta natureza ética. Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível e não o inverso.O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.

Não se admite subordinar as necessidades indisponíveis à disciplina jurídica própria dos interesses individuais disponíveis. A ausência de satisfação daquelas necessidades configura infração a valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Tudo evidencia que a questão não reside num “interesse público”, de conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais.”²⁷

Desse modo, para o autor, a delimitação dos contornos dos interesses públicos deve se dar a partir da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, os quais são critérios anteriores à própria supremacia dos interesses públicos sobre os privados.

Para Marçal Justen Filho, os interesses públicos passam a ser fruto de um processo democrático e contínuo de produção e aplicação do direito, não sendo mais elementos justificadores da atuação da Administração, mas qualificadores deste agir na medida em que apenas

27 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43/44.



as decisões obtidas por meio de procedimentos regulares e em respeito aos direitos fundamentais poderão ser reputadas como traduções dos interesses públicos:

“A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.

[...]

Então, somente seria possível aludir a “interesse público” como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo “o interesse público”. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse “interesse público”, e sim porque compatível com os direitos fundamentais.”²⁸

Em suma, o que legitima a atuação da Administração Pública de um modo geral, bem como seus contratos administrativos, dentre os quais os termos de ajustamento de condutas, e o que torna os contratos firmados entre particulares válidos dentro da atual teoria contratual socializada por meio da inclusão do princípio da função social do contrato é o respeito aos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma, o respeito aos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico passa a ser também o elo entre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e do princípio da função social do contrato.

Desse modo, a análise da função social dos termos de ajustamento de conduta deve se dar com base na sua harmonia com os direitos

28 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.



fundamentais previstos em nosso texto constitucional.

5 - DA FUNÇÃO SOCIAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

A função social dos termos de ajustamento de conduta, consoante o raciocínio desenvolvido acima, se dá por intermédio da constatação de que esses instrumentos contratuais administrativos estejam efetivamente tutelando os direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico por intermédio da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios, destinadas a garantir a reparação ou a prevenção de lesões a esses direitos.

A tarefa de comprovação do cumprimento da função social dos termos de ajustamento de condutas em razão da vagueza dos termos usados para defini-la é extremamente complexa, o que pode causar um elevado grau de insegurança nos operadores jurídicos.

A insegurança retro mencionada, contudo, deve ser compreendida no âmbito de uma manifestação sociológica mais ampla do que a própria socialização da teoria contratual acima descrita brevemente, intitulada crise da pós-modernidade, a qual atinge a sociedade de forma acentuada e que demanda do direito modificações no seu estilo de pensamento de modo a fornecer respostas aos anseios cada vez mais complexos e mutáveis da sociedade:

“Com a sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que permeiam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos



do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais do cidadão.”²⁹

A crise pós-moderna faz com que a ciência do direito tenha que desenvolver um modo de raciocínio cada vez mais tópico, caracterizado pela criação de figuras jurídicas, conceitos e princípios abertos, destinados a assumir significação em função do problema a ser resolvido no caso concreto:

“... o direito deixa o seu ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas. É um estilo de pensamento cada vez mais tópico, que se orienta para o problema, criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais, delimitados sem tanto rigor lógico, como veremos no CDC, pois só assumem significação em função do problema a resolver, são fórmulas jurídicas de procura de solução do conflito, fórmulas que jamais perdem a sua qualidade de tentativa. Esta parece ser a fase do direito atual, pois, superado o ceticismo quanto ao declínio do pensamento sistemático, a infalível descodificação, evoluímos para considerar a realidade positiva da função do pensamento tópico e da reetização do direito.

Como resultado desta mudança de estilo de pensamento, as leis passam a ser mais concretas, mais funcionais e menos conceituais. É o novo ideal de concretude das leis, que para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela realidade social, opta por soluções abertas, as quais deixam

29 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 168.



larga margem de ação ao juiz e á doutrina, usando freqüentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os da boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros. São topoi da argumentação jurídica, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de inegável força para alcançar a solução justa ao caso concreto.”³⁰

As alterações impostas à ciência do direito pela crise pós-moderna mostram-se evidentes em ramos do direito que abarcaram a tutela de direitos e interesses de terceira geração, utilizando aqui a nomenclatura de Norberto Bobbio, tais como o direito do consumidor e do meio ambiente, especialmente no que diz respeito à principiologia própria destes ramos jurídicos, os quais como se sabe são dotadas de um razoável grau de indeterminação manifestada em princípios como o da prevenção/precaução, do poluidor-pagador, da função socioambiental da propriedade, da boa-fé objetiva, da função social do contrato, dentre outros.

Sendo justamente nessas searas onde a utilização dos termos de ajustamento de condutas é mais freqüente, a análise da função social deste instituto da tutela coletiva passa a ser uma atividade típica do direito pós-moderno, pois a constatação do cumprimento da função social do termo de ajustamento de conduta dar-se-á sempre caso a caso, mediante a comprovação de que o direito fundamental subjacente à própria pactuação do contrato administrativo foi tutelado de forma efetiva no caso concreto.

Assim, o termo de ajustamento de condutas irá cumprir sua função social apenas quando efetivamente promover a integral reparação do *status quo ante* o evento danoso a um direito fundamental, ou prevenir a ocorrência desta lesão, tutelando de forma eficaz o direito fundamental inserido no instrumento contratual.

A análise da função social do termo de ajustamento de condutas passa deste modo a ser mais um tópico no debate a respeito da eficácia da tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico, tema este que começa a ganhar força após os vinte anos desde a publicação da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), como se pode perceber na recente

30 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 213/214.



obra publicada e coordenada por Edis Milaré, que inaugura sua obra afirmando que os desafios atinentes à implementação da tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico são muitos, destacando-se dentre eles, aqueles oriundos do manuseio inadequado dos instrumentos da ação civil pública, os quais podem dar azo a seu descrédito:

“Retomando o que se disse quando da comemoração dos dez anos da Lei 7.347/85, não apenas a ciência jurídica enriqueceu-se com o estudo e a prática da ação civil pública, mas, sobretudo, alargaram-se as fronteiras dos direitos da sociedade civil mediante iniciativas e procedimentos que, mais do que jurídicos e processuais, foram social e politicamente pedagógicos, porquanto despertaram mais e mais a consciência de cidadania e, por isso, desencadearam processos participativos orientados à defesa do patrimônio coletivo e da sadia qualidade de vida dos cidadãos.

[...]

De outra, infelizmente, é necessário reconhecer que tanto o ordenamento jurídico nacional tem muito caminho por fazer como também o sistema político inspirado no ideal democrático ainda é frágil, com muitos percalços a vencer.

[...]

Em contrapartida, cumpre reconhecer que o recurso indiscriminado e mal fundamentado aos instrumentos da ação civil pública pode desfigurar, também ele, a verdadeira imagem da tutela jurisdicional dos interesses pelos quais essa medida é invocada. Neste caso parece oportuno recordar que se, por um lado a lei não pode ser ignorada, por outro a sua aplicação não pode ser banalizada por iniciativas infundadas e motivos arbitrários, juridicamente inconsistentes ou socialmente sec-



tários, como tem sucedido”³¹

No que diz respeito especificamente ao termo de ajustamento de condutas, observa-se que ainda prepondera uma visão romantizada a respeito de sua aplicação, no sentido de que a simples formalização do ajustamento de conduta, ou mesmo a instauração de inquéritos civis e procedimentos preliminares, já se basta para garantir uma tutela eficaz dos interesses metaindividuais, circunstância essa que pode levar aos efeitos deletérios do uso indiscriminado desse importante instrumento de tutela coletiva, como se pode observar nas seguintes afirmações:

“Tanto o inquérito civil, privativo do Ministério Público (art. 8º, §1º, da LACP), quanto o compromisso de ajustamento de conduta, que pode ser tomado do interessado por qualquer órgão público legitimado (art. 5º, §6º), são instrumentos que se vêm mostrando muito idôneos para a resolução rápida e efetiva de conflitos envolvendo os direitos coletivos sem a necessidade de se recorrer à via judicial.

Freqüentemente só a instauração de um inquérito civil ou procedimento administrativo pelo Ministério Público basta para que o infrator, objetivando evitar a condição de réu e outros transtornos que a atividade ministerial possa lhe causar, corrija espontaneamente a sua conduta tornando desnecessária até mesmo a negociação que redundaria em um compromisso de ajustamento de conduta. Este, por sua vez, mais vantajoso por viabilizar a execução judicial das obrigações assumidas e das multas por seu descumprimento, ainda possibilita um debate mais aprofundado sobre as formas de solucionar situações que costumam envolver inúmeras variantes relacionadas a áreas do conhecimento estranhas ao direito, bem como interessados outros que não só o infrator, incluindo membros da sociedade atingidos por sua atividade e que, na via judicial, teriam muito restringida sua possibilidade de intervir no

31 MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005. p. 5-6.



equacionamento da situação lesiva.”³²

Impõe-se assim, com a finalidade de garantir o cumprimento de sua função social, que os órgãos públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas implementem mecanismos mais rigorosos de controle da eficácia dos termos de ajustamento de das obrigações pactuadas nos termos de ajustamento.

Esses mecanismos podem ser internos, como, por exemplo, através de controles estatísticos administrativos, tais como os previstos no Ato nº 03/03 CGMP/SP, de 17 de dezembro de 2003³³; ou podem ser externos, por meio da intervenção da sociedade civil, a qual pode ser implementada a partir de um aumento no grau de publicidade dos termos de ajustamento de condutas firmados, sugerindo-se a indicação clara de um link para os termos de ajustamentos de conduta na página inicial dos sites dos ministérios públicos, aliada à divulgação de todos os termos firmados, medida que aumentaria de forma sensível o grau de eficácia do princípio da publicidade, possibilitando assim que a sociedade auxiliasse o Ministério Público e as demais partes legitimadas a fiscalização do cumprimento destas obrigações.

E, além disso, sugere-se a incorporação de mecanismos de garantia de execução das obrigações firmadas nos termos de ajustamento de conduta, por intermédio da aplicação de técnicas de garantia e avaliação de risco contratual que já vêm sendo aplicadas pela Administração Pública, especialmente pelos bancos de desenvolvimento³⁴, como método

32 GAVRONSKI, Alexandre do Amaral. **Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade.** IN: MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: RT, 2005. p. 32.

33 Este ato da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo exige que os promotores de justiça prestem informações a respeito do número de termos de compromisso de ajustamento de conduta: a) firmados no período; b) em verificação; c) cumpridos e d) das execuções judiciais em andamento, o que não é verificado em outros Ministérios Públicos, que se limitam a colher dados a respeito do número de termos de ajustamento de condutas firmados, não havendo controle formal de sua efetividade.

34 Não serão abordados de forma mais profunda neste momento os métodos para análise de risco, os quais podem ser incorporados no processo decisório para celebração de um termo de ajustamento de conduta atuando com uma importante ferramenta de auxílio dos entes públicos, evitando a pactuação de contratos que a análise de risco apontaria como muito arriscados sob a ótica da inadimplência. Apenas a título de ilustração, interessante mencionar o processo básico de avaliação de risco nas palavras de Sebastião Bergamini



de obtenção de um grau de eficácia maior deste instrumento de tutela dos interesses metaindividuais³⁵, permitindo desse modo que a sua função social seja cumprida.

6. CONCLUSÃO

Todo e qualquer estudo ou debate a respeito da tutela de interesses

Jr., Luiz Ferreira Xavier Borges, Regis da Rocha Motta, Guilherme Marques Calôba e Leticia Nabuco Villa-Forte no artigo Modelo de Avaliação de Risco de Crédito em Projetos de Investimento quanto aos Aspectos Ambientais, publicada no site do BNDES (<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/risco.pdf>):

“A concessão de crédito tradicional geralmente envolve modelos estatísticos e regressões, para a avaliação do potencial de inadimplemento de um dado cliente, empresa ou projeto. Tais modelos são diferenciados visando adaptar o instrumental analítico a dimensões extremamente diversificadas: desde o crédito pessoal, passando por créditos a pequenas empresas, chegando a avaliações de grandes empresas exploradoras de petróleo ou mineradoras, de porte mundial.

Um modelo para avaliação de risco de crédito de empresas considera, em geral, os indicadores extraídos das demonstrações contábeis, ou seja, estuda os dados advindos do balanço patrimonial e outras declarações contábeis, buscando extrair indicadores que tenham alto poder explicativo e elevado grau preditivo em termos de endividamento, lucratividade e outras dimensões. Outro importante dado que compõe o modelo é o comportamento histórico da empresa, em outros empréstimos que possa ter solicitado.

Em geral um modelo de avaliação de risco de crédito e de concessão de financiamento envolve três etapas:

(1) Pontuação: consiste em gerar, a partir dos indicadores, do histórico e de outros dados, uma determinada pontuação indicativa da situação/evolução do desempenho da empresa analisada com relação a parâmetros representativos do desempenho médio de uma amostra de empresas setorial ou global;

(2) Classificação ou rating: consiste em, através de uma tabela de intervalos de pontos, transformar a pontuação em uma classe específica de risco de crédito, tipicamente entre A e D, denotativos de uma qualidade intrínseca de risco, sendo o rating AAA o melhor que uma empresa poderá alcançar, e D o pior, significando potencial de inadimplência muito elevado (e.g., MOTTA & CALÔBA, 2002);

(3) Decisão de Concessão do Crédito: caso o rating possibilite a concessão do empréstimo, é determinada uma taxa de juros, que obedecerá, necessariamente, o critério de conceder menores taxas de juros para as empresas com melhor rating, na medida em que estão associadas perdas esperadas diferente para cada nível de risco.

35 Sobre o tema vide ZUFFO, Max. Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas. **ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Florianópolis, v. 3, n. 7. set/dez. 2005. p. 29-53. O texto encontra-se também a disposição em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista07internet.pdf.



e direitos metaindividuais insere-se, como visto, no cenário amplo da crise pós-moderna e de seus reflexos na ciência do direito, a qual, nos dias de hoje, caracteriza-se pela criação de figuras jurídicas, conceitos e princípios abertos, destinados a assumir significação sempre em função do problema a ser resolvido no caso concreto.

Nessa paisagem caótica a reação dos operadores jurídicos é descrita com precisão por Pauline Marie Rosenau, que os classifica em pós-modernos cépticos ou afirmativos conforme seu grau de incredulidade na capacidade do direito em resolver os problemas sociais que são postos em debate no atual cenário jurídico:

“Segundo Pauline Marie Rosenau, com a atual crise das ciências sociais, dois tipos de reação estão acontecendo. Há os que, tomados pelo ceticismo do momento, fotografam a crise e a destruição, prevêem o fim das certezas científicas, constataam o vácuo dos valores, o egocentrismo, a exclusão, a complexidade e o consumismo exacerbado, que vagueia em nossa sociedade atual; desconstroem as teorias antes gerais, criticam severamente as soluções universalistas, mas acabam paralisados, minoritários, a utilizar os mesmos instrumentos jurídicos dos séculos passados, agora subjetivados ao extremo. Há os que, saudosos de algumas certezas da modernidade, procuram reconstruir as teorias em novas narrativas, frisam o diálogo das fontes, constataam a existência de novos paradigmas e verdades, verdades que, mesmo mais tolerantes, fluidas, menos universais e agora tópicas e micro sistêmicas, povoam de sentido e luz o ordenamento atual. Sua reação é afirmativa, afirmativa da necessidade de reconstrução da ciência, de evolução dos instrumentos colocados à disposição dos juristas e cientistas sociais, da necessidade de consciência da crise e de força para superá-la. Aos primeiros denominou pós-

modernos cépticos, aos segundos, pós-modernos afirmativos..."³⁶

O presente estudo, que conclui que a função social do termo de ajustamento de condutas, interpretado aqui como um contrato administrativo voltado à tutela de direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico por intermédio da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, cumulada com a aplicação de amplos preceitos cominatórios, destinados a garantir a reparação ou a prevenção de lesões a esses direitos, se dá mediante a comprovação de sua eficácia, no sentido de tutela efetiva do direito fundamental subjacente à celebração do termo de ajustamento de conduta, deve ser lido em consonância com as palavras da mestra consumerista Cláudia Lima Marques, que afirma que apesar da complexidade das relações sociais da sociedade pós-moderna e dos desafios impostos à ciência do direito deve prevalecer uma dogmática renovada de modo a tornar o direito mais eficaz e a sociedade mais justa para os mais fracos³⁷, sendo este trabalho mais um esforço no sentido de aprimoramento dos importantes mecanismos de tutela coletiva existentes em nosso ordenamento.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: RT, 2003.

BERGAMINI, Sebastião Jr. et. al. *Modelo de Avaliação de Risco de Crédito em Projetos de Investimento quanto aos Aspectos Ambientais*. Disponível em <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/risco.pdf>>. Acesso em 1 nov. 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento conduta)*. IN: MILARÉ, Edis. (coord.) *Ação Civil*

36 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 179.

37 "Efetivamente, apesar da complexidade das relações atuais e do sistema do direito, há que prevalecer uma ética reconstrutiva, uma dogmática renovada e uma interpretação protetiva e justa para os mais fracos da sociedade de modo a tornar eficaz o direito." IN: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 179.

Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001.

GAVRONSKI, Alexandre do Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade.* IN: MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. alli.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9 ed.* São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed.* São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 18 ed.* São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: RT, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A inadimplência contratual da Administração Pública e suas conseqüências.* Boletim ADCOAS, julho de 1993, p. 633.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O Princípio da Função Social do Contrato.* Curitiba: Juruá Editora, 2005.

ZUFFO, Max. *Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas.* ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Florianópolis, v. 3, n. 7. set/dez. 2005. p. 29-53.



RELATIVIZAR OU NÃO RELATIVIZAR (A COISA JULGADA MATERIAL)?: EIS A QUESTÃO

Marcelo Buzaglo Dantas

*Advogado, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-PR e
Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. – 2. Sentenças inexistentes e sentenças nulas: uma distinção indispensável – 3. Algumas correções terminológicas. – 4. Os argumentos favoráveis. – 5. “Coisa julgada inconstitucional”. – 6. Situações paradigmáticas: 6.1- Ação de investigação de paternidade julgada improcedente sem que tenha sido realizado o exame do DNA. 6.2- Ação de desapropriação. 6.3- Ação civil pública ambiental. – 7. Mecanismos de desconstituição da coisa julgada: 7.1- Ação rescisória; 7.2- Ação declaratória de nulidade de ato judicial; 7.3- “Ação para quebra atípica da coisa julgada”; 7.4- Embargos à execução, impugnação e exceção de pré-executividade – 8. Propostas *de lege ferenda*. – 9. A doutrina contrária à relativização e seus argumentos – 10. Nossa opinião – Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A coisa julgada material sempre foi vista como algo intangível, capaz de transformar a própria realidade¹. No Brasil, a sua previsão em

1 “Para os romanos, como para nós, salvo as raras exceções em que uma norma expressa de lei dispõe diversamente, o bem julgado torna-se incontestável (*finem controversiarum accipit*): a parte a que se denegou o bem da vida não pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de consegui-lo praticamente, em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e esse gozo” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 447).



nível constitucional (art. 5º, XXXVI) e na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6º, §3º), bem como a disciplina normativa ditada pelo CPC reforçaram a tese da *imutabilidade* e *indiscutibilidade* da sentença passada em julgado (art. 467, do referido Estatuto).

Inobstante tudo isto, Pontes de Miranda, de longa data, já alertava para a possível existência de sentenças ineficazes, apesar do seu trânsito em julgado².

Mais recentemente, a discussão ganhou corpo. Em parecer elaborado por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Humberto Theodoro Jr. sustentou a tese da possibilidade de rediscussão da matéria decidida, de modo definitivo, em outro processo. Posteriormente, em conjunto com Juliana Cordeiro de Faria, elaborou artigo científico, que vem sendo constantemente atualizado³.

O entendimento constante do aludido parecer acabou sufragado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp n. 240.712/SP, Relator o e. Min. José Augusto Delgado, este que desenvolveu o tema, em sede doutrinária⁴.

Outros autores dedicaram-se a escrever sobre o assunto, dentre eles, Carlos Valder do Nascimento, que coordenou obra coletiva imprescindível para a compreensão dos argumentos favoráveis à tese relativista⁵. De sua mais recente edição, constam, além do trabalho do coordenador, os do Min. José Delgado, de Humberto Theodoro Jr. e

2 Para o mestre, tais sentenças são aquelas atingidas por uma das seguintes impossibilidades: “cognoscitiva (sentença incompreensível, ilegível, indeterminável), lógica (sentença invencivelmente contraditória), moral (sentença incompatível com a execução ou a eficácia, como a que ordenasse a escravidão, ou convertesse dívida civil em prisão, coisa inconfundível com a detenção civil nos casos especiais da legislação), jurídica (sentença que cria direitos além daqueles que o direito permite, como, em direito civil brasileiro, o fideicomisso do terceiro). Devemos aditar: material (física), científica (se, por exemplo, a sentença ordenar medida que, agora, se verifica ser calamidade pública, segundo descobertas da ciência), ou estética (se ordenava levantar platibanda e a lei municipal caíra em desuso)” (Tratado da ação rescisória, p. 210).

3 A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado.

4 Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais.

5 Coisa julgada inconstitucional.



Juliana Cordeiro de Faria, referidos, assim como de Alexandre Freitas Câmara e Leonardo de Faria Beraldo⁶, todos defendendo a possibilidade de desconstituição da sentença transitada em julgado. As primeiras edições contaram ainda com importante contribuição de Cândido Rangel Dinamarco⁷.

Na mesma linha de argumentação desenvolvida na obra em apreço é o trabalho de Daniel Carneiro Machado⁸.

Também assim, embora com outra fundamentação, é possível mencionar-se o livro de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁹.

Quase ao final de 2005, sobreveio o alentado trabalho de Eduardo Talamini, fruto de sua tese de doutoramento, defendida perante a Universidade de São Paulo¹⁰.

Em sentido contrário à possibilidade de relativização além das hipóteses em que a mesma já é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, situam-se, dentre outros, os seguintes autores: Araken de Assis, Sérgio Bermudes – estes que colaboraram com a obra coletiva acima mencionada – Nelson Nery Jr., José Carlos Barbosa Moreira, Ovídio Baptista da Silva, José Ignácio Botelho de Mesquita, Sérgio Gilberto Porto, Luiz Guilherme Marinoni, Rosemiro Pereira Leal e Sérgio Nojiri¹¹.

A importância do assunto e de sua controvérsia é inofidável¹².

6 Relativizar a coisa julgada material e A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição, respectivamente.

7 Relativizar a coisa julgada material.

8 A coisa julgada inconstitucional.

9 O dogma da coisa julgada.

10 Coisa julgada e sua revisão.

11 Nos seguintes trabalhos, por ordem de referência no texto: Eficácia da coisa julgada inconstitucional, Síndese e coisa julgada inconstitucional, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, Coisa julgada relativa?, Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema, Cidadania processual e relativização da coisa julgada, O princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais, Relativização inconstitucional da coisa julgada e Crítica à teoria da relativização da coisa julgada.

12 “Diante dos problemas práticos que podem ser gerados por sentenças injustas ou contrárias ao ordenamento jurídico que tenham alcançado a autoridade de coisa julgada, surge, então, o dilema: deve-se admitir ou não a relativização da coisa julgada? Argu-



Daí a necessidade de se compreender e discutir o tema objeto do presente estudo, que tem por finalidade justamente a de apresentar os argumentos favoráveis e contrários a esta teoria, demonstrando as hipóteses em que a jurisprudência tem admitido a sua aplicação, bem como a forma através da qual isto tem ocorrido.

2. SENTENÇAS INEXISTENTES E SENTENÇAS NULAS: UMA DISTINÇÃO INDISPENSÁVEL

Antes, porém, de se ingressar no exame dos argumentos favoráveis e contrários à teoria da relativização da coisa julgada, parece-nos extremamente necessário distinguir as hipóteses em que a sentença é considerada inexistente daquelas em que a mesma contém um vício ensejador do reconhecimento de nulidade¹³.

Com efeito, a sentença inexistente é aquela desprovida de elementos essenciais, como por exemplo, a proferida contra o réu revel não citado ou citado irregularmente ou, ainda, aquela prolatada sem que tenha havido a citação do litisconsorte passivo necessário¹⁴. Nestes casos, embora transite em julgado, a sentença não opera coisa julgada material, simplesmente pela circunstância de que a mesma é absolutamente ineficaz perante aqueles para a qual deveria se dirigir.

Assim, não há que se falar na eventual necessidade de relativiza-

mentos de peso há, registre-se, em ambos os sentidos, não sendo possível a qualquer processualista nos dias de hoje permanecer indiferente ao tema” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**, p. 136).

- 13 Ou ainda, como dizia Pontes de Miranda, “são de distinguir-se: a) as sentenças inexistentes; b) as nulas, c) as reformáveis, conforme textos legais; d) as rescindíveis” (Tratado da ação rescisória, p. 208).
- 14 Sobre o tema, v. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia (**O dogma da coisa julgada**, p. 31-6). Saliente-se que estes autores vão um pouco mais longe, sustentando que também se enquadrariam nesta modalidade as sentenças proferidas em processos em que não tenham sido preenchidas as condições da ação. A tese sofreu elegante crítica de Eduardo Talamini (**Coisa julgada e sua revisão**, p. 377-384). No direito português, Paulo Otero, principal inspirador da corrente relativista do Brasil, afirma, taxativamente, que “as meras aparências de actos judiciais não são reconduzíveis ao conceito de inconstitucionalidade, antes se afirmam como casos de inexistência jurídica ou, segundo uma outra perspectiva, como verdadeiros não-actos judiciais” (Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 63-4).

ção da coisa julgada em tais hipóteses. Basta que se promova uma ação anulatória, maneje-se embargos do devedor (hoje, também a impugnação, a que se refere o art. 475-L, do CPC) ou mesmo quaisquer outras ações intentadas contra a execução, como o mandado de segurança ou a ação civil pública, conforme amplamente recomendado pela doutrina e admitido pela jurisprudência.

De outro lado, há as sentenças eivadas de algum vício, que, inobstante, decorrido o prazo de recurso ou julgado este, transitam em julgado, fazendo coisa julgada material. São as sentenças nulas, como é o caso daquela proferida por juiz impedido ou suspeito (CPC, art. 485, II) ou fundada em prova cuja falsidade foi apurada em processo criminal ou mesmo na própria ação rescisória (idem, inciso VI). Nestes casos, há efetiva necessidade de desconstituição da coisa julgada, pois a sentença existe e produz efeitos. Enquanto não decorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória e submetendo-se a situação a uma das hipóteses arroladas pelo art. 485, do CPC, não há problemas. A questão controvertida, contudo, reside justamente no cabimento de alguma providência a ser adotada fora dos limites previstos na lei processual em vigor. Seria possível, por exemplo, desconstituir a coisa julgada quando a sentença que lhe deu origem ofende a Constituição? Ou quando fosse ela injusta? Ou, ainda, em outras hipóteses que não aquelas previstos pelo legislador ordinário? E como ficaria a questão do prazo decadencial a que alude o art. 495, do CPC?

É nestes casos que ganha corpo a discussão acerca do cabimento, ou não, da tese relativizadora da coisa julgada material.

3. ALGUMAS CORREÇÕES TERMINOLÓGICAS

A par das severas críticas que a tese da relativização da coisa julgada, em si mesma, comporta (item n. 9, infra), as próprias denominações utilizadas pelos adeptos desta corrente têm sido alvo de correções pela doutrina que lhe é contrária.

Ainda, o mote “relativização” não parece o mais adequado para retratar fielmente o que se pretende. Na realidade, o que tem sido defendido é uma verdadeira *desconsideração* da coisa julgada¹⁵.

15 “Na verdade, pretende-se desconsiderar a coisa julgada como se ela não tivesse exis-

O mesmo se diga da expressão *coisa julgada inconstitucional*, que parece refletir um dos principais argumentos da corrente relativizadora (v. item n. 5, *infra*). Ora, não é necessário ir-se muito longe para se perceber que, qualquer o conceito de coisa julgada que se adote, não é esta, mas sim, a própria sentença, que pode ser considerada ofensiva à Constituição¹⁶.

Além do mais, a expressão revela uma *contraditio in terminis*, como bem assinala Sérgio Nojiri¹⁷. De fato, como afirmar-se que uma garantia constitucional possa ser considerada inconstitucional?

4. OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Passemos ao exame dos fundamentos suscitados pelos autores que tentam justificar a possibilidade de desconstituição da sentença transitada em julgada fora das hipóteses de cabimento da ação rescisória.

O primeiro deles é de ordem puramente política e diz com a dicotomia entre a segurança e a certeza jurídicas, pelo que a garantia da primeira muitas vezes não seria suficiente a justificar tornar-se definitiva uma sentença contrária à ordem jurídica. Neste sentido, tem sido reiteradamente repetida a máxima de Dinamarco, no sentido de que “a *ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios*”¹⁸.

Sustenta-se, também, que a garantia constitucional da coisa jul-

tido, utilizando-se do eufemismo da ‘relativização’” (NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 43). No mesmo sentido, v. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**, p. 91.

16 Neste sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 91-2. Para Eduardo Talamini, trata-se de “‘sentença inconstitucional’ revestida de coisa julgada” (Coisa julgada e sua revisão, p. 404). Ainda sobre o tema, v. LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**, p. 4 e 6.

17 Crítica à teoria da relativização da coisa julgada, p. 130-2. Nesta última, afirma o autor: “A idéia de coisa julgada “inconstitucional” poderia, nesse sentido, ser comparada com a afirmação de que podem também ser declarados inconstitucionais o direito à vida, o direito à liberdade, o direito de ação ou qualquer outro direito ou garantia previstos no rol do art. 5º da CF”.

18 Relativizar a coisa julgada material, p. 72. No mesmo sentido, com base em Paulo Otero, v. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle**, p. 78.

gada, ínsita no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, diria respeito apenas à sua proteção contra a lei, mas não contra o ato judicial. Esta conclusão decorre da própria dicção do dispositivo constitucional em apreço, que estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (grifamos)¹⁹.

Assim sendo, defende-se que a disciplina do instituto teria ficado para a esfera de competência do legislador ordinário, este que, inclusive, previu, de modo expresse, a possibilidade de desconstituição da coisa julgada material, através da ação rescisória, no processo civil e da revisão criminal, no processo repressivo.

Contudo, nem todos os adeptos da teoria da relativização pensam deste modo. De fato, há quem diga que a coisa julgada é, sim, garantia constitucional ampla, que abarca inclusive a decisão judicial, mas que, contudo, não é absoluta, podendo ceder diante de outros princípios constitucionais como os da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal²⁰.

Outra tese defendida pela corrente relativista refere-se a um possível conflito entre princípios constitucionais. De um lado, a coisa julgada e, de outro, a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a moralidade, o acesso à justiça, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros. Cândido Dinamarco vai ainda mais longe, sugerindo a possibilidade, em tese, do confronto se estabelecer em face das garantias constitucionais da unidade federativa e da intangibilidade do corpo, por exemplo²¹.

19 “Conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão tem a sua inserção na Constituição da República, porque esta não regula matéria de natureza estritamente instrumental. O dispositivo que nela se contém é, todavia, no sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar a substância daquilo que foi decidido, restringindo ou ampliando o seu objeto” (NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa julgada inconstitucional**, p. 8). Neste sentido, v. tb. DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**, p. 37. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**, p. 88-9. BERALDO, Leonardo de Faria. **A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição**, p. 176.

20 Assim, fazendo referência expressa ao art. 5º, caput, XXXVI e LIV, v. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**, p. 143-4. MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**, p. 84-5. TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**, p. 50-3 e 576-7.

21 Relativizar a coisa julgada material, p. 58-62. É nesta passagem que o autor faz uma

Já Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria assim não pensam. De fato, segundo os juristas mineiros, não se trataria propriamente de um conflito entre princípios constitucionais, posto que, no seu entender, a garantia da coisa julgada oriunda da decisão judicial está prevista em norma hierarquicamente inferior (o CPC) e, portanto, não poderia jamais afrontar a Lei Maior²².

Defende-se, ainda, que não pode prevalecer a coisa julgada quando a sentença se baseou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF. O assunto será melhor tratado quando do exame dos arts. 475-L, §1º e 741, p.ú., do CPC (item n. 5.4, *infra*).

Propondo uma interpretação um pouco mais restritiva, Alexandre Freitas Câmara defende que a relativização deveria ser admitida somente nos casos em que a sentença tenha ofendido direta e frontalmente a Constituição²³.

Cândido Rangel Dinamarco, a seu turno, propõe o trato extraordinário da matéria. Para ele, a relativização não deve ser algo a ser adotado sistematicamente, mas sim, ficar reservada para situações absolutamente excepcionais, que estejam a exigir esta postura²⁴.

Em síntese, estes os fundamentos dos adeptos da teoria que propõe a possibilidade de mitigação da coisa julgada material.

5. “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”

Dada a relevância do argumento em apreço para a tese da relativização da coisa julgada, faz-se necessário o seu exame um pouco mais detido. Até porque, como já dito, há quem sustente que só nas hipóteses em que a sentença transitada em julgado seja ofensiva à Constituição, é que seria de se admitir fosse ela desconsiderada.

Neste sentido, vem-se disseminando, na doutrina pátria, o

alusão à peça O Mercador de Veneza, de Shakespeare, imaginando a possibilidade de alguém ser condenado a cumprir uma cláusula contratual que impusesse a obrigação de dar a outrem uma parte de sua própria carne (!).

22 A coisa julgada inconstitucional e os meios processuais para seu controle, p. 89.

23 Relativização da coisa julgada material, p. 146.

24 Relativizar a coisa julgada material, p. 67-8 e 72-3.

entendimento de que sentenças proferidas em desconformidade com a Constituição da República, não podem prevalecer, ainda que acobertadas pela eficácia da coisa julgada material.

A teoria brasileira sobre a possibilidade de desconstituição da coisa julgada quando a sentença revelar-se inconstitucional, sofreu grande influência de Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, jurista português e Professor da Universidade de Lisboa. É de se salientar, desde logo, a distinção feita pelo referido autor entre a coisa julgada contrária ao que denomina de “direito ordinário” e aquela que afronta a Constituição. No seu entender, somente estas últimas estariam sujeitas à desconsideração, não porém as primeiras²⁵.

De fato, o entendimento de Paulo Otero é no sentido de que a sentença acobertada pela coisa julgada que tenha sido proferida em contrariedade com a Constituição não pode prevalecer, por se tratar de ato inconstitucional equiparável àqueles proferidos pelo Poder Público²⁶.

Um dos mais ferrenhos adversários da tese em questão, José Ignácio Botelho de Mesquita, estranha o empenho de Otero em defender a incidência da declaração de inconstitucionalidade aos feitos já julgados, uma vez que, na Constituição portuguesa, há norma expressa em sentido contrário²⁷.

Consoante já referido, a doutrina brasileira inspirou-se nas lições do

25 Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 60. Na doutrina pátria, a distinção é repetida por MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**, p. 117-9.

26 “O princípio da constitucionalidade determina ... que a validade de quaisquer actos do poder público dependa da sua conformidade com a Constituição (artigo 3º, nº 3). Por isso mesmo, as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado daí resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade” (Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 61). Em sentido diametralmente oposto, inclusive com referência à obra de Otero, v. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1014.

27 Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema, p. 97. O texto do art. 282, n. 3, da CRP, é do seguinte teor: “**Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade:** (...) 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido”. Sobre o tema, inclusive com ampla digressão sobre o Direito Constitucional daquele país, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais**, p. 145-7. Também contrariando Otero, v. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1014

autor português para sustentar o que, aqui neste país, convencionou-se chamar de “coisa julgada inconstitucional”. Inobstante, embora concordem integralmente com a tese apresentada por Otero, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria abordam a questão ainda sob outro prisma, qual seja, o da ausência de coisa julgada em virtude da falta de exame, pelo órgão jurisdicional, da ventilada ofensa à Constituição. Assim, entendem, não haveria coisa julgada a desconstituir, em tais casos²⁸.

Não se pode deixar de concordar com este entendimento, que, contudo, aparentemente contraria a adoção, pura e simples, da tese relativista. De fato, é sabido que a coisa julgada incide toda vez em que se repete ação idêntica àquela que, anteriormente ajuizada, foi decidida por sentença de que não caiba mais recurso. Por ação idêntica à outra entende-se aquela que contém as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir (CPC, art. 301, §§ 1º a 3º). Ora, se o fundamento constitucional não foi apreciado pela sentença que decidiu a lide, parece-nos possível a propositura de nova demanda, em virtude da diversidade de *causa petendi*. Não há que se falar em *res iudicata*, em tais hipóteses – e, portanto, menos ainda, em sua desconstituição.

6. SITUAÇÕES PARADIGMÁTICAS

Algumas hipóteses são sempre trazidas a lume quando vem à tona o assunto da relativização da coisa julgada. São situações extremas, que, justamente por este motivo, devem ser vistas com um certo cuidado, para evitar que a exceção passe a justificar a quebra da regra²⁹.

28 “Urge, pois, distinguir a questão constitucional nunca examinada da que já foi objeto de decisão judicial pelo órgão competente. Naturalmente, se a arguição já foi repelida uma vez, por tribunal competente, e a sentença a seu respeito transitou em julgado, somente por meio de ação rescisória poderá ser reavaliada. É que o Poder Judiciário já terá feito, de forma definitiva, o controle de constitucionalidade que lhe competia” (**A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**, p. 120).

29 “Nas hipóteses elencadas... há forte apelo de índole axiológica, vez que são identificadas situações – em tese – excepcionalíssimas e de extrema injustiça concreta, com o fito de justificar a superação da decisão transitada em julgado. (...) O outro lado da moeda, contudo, destaca que a ausência de segurança jurídica representa uma extraordinária e indiscutível injustiça social” (PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania processual e relativização da coisa julgada**, p. 27).

6.1 - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE JULGADA IMPROCEDENTE SEM QUE TENHA SIDO REALIZADO O EXAME DO DNA

Certamente, o exemplo de hipótese de relativização que mais sensibiliza o público em geral, é o que se refere à possibilidade de repropósito de uma ação de investigação de paternidade julgada improcedente por falta de provas do vínculo de parentesco entre autor e réu. Por alguma razão, o exame do DNA, hoje tido como prova quase incontestável da paternidade, não foi realizado. Posteriormente, o pretense filho tenta, novamente, obter o reconhecimento da paternidade. Segundo a sistemática do Código de Processo Civil, a matéria não pode mais ser rediscutida, face à eficácia preclusiva da coisa julgada material, ínsita no art. 474, daquele Estatuto. Indaga-se, então: a segurança jurídica deve prevalecer diante do direito do filho a ser reconhecido? Invoca-se, inclusive, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da nossa Lei Maior), como argumento destinado a mitigar o rigor da coisa julgada, em tais hipóteses.

Sob a ótica processual, o que se sustenta é que não haveria coisa julgada em demandas como as que tais, posto que a sentença não afirma que o direito não existe, mas, apenas, que o fato da paternidade não foi provado. Tratando do tema, Wambier e Medina apontam que a solução apresentada “evoca o exame de diversas outras questões, tais como: a) a distinção entre extinção do processo sem julgamento do mérito e improcedência do pedido ante a ausência de provas; b) a coisa julgada *secundum eventum probationis*; c) a ausência de coisa julgada nas ações que versam direitos indisponíveis, quando o autor carece de provas para demonstrar tal direito”³⁰.

Examinando cada um dos aludidos argumentos, os autores os rechaçam por completo, com o que não se pode deixar de concordar. De fato, quanto ao 1º deles, embora haja certa confusão, na prática, o fato é que a sentença que julga improcedente o pedido por insuficiência de provas (CPC, art. 333), faz, sim, coisa julgada material, impedindo-se,

30 O dogma da coisa julgada, p. 193.

por conseguinte, a repositura da ação³¹. De outro lado, se é certo que o ordenamento jurídico vigente contempla hipóteses de coisa julgada *secundum eventum litis* – gênero de que a *secundum eventum probationem* é espécie –, como ocorre nas ações coletivas (LAP, art. 18, LACP, art. 16 e CDC, art. 103), não é menos correto que a investigação de paternidade não se encontra incluída neste rol. Por fim, tampouco merece guarida o fundamento de que se trata de ação versando sobre direito indisponível, até porque, a coisa julgada também é um valor constitucionalmente assegurado³².

Na 1ª oportunidade em que aparentemente foi chamado a decidir sobre o tema, o eg. Superior Tribunal de Justiça, através de sua Terceira Turma, decidiu, à unanimidade de seus integrantes, optar pela segurança jurídica³³.

Posteriormente, contudo, aquela mesma Corte Superior, desta feita por intermédio de sua eg. Quarta Turma, decidiu a mesma *quaestio* em sentido diametralmente oposto³⁴.

E, em época ainda mais próxima, a eg. Terceira Turma modificou seu ponto de vista, para acompanhar o entendimento que admite a repositura de nova ação, em casos como os que tais³⁵.

31 “Ademais, afirmar-se que faltaria um pressuposto processual, em tais casos, significaria admitir-se um non liquet no caso, porquanto o juiz somente julgaria se estivesse convencido da existência do direito, e o pedido, em tais situações, jamais poderia ser julgado improcedente” (idem, ibidem).

32 Op. cit., p. 193-8. Por tais razões, os autores defendem o cabimento da ação rescisória, em situações como as que tais. No mesmo sentido, v. NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 53-5.

33 REsp. n. 107.248-GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in DJU de 29-06-98, p. 160. Cuidando do tema, o Min. José Augusto Delgado assim se pronunciou: “A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição, nem videntar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a sentença demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica. É dado ao juiz esse ‘poder’ absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo” (**Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**, p. 48).

34 REsp. n. 226.436-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJU de 04-02-02, p. 370.

35 REsp. n. 427.117-MS, Rel. Min. Castro Filho, in DJU de 16-02-04, p. 241. Ficou vencido o Min. Carlos Alberto Menezes Direito.



6.2 - AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

Outra situação causadora de perplexidade diz respeito a sentenças proferidas em demandas expropriatórias – ou mesmo condenatórias pelos prejuízos decorrentes do esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, as chamadas *ações de desapropriação indireta* – em que não resta atendido o critério constitucional da justa e prévia indenização (art. 5º, XXIV). Em tais, casos, sustenta-se, a coisa julgada deveria ser revista, a fim de atender ao preceito constitucional³⁶.

Os exemplos são todos extraídos da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Comecemos por aquele que é considerado verdadeiro *leading case* na matéria, qual seja, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido nos idos de maio de 1982³⁷.

A situação, em apertadíssima síntese, era a seguinte: transitada em julgado a sentença que julgou ação de desapropriação proposta pela União Federal, os autos ficaram desaparecidos por nada menos que 16 anos, oportunidade em que foram encontrados e remetidos à Vara Federal originária. Cerca de 3 anos depois, o expropriado requereu nova avaliação do imóvel, em virtude da sua alegada desvalorização, o que restou deferido pelo juízo monocrático. A União apelou, tendo o recurso sido desprovido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. Interessante notar que o respectivo acórdão enfrentou o tema sob a ótica do conflito entre princípios constitucionais – um dos argumentos da tese relativista (v. item n. 3, supra). Contra este aresto, interpôs-se recurso extraordinário, sob a alegação de que bastaria a incidência de correção monetária para que o valor do imóvel fosse atualizado. O Relator originário, Min. Clóvis Ramalhete, dava provimento ao recurso, ao argumento da existência de coisa julgada incidente sobre a decisão que determinara a avaliação do imóvel, restando apenas a possibilidade

36 DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, p. 58-9. No mesmo sentido, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**, p. 62-5. Botelho de Mesquita, a seu turno, chama a atenção para o fato de que o tema da relativização em si “vem despertando muito interesse, principalmente nas áreas em que se mostra mais conveniente à Fazenda Pública” (Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema, p. 92)

37 RE 93.412-0/SC, Rel. Min. Rafael Mayer, in DJU de 04-06-82, p. 5461.



de se aplicar a respectiva correção monetária. Prevaleceu, contudo, o voto do Min. Rafael Mayer, que manteve o acórdão recorrido.

Alguns anos mais tarde, o mesmo c. Órgão Fracionário enfrentou situação semelhante. O caso versava sobre a expropriação do imóvel onde acabou sendo construída a base área da cidade de Natal e, a exemplo do anteriormente citado, também houve longo lapso de tempo entre o trânsito em julgado da sentença condenatória e a respectiva execução – no caso, 24 anos. Determinada nova avaliação pelo juízo singular, realizou-se perícia e, a final, aquela foi julgada por sentença atacada por apelação, que, desprovida, levou a que a matéria chegasse ao Excelso Pretório, onde foi confirmada³⁸. Houve voto vencido, da lavra do Min. Moreira Alves, que entendia pela manutenção da coisa julgada e, por este motivo, dava provimento ao recurso.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a situação não é diferente. De fato, a 1ª ocasião em que aquela Corte se pronunciou a respeito do tema foi no conhecido precedente oriundo da Justiça Estadual de São Paulo, em que se deu provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Pública daquele Estado, para restabelecer o comando da decisão de 1º grau, que, em sede de ação anulatória de sentença transitada em julgado, antecipou os efeitos da tutela pretendida, para o fim de sustar, de imediato, os pagamentos das parcelas acordadas com os expropriados para quitação integral da dívida. O argumento central foi o de que a área expropriada já pertencia ao Poder Público, de modo que o processo da ação indenizatória decorrente da desapropriação indireta teria sido todo ele conduzido de modo equivocado – e, como tal, a sentença que julgou a causa³⁹.

Mais recentemente, aquela mesma eg. Primeira Turma, desta feita à unanimidade de votos, deu provimento a recurso interposto para o fim de restabelecer decisão de 1º grau que determinara a realização de nova perícia em sede de execução de sentença transitada em julgado

38 RE n. 105.012-8/RN, Rel. Min. Néri da Silveira, in DJU de 01-07-88, p. 16904. Interessante notar que, no caso em tela, o Juiz Federal de 1º grau, que determinou fosse feita nova avaliação do imóvel, era ninguém menos do que o hoje Min. José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, um dos precursores da tese relativista. Esta circunstância demonstra que, ao contrário de outros adeptos da corrente (v. item n. 9, infra), o e. magistrado guardou, em seus escritos, a coerência com a prática que já vinha adotando de longa data.

39 REsp. n. 240.712/SP, Rel. Min. José Delgado, in DJU de 24-04-00, p. 38. Ficaram vencidos os Ministros Milton Luiz Pereira e Humberto Gomes de Barros.



proferida em ação de desapropriação⁴⁰.

Como se vê, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem admitindo a descon sideração da coisa julgada em situações como as que tais, seja para atender à garantia da justa indenização, seja por vislumbrar ofensa a princípios constitucionais, como o da legalidade e o da moralidade pública.

6.3 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Como se sabe, a coisa julgada nas ações coletivas recebeu um tratamento diferenciado daquele destinado às lides individuais. É que, dada a natureza do interesse litigioso, fez-se necessário prever que os efeitos da sentença atingissem a todos os interessados. Contudo, tendo em vista a circunstância de que a legitimidade ativa *ad causam* está a cargo de mais de um ente, além da ausência de critério definidor da representatividade adequada, buscou-se evitar que a sentença de improcedência por insuficiência de provas atingisse a coletividade. Estabeleceu-se, portanto, uma hipótese de coisa julgada *secundum eventum litis*⁴¹.

Assim, tem-se que a sentença proferida nas ações coletivas fará coisa julgada *erga omnes*, salvo no caso de improcedência por insuficiência de provas, caso em que qualquer outro legitimado poderá propor nova demanda, ainda que o fundamento seja o mesmo, com base em prova diversa (LAP, art. 18, LACP, art. 16 e CDC, art. 103).

Deste modo, na hipótese de uma ação civil pública vir a ser julgada improcedente por insuficiência de provas, a coisa julgada emanada da sentença não atingirá quem quer que seja, posto que demanda idêntica poderá ser proposta, desde que baseada em novo elemento comprobatório.

Na realidade, já se tem aí uma hipótese típica de relativização da coisa julgada, admitida pelo ordenamento jurídico, posto que expressamente prevista em lei. Nem se alegue eventual inconstitucionalidade

40 REsp n. 602.636-MA, Rel. Min. José Augusto Delgado, in Revista de Processo vol. 118, nov./dez. 2004, p. 231-66.

41 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto**, p. 832-61).



das normas em apreço, pois, como se sabe, embora a garantia da coisa julgada esteja prevista na Constituição, a disciplina do instituto foi relegada à lei ordinária, que lhe deu o formato que melhor regula as relações transindividuais.

Inobstante, parcela autorizada da doutrina defende uma mais ampla possibilidade de se desconsiderar a coisa julgada nas ações coletivas, especialmente quando a matéria versada é a tutela ambiental. Em suma, o que se propõe é que a coisa julgada também não se opere sobre a sentença que julgue a ação coletiva improcedente, não por insuficiência de provas, mas sim, com base na prova produzida.

É que, em sede de tutela do meio ambiente, por exemplo, muitas vezes não se consegue, no momento da produção da prova no processo, obter-se a comprovação de que determinada atividade causa danos à coletividade. Assim, com o desenvolvimento científico, uma tecnologia que permitisse aquilatar, com precisão, a existência de prejuízos, mas que surgisse somente após a formação da coisa julgada, poderia ser utilizada⁴².

Tome-se o exemplo dos alimentos transgênicos. Em que pese toda a discussão técnica envolvendo a sua potencialidade lesiva, o fato é que não há conclusão definitiva a respeito. Tanto que todas as ações judiciais destinadas a impedir o plantio e a comercialização da soja *roundup ready*, fundamentaram-se no *princípio da precaução*, que versa justamente sobre a incerteza científica quanto à existência de danos ambientais. Pois bem. Suponha-se uma ação coletiva fundada na responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e não no princípio da precaução. Após seu trâmite regular, a sentença julga improcedente o pedido, ante a circunstância de que não restaram provados quaisquer prejuízos efetivos ao bem ambiental. Neste caso, a coisa julgada se operaria *erga omnes*, posto que o juiz formou o seu convencimento com base na prova produzida no feito (LACP, art. 16 e CDC, art. 103).

Outro defensor da mesma tese é Hugo Nigro Mazzilli, que, utilizando-se de exemplos bastante esclarecedores, conclui no sentido da inadmissibilidade da formação da coisa julgada contra qualquer direito fundamental, dentre os quais inclui-se o meio ambiente ecologicamente

42 ABELHA, Marcelo. **Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais**, p. 197-8. MACEDO, Elaine Harzheim. *Relativização da coisa julgada em matéria ambiental*, p. 72-3.

equilibrado. O mesmo se diga em relação à Constituição, que é, no seu entender, a norma que dá validade à coisa julgada⁴³.

Examinando a questão sob outra ótica, Marcelo Abelha parece chegar a semelhante conclusão. Para ele, a insuficiência de provas na ação coletiva pode ser vista por dois ângulos diferentes, quais sejam, o *material*, relativo ao acesso às provas levadas ao processo e o *formal*, este que se refere a uma falha na argumentação ou produção das provas efetivamente produzidas no feito⁴⁴. Termina por concluir que a insuficiência de provas, a que alude a legislação regedora da matéria, é também a *material*, de modo que a demanda pode ser novamente proposta, desde que com base em nova prova, como tal entendida aquela que não foi produzida no processo originário, apesar de existente.

Como dito, trata-se da mesma conclusão a que chega Mazzilli, embora com a roupagem de uma interpretação extensiva dos dispositivos legais que regulam o instituto da coisa julgada nas ações coletivas, o que se obtém através de um alargamento do conceito de insuficiência de provas.

A tese, não há dúvidas, é bastante sedutora. Ainda mais quando se invoca, como argumento, a proteção ao meio ambiente, direito fundamental de 3ª geração, que interessa a todos nós e mesmo às futuras gerações (CF/88, art. 225, *caput*).

Contudo, não nos parece possível, *de lege lata*, adotar-se a solução proposta. A nosso sentir, o legislador foi muitíssimo claro ao ditar a disciplinar da coisa julgada nas ações coletivas, dentre as quais se incluem aquelas destinadas à tutela ambiental. O que se extrai do arts. 16, da LACP, 103, do CDC e 18, da LAP, é a previsão de hipóteses de coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, *erga omnes*, salvo, **apenas**, o caso de improcedência por insuficiência de provas. Não em outros casos, *data maxima venia*.

Assim, em que pese ser bastante razoável o entendimento proposto, parece-nos que, na atual conjuntura, não há como ser ele adotado

43 A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 433. Do mesmo autor, v. tb. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. Corroborando este ponto de vista, v. DINAMARCO, Cândido. Relativizar a coisa julgada material, p. 46-8. BERALDO, Leonardo de Faria. A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição, p. 191-4. MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**, p. 97-8

44 **Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais**, p. 193.

sem que se desrespeite o instituto da coisa julgada coletiva tal como pensado e previsto pelo legislador ordinário. Para tanto, é necessário que haja uma nova disciplina legal, prevendo, de modo expresso, hipóteses como as que tais.

Atentos a isto, os integrantes da Comissão que elaborou o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, através do Instituto Brasileiro de Direito Processual, fez constar, de modo expresso, uma previsão neste sentido⁴⁵.

Uma vez convertido em lei, aí sim, não haverá dúvidas em se poder admitir mais uma hipótese legítima de relativização da coisa julgada, ao lado das já existentes no ordenamento jurídico.

7. MECANISMOS DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA

Os adeptos da tese relativista têm sustentado, com base em Pontes de Miranda, que, para que se obtenha o afastamento dos efeitos da coisa julgada incidente sobre a sentença, pode-se utilizar um dos seguintes remédios jurídicos: a) propositura de nova demanda, sem que possa ser alegada a exceção de coisa julgada; b) oposição a atos executivos, seja por intermédio de embargos (e, hoje, impugnação), seja por simples petição; c) alegação incidental em qualquer processo⁴⁶.

Data venia, examinando a obra do mestre, não conseguimos encontrar a suposta referência à *alegação incidental*, referida pela doutrina. Assim sendo, o item *c*, a rigor, trata, a nosso sentir, do que o autor denominava de “remédio jurídico processual rescisório”, qual seja, a ação rescisória do art. 485, do CPC ou a declaratória de nulidade, conforme o caso⁴⁷.

45 “Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, desde que idônea, por si dó, para mudar seu resultado” (art. 12, §5º).

46 Cfe. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**, p. 41-2. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**, p. 33.

47 Tratado da ação rescisória, p. 211. A propósito, Ovídio Baptista da Silva rechaça, de modo veemente, a solução apresentada, exceto justamente no que se refere aos dois

Vejamos, pois, como seria possível, na prática, desconstituir-se a coisa julgada material, caso aceita a respectiva tese.

7.1 - AÇÃO RESCISÓRIA

No ordenamento jurídico pátrio, o meio de desconstituição da coisa julgada material por excelência é a ação rescisória, prevista e disciplinada no Código de Processo Civil, arts. 485 a 495.

Assim sendo, nada mais correto do que se utilizar desta modalidade de *actio*, nas hipóteses admissíveis pela legislação, para desconstituir a coisa julgada.

Com efeito, a hipótese do inciso V, do art. 485, do CPC, é bastante abrangente, permitindo, inclusive, entender-se estar sujeita à rescisão a sentença transitada em julgado que tenha ofendido, não apenas a lei, como também a Carta Magna. Daí a possibilidade de manejo da ação rescisória para atacar a chamada “coisa julgada inconstitucional”, a que alude a doutrina relativista.

Hipótese bastante comum em que isto se verifica, na prática, é a das ações que versam sobre matéria tributária. Proferida uma sentença, com base em determinada lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, perfeitamente possível é a rescindibilidade daquela, com base no dispositivo legal em apreço⁴⁸.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem admitindo, de modo iterativo, a utilização da ação rescisória em hipóteses como estas, ainda que, para tanto, seja necessário abrandar-se o rigor da Sú-

remédios jurídicos em questão (**Coisa julgada relativa?**, p. 112). Ainda neste mesmo sentido, v. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**, p. 147-51.

48 Neste sentido, v. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada**, p. 39-72. Embora sustentem a inexistência das sentenças como as que tais, os autores admitem a utilização da ação rescisória como meio idôneo para afastar a coisa julgada. A propósito do tema, v., na mesma obra, com grande proveito, o texto relativo à aplicação do princípio da fungibilidade entre tais medidas (p. 234-9). No mesmo sentido, THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**, p. 99-100.

mula n. 343, do STF⁴⁹.

De outro lado, no tocante à controvertida questão da coisa julgada operada em face da sentença que julga ação de investigação de paternidade sem que se tenha realizado o exame do DNA, possível é invocar-se o disposto no inciso VII, do mesmo art. 485, do CPC. Isto porque, embora o “documento novo”, a que alude o referido dispositivo legal, seja aquele que já existia quando da propositura da ação, mas a parte o ignorava ou dele não pôde fazer uso, por motivos alheios à sua vontade, nas hipóteses em que a demanda investigatória tenha sido julgada sem a realização do exame de DNA, é de se comparar o respectivo laudo a documento novo.

Enfrentando o tema, a eg. Segunda Seção, daquela mesma Corte Superior, admitiu a utilização do exame do DNA como documento novo, para fins de ajuizamento de ação rescisória⁵⁰.

Em tais hipóteses, portanto, parece perfeitamente possível adotar-se uma interpretação extensiva da norma contida no art. 485, VII, do CPC, permitindo-se, por conseguinte, a desconstituição da coisa julgada material operada pela sentença que julgou a primeira demanda.

7.2 - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JUDICIAL

Outra modalidade de medida judicial destinada à desconstituição da coisa julgada é a *actio querela nullitatis*⁵¹.

49 Súmula n. 343: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de Lei, quando a decisão rescindenda tiver se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Quanto aos precedentes do STJ, v., p. ex., REsp. n. 128.239/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, in DJU de 01-12-97, Embs. de Div. em REsp. n. 155.654-RS, Rel. Min. José Arnaldo, in DJU de 23-08-99 e AR n. 870-PE, Rel. Min. José Arnaldo, in DJU de 13-03-00.

50 REsp. n. 300.084-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJU de 06-09-04, p. 161.

51 Cuidando do tema, assinalava Liebmann: O direito intermédio recebeu a distinção entre as sentenças injustas e nulas e sobre essa base erigiu seu novo sistema: contra as primeiras era sempre possível experimentar a apelação; quanto às segundas, com o objetivo certamente de aumentar a segurança das relações jurídicas, o direito canônico, a legislação estatutária e a doutrina medieval exigiram que se alegasse a nulidade por meio de um remédio especial que denominaram querela nullitatis, remédio que não era nem um recurso, nem

A sua utilização no direito brasileiro vem sendo largamente aceita pela jurisprudência como o meio adequado para impugnar a sentença tida por inexistente, i.e., aquela proferida contra o réu revel não citado ou citado indevidamente, ou contra litisconsorte necessário não chamado a se defender no processo, por exemplo. Ou, ainda, nos casos de sentença *extra* ou *ultra petita* transitadas em julgado. Em tais hipóteses, “a sentença somente é ineficaz – inatendível – e deixa de produzir seu efeito de força de coisa julgada material”, como já dizia James Goldschmidt⁵².

Assim, partindo-se de uma interpretação extensiva, defende-se o cabimento da *querela nullitatis* como remédio para sanar o vício da sentença coberta pela coisa julgada material que tenha ofendido a Constituição. O diferencial em relação à rescisória está no fato de não estar aquela, ao contrário desta, sujeita a prazos decadenciais ou prescricionais.

Lembre-se que foi através de uma medida como a que tal que a tese da relativização da coisa julgada foi levada ao Poder Judiciário, tendo sido acolhida pela Primeira Turma do STJ no rumoroso julgamento do REsp. n. 240.712, a que se fez referência no item n. 5.2, *supra*.

Além desta situação, já devidamente narrada, outra hipótese de utilização da *querela nullitatis* para finalidade semelhante, cujo julgamento tocou ao STJ, merece ser aqui referida. Trata-se do REsp. n. 445.664-AC, de que foi Relatora a e. Min. Eliana Calmon⁵³.

Segundo se apreende da leitura do aresto, o Ministério Público do Estado do Acre promoveu ação civil pública visando à declaração de nulidade de sentença transitada em julgado, que teria lesado os cofres públicos, sob o argumento da falta de citação de litisconsorte necessário. O processo foi extinto sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, através de sentença mantida pelo eg. Tribunal de

uma ação, mas uma invocação do officium iudicis” (Nulidade da sentença proferida sem citação do réu, p. 119). Sobre o tema, v. tb. o clássico trabalho de CALAMANDREI, Piero. **Sobrevivência da querela de nulidade no processo civil vigente.**

52 Direito Processual Civil, p. 456. No mesmo sentido é a lição de Liebmann, nos seguintes termos: “Há, contudo, vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso, a sentença, embora se tenha tornado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico” (Nulidade da sentença proferida sem citação do réu, p. 118).

53 DJU de 07-03-05, p. 194.

Justiça daquele Estado. Inconformado, o *Parquet* interpôs recurso especial. O Relator originário, Min. Peçanha Martins, negava provimento ao recurso, no que foi contrariado pela Ministra Eliana Calmon. Acompanhou-a o Min. Franciulli Neto, tendo divergido o Min. João Otávio de Noronha. Ao proferir o voto de desempate, o Min. Castro Meira fez ampla digressão acerca do cabimento da *querela nullitatis*, com base em doutrina e jurisprudência, assim como sobre o cabimento da ação civil pública para a finalidade pretendida, além de justificar a legitimação do Ministério Público para promovê-la.

Vê-se, portanto, que a ação declaratória de nulidade tem sido perfeitamente admitida em casos de inexistência da sentença ou mesmo naqueles em que a mesma é apontada como ofensiva a princípio constitucional.

7.3 - “AÇÃO PARA QUEBRA ATÍPICA DA COISA JULGADA”

Como dito no início deste trabalho, Eduardo Talamini desenvolveu um completíssimo estudo sobre o instituto da coisa julgada e sobre as hipóteses de sua desconsideração (que ele chama de “quebra”). Após examinar todos os mecanismos legalmente previstos para tanto, o autor, no penúltimo capítulo de sua obra, passa a desenvolver o que denomina de “meio se sede para a quebra da coisa julgada”, que pode se dar mediante ação rescisória ou através da intitulada “ação para quebra atípica”.

Trata-se de uma demanda de natureza constitutiva negativa destinada a revisar a sentença apontada como inconstitucional, que “guarda correspondência com a ação rescisória”, exceto no que toca ao prazo para sua propositura⁵⁴. Quanto à competência para o seu processamento, o autor, preocupado com a possibilidade que será apontada no próximo tópico, de “o juiz de primeiro grau considerar inconstitucional e ‘quebrar’ a coisa julgada de um pronunciamento emitido no processo anterior pelo próprio Supremo Tribunal Federal em sede de recurso

54 “Mas não se quer com isso simplesmente equiparar as duas vias: na ação rescisória (típica) a revisão da sentença condiciona-se à simples configuração das hipóteses ditas nas regras de cabimento da medida (art. 485); na ação de quebra atípica, será imprescindível a ponderação de valores” (Coisa julgada e sua revisão, p. 636-7).

extraordinário”, propõe uma interpretação extensiva das normas que regulam a ação rescisória, para abranger “necessariamente toda e qualquer ação destinada à revisão do pronunciamento revestido de coisa julgada emitido anteriormente” pelos Tribunais Superiores.

Em que pese o brilhantismo da solução, *data maxima venia*, a mesma é de se admitir apenas *de lege ferenda*, não, porém, *de lege lata*. De fato, não há, no ordenamento jurídico vigente, previsão de uma demanda como a que tal, especialmente no que se refere à pretendida aproximação com as peculiares características da ação rescisória. Assim, segundo entendemos, a matéria deve ser entendida como uma sugestão de modificação do sistema, para o fim de se admitir a ação de quebra atípica – ou qualquer outro *nomen iuris* que se lhe prefira atribuir.

7.4 - EMBARGOS À EXECUÇÃO, IMPUGNAÇÃO E EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Como dito, já Pontes de Miranda sustentava, antes mesmo do advento do Código de Processo Civil, a possibilidade de se suscitar a invalidade da sentença transitada em julgado por intermédio de embargos à execução ou mesmo através de simples petição dirigida ao juízo execucional⁵⁵.

Com a edição da Medida Provisória n. 2.180-35, que acrescentou um parágrafo único ao art. 741, do CPC, a matéria logrou ser erigida a nível normativo. Estabeleceu-se, pois, a possibilidade dos embargos do devedor fundados no inciso II, do referido dispositivo (inexigibilidade do título exequendo), versarem sobre eventual inconstitucionalidade da sentença, seja porque baseada em norma declarada como tal pelo STF, seja por conter aplicação incompatível com a Constituição da República.

Deste modo, a partir da vigência da referida norma, eventual

55 “Os meios para se evitar qualquer investida por parte de quem tenha em mão sentença inexistente, ou nula, ou ineficaz, são os seguintes: (...) b) Opor-se a qualquer ato de execução, por embargos do devedor, ou por simples petição; porque, ainda que impossível a prestação, há o ingresso à execução; a sentença de prestação impossível não dá, nem tira; mas, como aparência, vai até onde se lhe declare (note-se bem: declare) a impossibilidade cognoscitiva, lógica, moral ou jurídica” (Tratado da ação rescisória, p. 210-1).

alegação de inconstitucionalidade da sentença em que se funda a execução passou a ser expressamente admissível em sede de embargos do devedor.

Mais recentemente, a Lei n. 11.232/05, que disciplinou o chamado *cumprimento da sentença*, consagrou esta situação, ao dar nova redação ao art. 741, p.ú., do CPC e instituir a possibilidade da matéria ser alegada na por meio da recém instituída *impugnação* (art. 475-L, §1º)⁵⁶. Portanto, além dos embargos à execução de título judicial – agora restritos ao processo executivo intentado contra a Fazenda Pública –, o tema pode ser objeto de impugnação oferecida na fase de cumprimento da sentença condenatória.

Convém, contudo, distinguir as duas hipóteses contidas nas novas normas jurídicas. A 1ª delas refere-se à situação versada no item n. 5.1, *supra*, em que se demonstrou que o STJ vem admitindo largamente o uso da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada material oriunda de sentenças proferidas com base em leis posteriormente declaradas inconstitucionais pelo STF. Ora, se admissível a rescisória, não haveria porque inadmitir-se o manejo dos embargos ou da impugnação em hipótese idêntica.

Já a 2ª parte de ambos os dispositivos refere-se à circunstância de a sentença estar fundada em interpretação incompatível com a Constituição, desde que assim reconhecida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Aliás, diga-se que a nova redação dada aos referidos artigos de lei, sepultou controvérsia anterior, relativa à necessidade, ou não, de pronunciamento do STF a respeito⁵⁷.

56 Eis o teor de ambos os dispositivos, de redação idêntica: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição”. Criticando as disposições, já à luz da novel legislação, v. BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**, p. 110-11 e 189. V. tb. ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**, p. 329-31.

57 Pela desnecessidade: THEODORO JR., Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**, p. 105. Em sentido contrário: TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**, p. 450. ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**, p. 256. Examinando o tema, o eg. STJ entendeu ser “indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso” (REsp. n. 721.808-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, in DJU de 19-09-05).



Como não poderia deixar de ser, o novel dispositivo recebeu o mais entusiástico aplauso da doutrina relativista, especialmente, de Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeira de Faria, que, nas versões mais atualizadas de seu trabalho, demonstram ter visto consagrada sua tese em sede legal⁵⁸.

Enfrentando o tema, a Primeira Turma do STJ decidiu, no particular, o seguinte:

2. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

3. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

4. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham

58 **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**, p.103-7. Araken de Assis, a seu turno, considera que a hipótese, excepcional, deva levar à interpretação de que outros possíveis casos de relativização sejam também tratados pela via legislativa (Eficácia da coisa julgada inconstitucional, p. 260).



decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

5. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência⁵⁹.

Saliente-se, ainda, por derradeiro, haver quem sustente que a matéria possa ser ventilada através da chamada *exceção de pré-executividade*⁶⁰.

8. AS PROPOSTAS DE LEGE FERENDA

Como se viu, são profundas as divergências entre os defensores e os adversários da tese relativista. Há, contudo, opiniões de adeptos de ambas as correntes no sentido da necessidade de um aprimoramento da legislação, especialmente como forma de permitir ao Judiciário atender às situações geradoras de perplexidade.

De fato, examinando-se as diferentes propostas, pode-se perceber que todas elas passam pelo alargamento das hipóteses de ação rescisória, assim como pelo abrandamento da exigência de prazo decadencial

59 REsp. n. 833.769-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, in DJU de 03-08-06. No mesmo sentido, há inúmeros outros precedentes, todos de mesma Relatoria.

60 ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**, p. 259. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**, p. 150. MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**, p. 137-9. Saliente-se que o mecanismo em apreço poderia bem ser equiparado à “simples petição”, à que aludia Pontes de Miranda na passagem indicada na nota n. 30, supra.

para sua propositura⁶¹.

No tocante à desconsideração da coisa julgada oriunda da sentença que julga ação de investigação de paternidade em que não tenha sido realizado o exame do DNA, Barbosa Moreira sugere que o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória comece a ser contado a partir da descoberta da técnica ou obtenção do laudo⁶².

De todas as propostas, contudo, chama a atenção aquela formulada por Alexandre Freitas Câmara, pela amplitude com que o assunto foi tratado. Com efeito, para o referido autor “deve-se acrescentar um novo inciso ao art. 485 do Código de Processo Civil. Através deste novo dispositivo, estabelecer-se-ia que a sentença de mérito transitada em julgado poderia ser rescindida quando ofendesse norma constitucional”⁶³. E, após admitir que esta modificação, por si só, não seria suficiente, até porque já seria possível esta interpretação de acordo com o inciso V, do art. 485, acrescenta a necessidade de inserção de um novo parágrafo no art. 485, do CPC, possibilitando a concessão de provimento de urgência em sede de ação rescisória e a revogação do art. 741, p.ú., do mesmo Estatuto⁶⁴.

É o que também nos parece.

61 Sérgio Gilberto Porto parece bem sintetizar o pensamento geral, nos seguintes termos: “Desta forma, a ampliação das hipóteses de cabimento de demanda de cunho rescisório, a dilação do prazo decadencial para interposição destas e a supressão deste para hipóteses excepcionais, vez que portadoras de vícios inconvalidáveis, parece ser uma bem temperada fórmula de pacificação jurídica. Portanto, maxima venia, o desafio não é – simplesmente – relativizar de qualquer modo, a qualquer tempo e por qualquer juízo a coisa julgada, em verdadeiro desprestígio dos óbvios motivos que ensejaram sua criação, mas sim prestigiá-la, com um sistema de ordem jurídica, compatível com a realidade deste início de século” (**Cidadania processual e relativização da coisa julgada**, p. 32). No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**, p. 111. MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais**, p. 152-3.

62 Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, p. 111.

63 Relativização da coisa julgada material, p. 152.

64 Op. cit., p. 153. Sobre estas últimas, convém ressaltar o seguinte: na esteira do sugerido pelo autor, a recente Lei n. 11.280/06, previu expressamente a possibilidade de provimento de urgência em ação rescisória, dando nova redação ao art. 489, do CPC; já a Lei n. 11.232/05, ao invés de revogar o art. 741, p.ú., do CPC, como já dito, deu-lhe ares de legalidade, instituindo, ainda, a possibilidade de alegação da matéria em sede de impugnação ao cumprimento da sentença condenatória não proferida contra a Fazenda Pública (art. 475-L, §1º).

9. A DOCTRINA CONTRÁRIA À RELATIVIZAÇÃO E SEUS ARGUMENTOS

Se a teoria da relativização da coisa julgada vem ganhando adeptos a cada dia que passa, o mesmo se pode dizer de seus críticos.

Para a grande maioria destes autores, a coisa julgada é manifestação do Estado Democrático de Direito, garantia constitucional prevista logo no *caput* do art. 1º, da Constituição Federal de 1988. Em sendo assim, o critério da segurança jurídica deve sempre prevalecer, ainda que, em alguns casos, a sentença coberta pela coisa julgada não tenha adotado a melhor exegese legal ou mesmo constitucional⁶⁵.

Em sentido diametralmente oposto ao que sustenta a maior parte da doutrina pró-relativização, estes autores entendem que a garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) abrange não só a lei, mas também a decisão judicial⁶⁶. E mais, tratando-se de garantia fundamental, não pode ser suprimida nem mesmo através de Emenda à

65 NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 39-47. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**, p. 98-9. PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**, p. 135-7. No direito português, v., nos mesmos moldes, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 265. Em sede jurisprudencial, o eg. STJ já decidiu que a tese “mercê de violentar a segurança jurídica constitucional atenta contra um dos pilares da Jurisdição que distingue e caracteriza o Poder Judiciário” (REsp. n. 694.374-PE, Rel. Min. Luiz Fux, in DJU de 28-11-05).

66 “Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do estado democrático de direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e da jurisprudência, como é o caso da sentença injusta, repelida como irrelevante, ou da sentença proferida contra a Constituição ou a lei, igualmente rechaçada pela doutrina, sendo que, nesta última hipótese, pode ser desconstituída pela ação rescisória (art. 485, V, do CPC)” (NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 44). Neste mesmo sentido é a lição de Sérgio Nojiri, para quem “afirmar que o instituto da coisa julgada não goza de status de regra constitucional, pelo simples fato dele ter disciplina prevista em lei ordinária, é tão ingênuo quanto afirmar, por exemplo, que o mandato de segurança não é um remédio constitucional por ter seu procedimento previsto em lei infraconstitucional” (**Crítica à teoria da relativização da coisa julgada**, p. 131).

Constituição (art. 60, §4º)⁶⁷. Tampouco o juiz pode alterar a coisa julgada, porque assim dita a lei ordinária que a disciplina (CPC, arts. 467 e 471), à exceção, é claro, das hipóteses em que esta circunstância é expressamente permitida (idem, art. 485).

De outro lado, os critérios adotados por aqueles que defendem a relativização seriam abrangentes ao extremo, permitindo um alto grau de subjetividade ao intérprete. Assim, o pressuposto da “grave injustiça”, a que alude o Min. Delgado ou da “séria injustiça”, a que se refere Humberto Theodoro Jr., seriam *perigosamente indeterminados*, como assinala Ovídio Baptista da Silva⁶⁸.

Deste modo, ao contrário do que se propugna, a adoção da teoria em apreço, jamais será excepcional, mas tende a se transformar em regra e, por conseguinte, a garantia constitucional da coisa julgada se tornará exceção⁶⁹.

De outro lado, sustenta-se que as situações extremas, a que aludem Cândido Rangel Dinamarco e José Augusto Delgado, são altamente improváveis de se verificar, na prática⁷⁰.

67 Cf. NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 49.

68 Coisa julgada relativa?, p. 105-6. E arremata: “Afinal, que sentença não poderia ser acusada de ‘injusta’; e qual a injustiça que não poderia ser tida como ‘grave’ ou ‘séria’? E como seria possível atribuir a uma sentença a qualificadora de ‘absurdamente lesiva’ ao Estado, como sugere Dinamarco?” (op. cit., p. 106).

69 “Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido” (ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**, p. 239). “Não se sabe até onde a entronização da tese da vulnerabilidade da coisa julgada inconstitucional abalará e afrontará o instituto da coisa julgada. Não se pode dizer até que ponto grassarão as ações de nulidade lotéricas ou cavilosas, num país onde ainda rareia a aplicação de sanções às demandas temerárias” (BERMUDES, Sérgio. **Sindérese e coisa julgada inconstitucional**, p. 269). No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**, p. 109.

70 “...os exemplos são, por assim dizer (sem ironia) pitorescos. Outra questão é saber se existe alguma probabilidade de que hipóteses tão esdrúxulas se concretizem no mundo real. A da condenação a dar peso de carne foi extraída – e o autor explicita-o em nota – da obra de Shakespeare ‘O mercador de Veneza’. Não se pode adivinhar o que pensaria o bardo de Stratford-on-Avon desse aproveitamento, séculos depois, de uma situação fictícia mesmo ao tempo em que lhe ocorreu fazer dela o eixo de sua peça. Com a devida vênia, e sem quebra do respeito à grande autoridade intelectual do jurista, os restantes exemplos parecem igualmente haver sido escolhidos a dedo, como outrora os livros

Um argumento ainda nos parece irrespondível. Aceita a relativização, quem poderá vedar o novo acesso ao Judiciário do vencido na segunda demanda, o qual não sem grande dificuldade entenda que a sentença proferida neste processo é que é injusta, ilegal ou ofensiva à Constituição?⁷¹.

E mais. Suponha-se que a ação cuja coisa julgada se queira desconstituir tenha tramitado inclusive pelos Tribunais Superiores, tendo sido decidida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. Proposta a nova ação, teria o juiz de 1º grau competência para simplesmente anular o acórdão daquela Corte Superior?⁷².

A propósito, há hoje um movimento bastante intenso no sentido da diminuição dos recursos e dos outros meios de impugnação ao ato judicial, o que leva a se considerar contraditória a tentativa de se ampliar as hipóteses de reabertura da possibilidade de impugnação da sentença coberta pela coisa julgada material.

Os críticos da teoria relativista chamam a atenção para uma certa incoerência demonstrada por alguns de seus defensores. Assim é que Botelho de Mesquita faz referência a um artigo publicado por Humber-

destinados ad usum Delphini christiani” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**, p. 101-2).

71 “A coisa julgada cederia à injustiça, porém a segunda seria inatacável, pelos mesmos fundamentos. A injustiça destruiria a ‘primeira’ coisa julgada’, mas a sentença que o reconhecesse seria, ipso iure, justa e não abusiva! Porém, qual haveria de ser o fundamento para a intangibilidade desta ‘segunda coisa julgada’? Em resumo: quem poderia impedir que o sucumbente retornasse, no dia seguinte, com uma ação inversa, pretendendo demonstrar a injustiça da segunda sentença? Porventura, a coisa julgada...?” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Coisa julgada relativa?**, p. 108). No mesmo sentido, Barbosa Moreira, que, inclusive, compara a situação à uma “sinfonia, não apenas inacabada, com a de Schubert, mas inacabável – e bem menos bela” (**Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**, p. 100). Também Alexandre Freitas Câmara assim se pronuncia, demonstrando que, de fato, embora seja adepto da tese relativista, adota-a com prudentes temperamentos (Relativização da coisa julgada material, p. 145-6).

72 NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 57. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**, p. 108. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**, p. 154. BERMUDEZ, Sérgio. **Coisa julgada ilegal e segurança jurídica**, p. 133. MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais**, p. 154. Falando no “problema do regresso ao infinito”, v. NOJIRI, Sérgio. **Crítica à teoria da relativização da coisa julgada**, p. 133-5.

to Theodoro Jr. em 1995, em que este sustentava tese diametralmente oposta àquela por ele próprio defendida atualmente⁷³.

Já Barbosa Moreira aponta a contradição entre admitir-se o uso da rescisória e, ao mesmo tempo, sustentar-se que a sentença tida por inconstitucional seria nula, uma vez que, se assim o fosse, não haveria interesse de agir na desconstituição da coisa julgada. E assinala ser “interessante notar que, na lição de Cândido Dinamarco, um dos líderes da campanha em prol da ‘relativização’, ‘não há sentenças nulas *de pleno direito*’ (*Instit.* Vol. III, cit., pág. 684; grifado no original)”⁷⁴.

Ainda, segundo autorizada parcela da doutrina, a desconsideração da coisa julgada seria prática oriunda de regimes totalitários, jamais de um país onde se pretende vigore um Estado Democrático de Direito. Assim é que Botelho de Mesquita lembra que, de todas as Constituições Brasileiras, a única que não contou com a garantia da coisa julgada em seu texto, foi a de 1937, justamente aquela “outorgada por GETÚLIO VARGAS, para fundação do Estado Novo, regime ditatorial inspirado no fascismo italiano e na ideologia constitucional do Estado Novo institucionalizada em Portugal pela Constituição de 1933”⁷⁵. Nelson Nery Jr., a seu turno, faz menção a uma lei editada por Adolf Hitler, criando novas hipóteses de rescindibilidade da sentença (injusta, contrária aos fundamentos do Reich e aos interesses do povo alemão), a cargo do Ministério Público⁷⁶.

73 Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema, p. 96. No mesmo sentido, afirmando que a posição do aludido autor foi alterada em 2002, MACHADO, Daniel Carneiro. **A coisa julgada inconstitucional**, p. 92.

74 Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material, p. 103. A íntegra do excerto referido é esclarecedora: “Em qualquer dessas hipóteses, a sentença nula é eficaz até que um outro pronunciamento jurisdicional lhe declare a invalidade e imponha a sanção de nulidade; não há sentenças nulas de pleno direito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 681).

75 Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema, p. 101-2. A informação é confirmada por ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade**, p. 177.

76 **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 47-8. Fazendo uma espécie de contraponto, José Afonso da Silva assinala: “Direito seguro nem sempre é direito justo. A história está repleta de exemplos de ordenamentos positivos injustos, como foi o nazi-fascista e outros sistemas autoritários, tal o regime militar brasileiro, que continha o máximo de segurança por meio de uma ordem jurídica excepcional voltada para sua própria garantia, sem consideração alguma com o princípio da justiça. Mas certo é que um direito inseguro é, por regra, também um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade. Assim, a segurança legítima do direito

De mais a mais, todos parecem concordar que já existe o abrandamento legalmente autorizado da coisa julgada nos seguintes casos: a) ação rescisória (CPC, art. 485); b) embargos do devedor (CPC, art. 741); c) revisão criminal (CPP, art. 622); d) coisa julgada *secundum eventum litis* (LACP, art. 16, CDC, art. 103 e LAP, art. 18). Para novas hipóteses, como a da investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas e nas ações de desapropriação em que tenha havido qualquer irregularidade, é necessária a edição de lei autorizando o respectivo abrandamento da *auctoritas rei judicate*.

10. NOSSA OPINIÃO

Após havermos discutido amplamente os argumentos favoráveis e contrários à teoria da desconsideração da coisa julgada, assim como as hipóteses mais comuns em que a doutrina entende seja possível aplicá-la, além dos mecanismos processuais que se sustenta sejam aptos a fazê-lo, convém deixarmos assentada nossa visão pessoal acerca do assunto.

Somos contrários à relativização da coisa julgada.

De fato, embora reconheçamos que os argumentos desenvolvidos pela doutrina relativista (especialmente nos casos de sentenças que afrontam a Constituição) são altamente sedutores, entendemos que a garantia do Estado Democrático de Direito não pode conviver com a insegurança nas relações jurídicas submetidas ao Poder Judiciário, através do devido processo legal e observados os preceitos do contraditório e da ampla defesa. O objetivo primacial da coisa julgada é justamente este, qual seja, “a exigência social da segurança no gozo dos bens”, a que aludiu, com precisão, Chiovenda⁷⁷.

Não nos seduz, em hipótese alguma, as insistentes referências a uma possível adoção excepcional da tese, posto que, uma vez aberta a possibilidade, não haverá mais como se controlar a desconsideração – que, assim, justamente ao contrário, corre o risco de se tornar a regra e não a exceção. Sempre haverá alguém disposto a sustentar que a sen-

é apenas aquela que signifique garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças. A segurança do direito, nesse sentido, não se compadece com as profundas desigualdades e misérias de milhões” (Constituição e segurança jurídica, p. 16).

77 **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 447.

tença coberta pela coisa julgada material foi ofensiva à Constituição, à lei ou mesmo que ela é simplesmente *injusta*.

Para tais hipóteses, o ordenamento jurídico já prevê um sistema recursal que, de tão completo, comporta severas críticas por contribuir para a delonga na entrega da prestação jurisdicional definitiva. E, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, é possível desconstituir-se a coisa julgada, desde que, para tanto, haja motivo legalmente admissível (CPC, art. 485, que, inclusive, autoriza a descon sideração quando a sentença for ofensiva à lei ou à Constituição, em seu inciso V).

Reconhecemos que podem haver hipóteses outras em que seja necessário possibilitar-se o abrandamento da coisa julgada⁷⁸. O exemplo da ação de investigação de paternidade julgada improcedente sem que tenha sido realizado o exame do DNA é lapidar. Para solucionar o problema, contudo, basta que o legislador determine que a sentença transitada em julgada que julga demanda como a que tal seja considerada mais uma modalidade de coisa julgada *secundum eventum litis*, a exemplo daquelas já previstas no ordenamento jurídico em vigor (LACP, art. 16, CDC, art. 103 e LAP, art. 18).

Conhece-se a crítica de Talamini, no sentido de que não seria possível a previsão legal de todas as hipóteses em que talvez se fizesse necessária a relativização⁷⁹. Contudo, é justamente aí que reside o perigo: na abstração dos casos, deixados ao alvedrio e à discricionariedade completas de quem irá pugnar pela descon sideração da coisa julgada que atingiu uma sentença eventualmente até confirmada pelos Tribunais Superiores.

De outro lado, não há dúvidas que a tese do conflito entre direitos fundamentais é bastante convincente. Contudo, a aplicação pura e simples dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em tais casos, como propugna o mesmo Eduardo Talamini⁸⁰, pode levar a algu-

78 Comentando passagem do trabalho de Cândido Dinamarco, Ovídio Baptista da Silva assim se pronuncia: “Sim, aceitemos a tese, sem dúvida inspirada nos mais legítimos e superiores princípios éticos, que devem iluminar sempre o Direito. Todos nutrirão, sem dúvida, simpatia, quando não adesão entusiástica, a esse generoso ponto de vista que, renunciando à absolutização do valor ‘segurança’, exigido pelo Iluminismo, prioriza a ‘justiça’, como o supremo valor” (*Coisa julgada relativa?*, p. 110).

79 *Coisa julgada e sua revisão*, p. 399-400.

80 Op. cit., p. 561-613.

mas distorções indesejáveis, como bem alerta Botelho de Mesquita⁸¹.

Quanto às ações de desapropriação ou mesmo às indenizatórias decorrentes do esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, em que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a desconsideração da coisa julgada, por vislumbrar ofensa a outros preceitos constitucionais, como o da moralidade pública, por exemplo, entendemos que a tese, por si só, é perigosa. De fato, se, de um lado, é certo que não se deve permitir o enriquecimento ilícito de quem quer que seja – não apenas em detrimento do patrimônio público, mas também dos particulares –, de outro, não é menos certo que a segurança jurídica não pode ficar à mercê da vontade estatal.

Ora, alega-se a existência de fraudes no primeiro processo, em que teria sido prolatada a sentença coberta pela coisa julgada que se quer desconstituir. Pois bem. Neste caso, é de se indagar: onde estava a Procuradoria do ente público no momento em que o ato ilícito foi praticado? O que estavam fazendo os assistentes técnicos, que não impugnaram os valores apresentados pelo perito do juízo? Por que a Fazenda Pública não recorreu da decisão que lhe pareceu injusta, ilegal ou inconstitucional e demonstrou, no curso do **mesmo** feito, que houve fraude?⁸²

A nosso sentir, *data venia*, a adoção da teoria da desconsideração da coisa julgada, pura e simplesmente, sem qualquer critério mais rigoroso, poderá mesmo a levar a que os entes estatais não se preocupem com o andamento dos processos que lhes possam gerar alguma espécie de condenação. Isto porque, uma vez transitada em julgada a sentença que julgar o feito, será possível simplesmente recomeçar tudo outra vez, com a propositura de uma ação declaratória que, apesar de flagrantemente infundada, pode perfeitamente ser admitida por algum magistrado que, imbuído das melhores intenções, deixe-se seduzir pelos argumentos (deveras simpáticos, é bom que se diga) de agressão à moralidade pública, da indenização injusta, da inconstitucionalidade, etc.

81 Afirma o autor que tais princípios caíram “no domínio comum, tornando-se instrumentos genéricos para esvaziar o conteúdo de qualquer lei que se não queira aplicar” (**Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema**, p. 120).

82 Afinal, como bem salienta Marinoni, “o problema do funcionamento indevido dos corpos jurídicos não pode ser resolvido mediante a simples tentativa de rediscussão de sentença acobertada pela coisa julgada material” (**O princípio da segurança dos atos jurisdicionais**, p. 150).

Por tudo isto, *data venia*, não há como se admitir a desconsideração da coisa julgada fora dos estritos limites das previsões legais já existentes no ordenamento jurídico ou de outras que porventura venham a ele se incorporar. Não, porém, de modo absolutamente abrangente e ilimitado, permitir-se que a sentença que entregou à parte o bem da vida que ela tanto lutou para obter, seja simplesmente desconstituída com base em argumentos, que, apesar de sedutores, não justificam o esfacelamento do Estado Democrático de Direito que a nossa República, com tanta dificuldade, pretende ser (CF/88, art. 1º, *caput*).

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 146-200.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 232-264.

_____. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo: Dialética, 2005, n. 22, p. 91-111.

BERALDO, Leonardo de Faria. A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 156-231.

BERMUDES, Sérgio. Sindérese e coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 265-274.

_____. Coisa julgada ilegal e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha (coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 131-6.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema. In: _____. *Coisa julgada*.

Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CALAMANDREI, Piero. Sobrevivência da querela de nulidade no processo civil vigente. In: _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003, vol. 3, p. 257-274.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p.127-155.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, vol. I.

DELGADO, José Augusto. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2001, v. 103, p. 9-36.

_____. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 77-122.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 33-76.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2003, Tomo I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2005, v. 126, p. 9-21.

_____. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13-6.

_____. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LIEBMANN, Enrico Tullio. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. In: _____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 117-121.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Relativização da coisa julgada em matéria ambiental*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, vol. 42, abr./jun. 2006, p. 69-74.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais* (a questão da relativização da coisa julgada material). Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: GENESIS, vol. 31, jan./mar. 2004, p. 142-62.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 125, jul. 2005, p. 9-14.

MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). Coisa julgada inconstitucional. In: _____. (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NOJIRI, Sérgio. *Crítica à teoria da relativização da coisa julgada*. Revista de Processo: São Paulo: RT, vol. 123, maio 2005, p. 123-41.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória – Das sentenças e de outras decisões*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2003, vol. 112, p. 23-32.

_____. *Coisa julgada civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____ (coord.) *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 165-192.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha (coord.) *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 15-30.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa julgada relativa?*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13, p. 103-112.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1995, n. 79, p. 158-171.

_____. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.) *Coisa julgada inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 72-126.

_____. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 127, set. 2005, p. 9-55.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

INSTITUCIONAL

O SERVIÇO SOCIAL NO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA: ASPECTOS HISTÓRICOS, NORMATIVOS E TÉCNICO-OPERATIVOS

Daniele Beatriz Manfrini
*Assistente Social do MPSC (Comarca de Balneário Camboriú) e
Mestranda em Serviço Social pela UFSC*

Grasiela Semann Port
*Assistente Social do MPSC (Comarca de Jaraguá do Sul) e
Especialista em Saúde da Família pela UFSC*

Gizelly Rodrigues
*Assistente Social do MPSC (Comarca de Palhoça) e Mestre em
Educação também pela UFSC*

SUMÁRIO: 1. ASPECTOS HISTÓRICOS 2. NORMAS E ATOS QUE REGULAMENTAM A AÇÃO PROFISSIONAL DOS ASSISTENTES SOCIAIS NO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA 3. ATIVIDADES E INSTRUMENTOS DE TRABALHO DOS ASSISTENTES NO MP/SC 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS

1. ASPECTOS HISTÓRICOS

Sobre as origens do Ministério Público há diferentes pontos de partida, entretanto, segundo Silva (1978), opem cit in Brüning (2002, 24),

Num ponto, porém, há plena concordância entre a maioria dos historiadores: foi na França que pela

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 4, n. 10, set./dez. 2006 – Florianópolis – pp 213 a 225

primeira vez o Ministério Público aparece com todas as suas características, com a denominação de **les gens du roi**, para a representação do rei junto aos tribunais e a defesa de seus interesses privados, confundidos, muitas vezes com os do próprio Estado.

Das terras francesas aos campos lusitanos e espanhóis, e só muito posteriormente ao Brasil, foi se configurando a organização judicial e o Ministério Público. Em Santa Catarina, por sua vez, os primeiros passos em direção à organização da justiça são dados no século XVIII.

Nesse processo, é na Constituição Federal de 1891 que surgiram as Justiças Estaduais e Ministérios Públicos Estaduais. Contudo, é com a Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público, segundo Mazzilli (1989), assume “elevado status constitucional”. De acordo com o Art. 127 da Constituição Brasileira, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

É esta instituição que detém ainda a competência para fiscalizar a correta aplicação da Constituição Federal e das leis, para a proteção do Estado de Direito e para resguardar o interesse público quando lesado em seus direitos. Para tanto, pode atuar judicialmente ou extrajudicialmente.

Para viabilizar o trabalho em suas várias áreas de atuação, atualmente, diversos órgãos de administração, execução e auxiliares compõem a estrutura organizacional do Ministério Público, como a Procuradoria-Geral de Justiça, o Colégio de Procuradores de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, a Corregedoria-Geral do Ministério Público, as Procuradorias e Promotorias de Justiça, os Procuradores e Promotores de Justiça, os Centros de Apoio Operacional e os Órgãos de Apoio Administrativo.

Nestes órgãos, de acordo com Metzger et al (1998), a atuação de profissionais de nível superior com formação diferenciada da área jurídica é uma prática recente, consubstanciando-se em uma implantação pioneira no Brasil. E é nesta perspectiva, que o profissional do Serviço Social ganha espaço no Ministério Público Estadual de Santa Catarina.



Na verdade, desde a década de setenta, o Serviço Social assumiu posicionamentos éticos e políticos, bem como teóricos e metodológicos voltados à defesa dos direitos, da cidadania e da democracia. A afirmação de tal postura pode ser verificada sobretudo no atual Código de Ética Profissional (Resolução CFESS 273/93). Nele estão reconhecidos três princípios fundamentais: a liberdade como valor ético central e das demandas políticas a ela inerentes – autonomia, emancipação e plena expansão dos indivíduos sociais; a defesa intransigente dos direitos humanos e recusa do arbítrio e do autoritarismo; a ampliação e consolidação da cidadania, considerada tarefa primordial de toda a sociedade, com vistas à garantia dos direitos civis, sociais e políticos das classes trabalhadoras.

De acordo com Metzger et al (1998), considerando que o compromisso ético assumido pelo Serviço Social encontra-se amplamente respaldado pela Constituição Federal, que por sua vez, constitui-se como fonte de legitimidade do Ministério Público, colocando-o como guardião do regime democrático, tornam-se evidentes as afinidades expressas em termos de ideais que norteiam o Ministério Público e o Serviço Social.

Mesmo assim, o cargo de Assistente Social, no Ministério Público Catarinense, é algo relativamente novo, já que até 2005, havia apenas cinco profissionais da área atuando na instituição, sendo três na comarca da capital, uma em Lages e uma em Itajaí. Estas profissionais foram se inserindo em atividades ligadas sobretudo à Infância e Juventude em parceria com os promotores destas mesmas áreas.

Com o concurso público realizado em 2004, iniciaram as suas atividades na instituição em março do ano de 2005, mais quatro profissionais, lotadas em diferentes comarcas: Palhoça, Tubarão, São Miguel do Oeste e Rio do Sul.

A inserção das atividades destas profissionais nas comarcas não se deu de maneira semelhante, o que pode ser percebido pelas mesmas durante diálogos travados durante o I Encontro Operacional da Infância e juventude do Ministério Público em Santa Catarina, ocorrido nos dias 18 e 19 de agosto, ou seja, quatro meses depois do início das atividades desses profissionais na instituição. Desde então as assistentes sociais do MP/SC vêm buscando a construção de uma proposta coletiva e única de trabalho.



De qualquer forma, no final de 2005, mais precisamente em novembro, mais nove profissionais de Serviço Social foram chamadas, ampliando assim de nove, para dezoito o número de assistentes Sociais na instituição, inserindo-se nas comarcas de Jaraguá do Sul, Balneário Camboriú, Joinville, Blumenau, Criciúma, São José, Itajaí, Brusque e Chapecó.

Nesse contexto, o Ministério Público Estadual Catarinense colocase para o Serviço Social na condição de campo de atuação emergente, trazendo em si a constituição de um espaço profissional relativamente novo, tanto para a instituição, quanto para os profissionais.

Assim, mesmo com a ampliação do número de profissionais atuando na instituição, ainda não se deu a construção coletiva de uma proposta de trabalho para o Serviço Social. O Centro Operacional da Infância, por sua vez, tem feito alguns movimentos no sentido dessa construção. No último mês de junho, por exemplo, com o apoio desse Centro, foi lançado o Ato N^o 107, o qual busca disciplinar a realização de atos executados pelos Assistentes Sociais no Ministério Público de Santa Catarina. Sobre esse ato e também sobre a regulamentação da profissão neste espaço profissional é que trata o próximo item deste artigo.

2. NORMAS E ATOS QUE REGULAMENTAM A AÇÃO PROFISSIONAL DOS ASSISTENTES SOCIAIS NO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA.

Como já foi dito, contando com a atuação de profissionais de Serviço Social em seu quadro de servidores desde 1995 e com a ampliação do número desses profissionais na instituição a partir do concurso público realizado em 2004, o Ministério Público de Santa Catarina (MP/SC) elaborou nesse mesmo ano um ato para normatizar a ação profissional dos assistentes sociais na instituição.

Desta feita, segundo dispõe o Ato n^o 115/MP/2004, são atribuições dos assistentes sociais no MP/SC: planejamento, coordenação, orientação e supervisão de trabalhos relacionados com o diagnóstico, desenvolvimento e tratamento de aspectos sociais, dentre outras.

Em 2005 o Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina (CIJ) elaborou um documento

com orientações aos assistentes sociais do MP/SC. Este documento traz uma descrição exemplificativa das ações próprias do Serviço Social na instituição de acordo com o Ato publicado, considerando que cabe ao assistente social:

- Realizar estudo social;
- Orientar indivíduos e grupos de diferentes segmentos sociais no sentido de identificar recursos e de fazer uso desses no atendimento e na defesa de seus direitos;
- Propor, elaborar e/ou participar de projetos que atendam a necessidade do indivíduo que procura os serviços prestados pela instituição;
- Planejar, executar e avaliar as pesquisas que possam contribuir para a análise da realidade social e para subsidiar ações profissionais em consonância com os objetivos da instituição;
- Encaminhar providências e prestar orientação social a indivíduos, grupos e à população considerando a função social da instituição;
- Buscar dinamizar os recursos do estado, por meio de parcerias com órgãos da administração direta e indireta;
- Buscar parcerias em entidades não governamentais no sentido de viabilizar o atendimento de crianças, adolescentes, portadores de necessidades especiais e idosos;
- Auxiliar os órgãos do ministério público com funções sociais, na supervisão das entidades de atendimento;
- Participar de programas de treinamento de pessoal técnico e auxiliar para o desenvolvimento das ações pertinentes à instituição; e
- Supervisionar, treinar e avaliar estagiários do curso de serviço social.

Além, entretanto, de definir as ações a serem desenvolvidas pelos assistentes sociais, esse documento apresenta orientações quanto ao atendimento ao público, quanto às ordens de trabalho – instrumento utilizado e emitido pelos promotores de justiça diante da necessidade de visitas, pareceres, estudos sociais ou qualquer diligência a ser realizada pelo assistente social – e quanto a procedimentos específicos de cada promotoria de justiça, incluindo ainda, uma lista de outras atividades

que no entendimento do CIJ também podem ser desenvolvidas pelo Serviço Social no MP.

Passamos, então, a descrever o que o documento de orientações aos Assistentes Sociais informa quanto ao atendimento ao público:

- Deve ser realizado durante o horário de expediente, salvo afastamentos autorizados para realização de visitas domiciliares ou atividades de assessoria;
- Compreende como atividades: mediação familiar, coleta de depoimentos, orientação, encaminhamento aos Programas (importância do conhecimento da rede e programas de atendimento existentes no(s) Município(s));
- Deve ser registrado em formulário específico para arquivo no setor, com fins a estatísticas e relatórios;
- Deve-se anexar cópia dos documentos necessários à instrução da ação ao formulário de atendimento.

Sobre as Ordens de Trabalho o documento elaborado pelo CIJ põe que:

- É vedada a realização no curso do processo judicial – atribuição do assistente social forense – bem como a nomeação para testemunha ou perito;
- É necessária autorização do Promotor de Justiça com atribuições na área ou do coordenador administrativo, salvo situações excepcionais justificadas;
- Para realização das ordens de trabalho poderá ser utilizado veículo oficial do Ministério Público (conforme Ato nº 129/2005/PGJ), podendo o Promotor de Justiça solicitar acompanhamento de força policial em caso de risco pessoal;
- É necessária a identificação do Assistente Social mediante crachá;
- É vedada a divulgação do conteúdo e cópia dos atos executados, devendo o interessado ser encaminhado ao Promotor de Justiça responsável;
- Para o cumprimento da Ordem de Trabalho é vedada a intimação ou convite do Assistente Social, devendo este solicitar que a mesma seja

expedida pelo Promotor de Justiça responsável.

As demais atividades consideradas atribuições dos assistentes sociais no MP/SC são:

- Supervisão de entidades de atendimento (creches, abrigos, orfanatos, asilos, clínicas de dependentes, etc.);
- Recebimento de relatórios e casos encaminhados pelos Conselhos Tutelares para avaliação e encaminhamento ao Promotor de Justiça;
- Avaliação e acompanhamento das atividades dos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e Adolescente, de Assistência Social, etc.;
- Acompanhamento da implementação das políticas públicas – verificando o funcionamento da rede de atendimento, existência de programas, etc.;
- Dar conhecimento ao Promotor de Justiça de situações que impliquem em violação de direitos difusos e coletivos afetos a sua área de atribuição, subsidiando com os dados e informações necessárias, podendo haver sugestão de instauração de inquéritos civis e procedimentos administrativos;
- Participação em Conferências Municipais e outros eventos e espaços de discussões e debates afetos às atribuições institucionais;
- Proposição, elaboração ou participação em projetos que atendam a necessidade do indivíduo que procura os serviços prestados pela instituição.

E, ainda, no tocante aos procedimentos afetos às Promotorias de Justiça específicas o documento apresenta noções básicas sobre as atribuições destas nas áreas de: Família, Órfãos e Sucessões; Infância e Juventude; Cidadania, Fundações e Direitos Humanos.

Em junho de 2006, a Procuradoria Geral instituiu o Ato nº 107/MP/2006 de maneira a disciplinar a forma de realização dos atos a serem executados pelos Assistentes Sociais no âmbito do MP/SC.

O Ato publicado em 2006 dispõe, então, sobre a forma de execução/realização do atendimento ao público, de expedição da ordem de trabalho e do planejamento e execução da ordem, além de tratar dos aspectos administrativos, atrelando todas as ações desenvolvidas pelos

assistentes sociais ao Promotor de Justiça da área em que a ação será executada.

De qualquer forma, o conteúdo do Ato 107 não altera significativamente a regulamentação das funções previstas no Ato e documentos anteriores.

3. ATIVIDADES E INSTRUMENTOS DE TRABALHO DOS ASSISTENTES NO MP/SC

Diante das atribuições do assistente social e atividades específicas abordadas pela Lei de Regulamentação da Profissão (Lei 8662/93) e especificamente no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina, ratificadas pelos Atos 115/MP/2004 e 107/MP/2006, trataremos na sequência, das atividades específicas desenvolvidas nos locais de lotação das assistentes sociais do MP/SC.

Este item foi elaborado através da contribuição dos assistentes sociais que atuam nas diferentes comarcas no MP/SC, os quais relataram suas atividades específicas nas respectivas comarcas. Diante deste material, sintetizamos as atividades vistas como gerais, que respondem às atribuições descritas nos atos supracitados, assim como, destacamos às atividades peculiares que possam ter algum profissional em determinada comarca.

O Serviço Social como profissão inscrita no quadro profissional do MP/SC, como serviço técnico de apoio especializado tem como função primordial o apoio às Promotorias de Justiça na comarca ao qual está lotado. Assim sendo, o Serviço Social do MP/SC tem tido ligação estreita com a área da Infância e Juventude, sobretudo através do Centro Operacional da Infância e Juventude (CIJ) localizado na Procuradoria Estadual, que, inclusive, incentivou a entrada dos assistentes sociais na instituição e responde pela coordenação destes, quando em questões de treinamentos, inserção profissional e regulamentação das atividades.

Esta tem sido a área, através das Promotorias Específicas da Infância e Juventude nas diferentes comarcas, que mais requer a atuação do assistente social, acompanhando entidades de atendimento a crianças e adolescentes, apurações de ato infracional e situações encaminhadas

pelos Conselhos Tutelares dos municípios que compõem a comarca, entre outros.

Outra área na qual o profissional é chamado a atuar, são as Promotorias dos Direitos Humanos, Cidadania e Fundações, principalmente nas situações relativas a idosos e pessoas com deficiência. Destaca-se que, como as estatísticas nacionais vêm demonstrando, há um aumento da população idosa brasileira, e conseqüentemente, ampliação das situações e problemáticas específicas deste grupo, o que originou o próprio Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Neste sentido, também o Ministério Público tem atuado mais efetivamente nas questões relativas a esta população o que justifica o aumento e necessidade da intervenção do assistente social. Nas Promotorias dos Direitos Humanos, Cidadania e Fundações o profissional tem, igualmente, acompanhado situações afetas à saúde, previdência, educação especial e pessoas com deficiência, sobretudo nas situações de violência intra-familiar, verificação de situações de risco que possam vir a originar peças judiciais, entre outros.

Na área de competência das Promotorias Criminais, é pouca a intervenção que o profissional é chamado a desenvolver, pois já há peças judiciais instauradas. Eventualmente, o assistente social faz verificações de situações que possam gerar dúvidas por parte do membro responsável ou possam caracterizar situações de risco, como por exemplo, situações de re-incidência de casos de violência contra criança relatadas em Boletins de Ocorrência Policial, entre outras situações.

No que tange ao atendimento ao público presta-se orientações/esclarecimentos quanto a direitos e/ou deveres, saúde (medicamentos, exames, tratamento), família, guarda, interdição, idoso, portador de necessidades especiais, dependência química (adolescente e adultos), alcoolismo, meio ambiente, educação, mediação familiar, entre outros.

Usualmente preenche-se um cadastro ou controle de atendimento como forma de registro deste e de acompanhamento. Assim como, leva-se ao conhecimento do Promotor de Justiça, situações que impliquem em violação de direitos difusos e coletivos afetos a sua área de atribuição, subsidiando com os dados e informações necessárias.

O acompanhamento da implementação das políticas públicas, sobretudo afetas às entidades de atendimento e Conselhos Municipais,

visando à interação com as discussões realizadas nestes Conselhos, assim como, avaliando e fiscalizando as ações de tais entidades e Conselhos, também aparece como ação eminente dos profissionais do Serviço Social na instituição.

Conforme os Atos que regulamentam as atribuições e disciplinam as ações a serem realizados pelos assistentes sociais, o fluxo da atividade pode partir de uma solicitação proveniente de alguma das Promotorias de Justiça, através de uma Ordem de Trabalho expedida, detalhando a atividade a ser cumprida pelo profissional.

Usualmente, a atividade a ser cumprida provém de alguma denúncia ou Procedimento Administrativo já instaurado e em grande parte os assuntos destes ou os motivos da Ordem de Trabalho são previamente dialogados entre o membro solicitante e o assistente social.

Por outro lado, a Ordem de Trabalho pode ser motivada pelo próprio profissional do Serviço Social, que leva ao conhecimento dos Promotores de Justiça situações apresentadas pelos usuários dos serviços sugerindo novos encaminhamentos.

Salientamos que com isso a autonomia profissional, destacada no art. 2º, inciso “h” do Código de Ética Profissional (Resolução CFESS 273/93), é garantida.

Quanto aos instrumentos ou meios de trabalho que são elementos fundamentais de qualquer processo de trabalho, são eles que potencializam a ação do trabalhador sobre seu objeto de trabalho. Segundo Iamoto (2003) é possível identificar três tipos de instrumentos presentes no processo de trabalho do assistente social, principalmente por esta profissão ter um caráter substancialmente interventivo. São eles:

* As bases teórico-metodológicas, que se constituem no conjunto de conhecimento que possibilitam a aproximação e conhecimento do objeto.

* O instrumental técnico-operativo, que realizam efetivamente a transformação do objeto e no Serviço Social, se constitui de instrumentos como entrevistas, observação, visitas domiciliares, estudos sociais entre outros.

* E as condições institucionais são o terceiro elemento e dizem respeito, sobretudo, às condições materiais de realização do trabalho,

ou seja, os meios financeiros, técnicos e humanos.

Assim, os instrumentos técnico-operativos de trabalho utilizados pelos assistentes sociais dentro do processo de trabalho realizado no MP/SC são:

a) Entrevistas: Atendimento ao público, através de entrevistas abertas ou semi-estruturadas dependendo dos objetivos empreendidos para ação. Elas são realizadas tanto no espaço físico disponível na instituição, ou, mais raramente, na casa das famílias atendidas através das visitas domiciliares.

b) Visitas Domiciliares: caracterizam-se pela realização de qualquer um dos tipos de entrevista no domicílio da família, ela permite ao profissional conhecer, entre outras coisas, como a família se articula no espaço da casa e assim conhecer sua dinâmica e o cotidiano no qual as relações familiares se estabelecem.

c) Estudos Sociais, Relatórios e Pareceres Sociais: O estudo social se caracteriza como uma reunião de vários outros instrumentos que resultam na formulação de um documento onde diferentes aspectos como a história de vida, a identificação e dinâmica familiar das famílias atendidas são sistematizadas e apresentadas na forma de um relatório. O estudo social geralmente resulta em um parecer sobre a situação. O parecer se define como uma opinião pautada em um conhecimento técnico específico referente a alguma situação também específica. O relatório, por sua vez, tem um caráter mais informativo, descrevendo certas situações ou procedimentos e ainda apresentando informações e sugestões. Dal Pizzol (2005) afirma que o estudo social tem sido utilizado amplamente no sistema Judiciário para oferecer fundamentos e efetuar pesquisas *in loco* que ofereçam substratos às decisões judiciais, onde, não raro, são acatadas as considerações do profissional. O mesmo pode ser dito com relação à utilização deste instrumento no âmbito do MP/SC. Com estes três instrumentos, estudo, parecer e relatório, que possuem características que se aproximam e se relacionam, o Serviço Social contribui para instrumentalizar a ação dos Promotores de Justiça para a tomada de decisão, quer seja em procedimentos administrativos ou em ações civis públicas nos quais a realidade social dos envolvidos tem peso preponderante.

d) Visitas Institucionais e Estabelecimento de redes e/ou parcerias:

de acordo com a natureza da ação que se pretende, torna-se necessário estabelecer redes, alianças e/ou parcerias entre as organizações, programas e serviços existentes junto com os órgãos competentes do MP/SC. O estabelecimento destes pode ser feito através de visitas às instituições e/ou reuniões.

e) Reuniões: para discussão de casos atendidos pelo Conselho Tutelar, por programas municipais e pela Promotoria de Justiça, para proposição de ações em rede, assim como para tratar de aspectos administrativos e acompanhamento de entidades e conselhos.

f) Encaminhamentos: encaminhamentos ao Conselho Tutelar e/ou programas de atendimento e outros órgãos, entre eles Poder Judiciário e Secretarias Municipais ou Estaduais.

g) Pesquisa: instrumento elementar de utilização constante pelos assistentes sociais para estudo das áreas que necessitam de intervenção, levantamento de dados e conhecimento de dinâmicas e situações.

Com estes instrumentos de trabalho o assistente social vem construindo sua prática no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina.

4. CONCLUSÃO

Pela inserção recente no quadro de profissionais da instituição, como foi mencionado anteriormente, as demandas e atribuições profissionais estão ainda se solidificando no contexto atual da realidade catarinense, em conjunto com a própria atuação do Ministério Público.

As atividades e rotinas institucionais estão sendo conquistadas ao longo do tempo, e suas atividades estão sendo construídas diante da capacidade teórica e técnica deste profissional. Neste caminho incertezas e ambigüidades se fazem presentes, elementos estes que ao mesmo tempo motivaram este o Primeiro Encontro Nacional do serviço Social no Ministério Público em setembro deste ano. Neste encontro as atribuições, suas regulamentações e especificidades se constituíram em objeto de discussão.

Por fim, podemos afirmar que há inúmeras possibilidades inovadoras para a intervenção do assistente social no âmbito do Ministério

Público. No processo que permitirá que essas possibilidades se descortinem é importante conhecer a realidade de atuação nos diversos estados brasileiros, conhecer o trabalho realizado, delinear estratégias e metas comuns, assim como resgatar as estratégias com sucesso e questionar as duvidosas. È neste sentido que, ao publicar este artigo, esperamos poder contribuir.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, de 05/10/1988.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br>.

BRÜNING, R. J. **História do Ministério Público Catarinense.** Florianópolis: Habitus, 2002.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **“Orientações aos Assistentes Sociais”.** Florianópolis, 2005.

CFESS, **CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL DOS ASSISTENTES SOCIAIS,** RESOLUÇÃO CFESS nº 273/93 de 13 de março de 1993.

DAL PIZZOL, Alcebir. **Estudo Social ou Perícia Social? Um Estudo Teórico-prático na Justiça Catarinense.** Florianópolis: Insular. 2005.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **O Serviço Social na Contemporaneidade: trabalho e formação profissional.** São Paulo: Cortez, 2003. 6ª edição.

MAZZILLI, H.N. **O Ministério Público na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989.

METZER, C. et.al. **O Serviço Social no contexto do Ministério Público.** Paraná: (mimeo), 1998.

www.mp.sc.gov.br – MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DE SANTA CATARINA, 2005.



PENAL E PROCESSUAL PENAL

A TUTELA PENAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio
*Mestrando em Ciência Jurídica/UNIVALI
e Promotor de Justiça - SC*

Álvaro Borges de Oliveira
*Graduado e Mestre em Direito, Graduado em Ciências da Computação
Mestre e Doutor em Engenharia de Produção*

SUMÁRIO: Introdução 1 A Propriedade Imóvel Entendida como Bem Jurídico 2 O Tratamento Penal da Tutela da Propriedade Imóvel. 2.1 Considerações Preliminares. 2.2 A Tutela Penal da Propriedade Imóvel. 2.2.1 Dos crimes em espécie. 2.2.2 Da Persecução Criminal em Juízo: ação penal, procedimento e julgamento. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe analisar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico penal brasileiro à questão da tutela da propriedade imóvel, abordando, em linhas gerais, a problemática que se desenvolve entorno das formas de defesa daquele que pode ser considerado como um dos Bens Jurídicos mais caros à sociedade humana em todo seu o desenvolvimento histórico.

Desenvolvendo o texto em dois momentos, no primeiro situa-se a relevância da Propriedade Imóvel como Bem Jurídico, reconhecido

Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 4, n. 10, set./dez. 2006 – Florianópolis – pp 227 a 241

como tal desde a antiguidade clássica, incorporado com particular importância pelas doutrinas políticas que se impuseram dominantes no momento de constituição do Estado Moderno, até, por derradeiro, ser recepcionada pelo Estado Constitucional Contemporâneo.

A partir deste reconhecimento, o segundo momento é destinado à análise da inserção do Direito Penal no complexo sistema de tutela jurídica deste Bem. Tal análise se desenvolve a partir da descrição detalhada da disciplina normativa que é dedicada aos atentados contra a propriedade imobiliária no corpo do Código Repressivo Brasileiro e da abordagem breve dos aspectos processuais penais mais relevantes à espécie, como os institutos da ação penal, procedimento e competência para julgamento no Juízo Criminal.

Em considerações finais, apresenta-se breve síntese da argumentação exposta, mas com a preocupação de destacar a relevância do questionamento e da reflexão acerca do tratamento da propriedade imóvel no Direito Penal Brasileiro.

2 A PROPRIEDADE IMÓVEL ENTENDIDA COMO BEM JURÍDICO

É intuitivo que a Propriedade Imóvel se constitui em um relevante valor a todo e qualquer grupamento social contemporâneo. E igualmente intuitivo é o fato de que, em tal condição, deve ser objeto de especial proteção e tutela por parte de todas as formas e modelos de ordenamento jurídico. Assim o é na experiência jurídica brasileira e, pode-se afirmar com tranqüilidade, na absoluta maioria dos Sistemas de Direito que se conhece.

Não obstante ser a ocorrência da idéia espontânea e, assim, despidendo maiores digressões teóricas, para uma observação mais próxima e nítida dos contornos que a tutela da Propriedade Imóvel assumiu na atualidade, duas tarefas liminares se revelam estratégicas: primeiro, a fixação dos limites conceituais da categoria Propriedade Imóvel e; segundo, a caracterização desta sua condição de Bem Jurídico especialmente caro à sociedade ocidental, desde seus primórdios na antiguidade clássica até a consolidação do modelo político-institucional que integramos

na contemporaneidade, o Estado Constitucional¹.

Acerca da extensão conceitual do termo Propriedade Imóvel, sugere-se, partir de Gomes², a fixação de seus limites de modo que seja entendida como a relação jurídica de submissão que se estabelece entre um indivíduo e uma fração do solo e suas eventuais acessões, através do qual aquele adquire o poder de usar, fruir e dispor desta e, ainda, reavê-la de quem a possua ou detenha de forma injustificada.

A partir de tal definição, de imediato, percebe-se que o poder de uso, fruição e disposição da terra e seus acessórios há muito é compreendida em qualquer grupamento humano, do mais elementar ao mais complexo, como algo de significativo valor; ou seja, como um Bem³.

Uma vez que se compreenda como Bem “tudo aquilo que possui um valor moral ou físico positivo, constituindo o objeto ou o fim da ação humana⁴”, sem maiores dificuldades pode-se compor um conceito operacional de Bem Jurídico, somando-se à definição acima a circunstância deste aludido Bem ser reconhecido como tal pelo conjunto de imperativos compreendidos como normas de conduta cogentes por

- 1 Por Estado Constitucional entende-se aquele modelo político onde o exercício de todo poder é limitado e organizado por uma constituição com força normativa, cuja observância é garantida por um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis. Neste mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 27 de maio de 2006, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituição Brasileira e Modelo de Estado: Hibridismo Ideológico e Condicionantes Históricas.** Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol 17. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. SANCHIS, Luis Pietro. **Ley, Principios, Derechos.** Editorial Dykinson: Madrid, 1998. p. 32.
- 2 GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 97.
- 3 Ainda que se tenha esta afirmação como verdadeira, deve-se registrar, por oportuna, a lição de FUSTEL DE COLANGES, no sentido de que; “Sabe-se terem existido povos que nunca chegaram a instituir a propriedade privada entre si, e outras só demoradas e penosamente a estabeleceram. Com efeito, não é problema simples, no início das sociedades, saber-se se o indivíduo pode apropriar-se do solo e estabelecer tão forte união entre a sua pessoa e uma parte da terra, a ponto de dizer: Esta terra é minha, esta terra é parte de mim mesmo.” In FUSTEL DE COLANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga; estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma.** Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 49.
- 4 JAPIASSÚ, Hilton e outro. **Dicionário Básico Filosofia.** 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 27.

determinado grupamento social.

Posta a questão inicial sob as limitações conceituais realizadas nos parágrafos anteriores, a intuição antes apontada, no sentido de que a Propriedade Imóvel é um dos exemplos mais característicos de Bem Jurídico e, desta forma, objeto recorrente de tratamento pelos Teóricos Políticos e pelos Teóricos do Direito e de disciplina pelos Sistemas de Direito, confirma-se e ganha o lastro necessário para que, a partir dela, possa-se atingir a compreensão da complexidade do seu tratamento e tutela no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto ao seu desenvolvimento histórico, tanto o instituto da propriedade imóvel, quanto o seu tratamento político e jurídico embrionário, na forma que hoje conhecemos, pode ter sua origem atribuída ao pensamento greco-romano⁵, embora se saiba que a propriedade pode ser estudada a partir de sistemas como de Kant, Marx ou Hegel, bem como em períodos históricos, como se está a fazer.

Antes do direito romano, onde ela ainda faz parte da instituição da sociedade juntamente com a família e a religião, que são três coisas solidamente estabelecidas na época, como se percebe da leitura de Fustel de Coulanges⁶, não havendo deveres do cidadão, enquanto proprietário, para com a comunidade.

A propriedade por estar ligada diretamente ao lar, à religião, era identificada com a faculdade de se fazer o que se quiser com a coisa, ilimitada. Até então, dada esta característica divina da propriedade, o direito de propriedade estava acima de tudo e tão grande é sua inviolabilidade⁷.

Destarte, conclui-se que a propriedade, onde ficava os deuses (antepassados) só deixou de ser inviolável e acima de tudo com a chegada do cristianismo, pois a propriedade deixou de ser o único lugar onde se encontrava os deuses para se ter um único deus que estava em

5 Neste sentido, em A Política, de ARISTÓTELES, já se encontra referência à tutela da propriedade imóvel, como instrumento estrutural de qualquer organização política. V. ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Marins Fontes, 1998 (Clássicos). p. 19-32

6 Fustel de Coulanges. A cidade antiga. Tratou do assunto mais especificamente no item VI, p. 65

7 Fustel de Coulanges. A cidade antiga. Tratou do assunto mais especificamente no item VI, p. 64.

todos os lugares.

Com o cristianismo a propriedade podia ser alienada, já que os deuses não mais se encontravam ali, um único deus onipresente.

A idéia de propriedade que veio a prevalecer entre os romanos é a que modernamente se qualifica como individualista, na qual cada coisa teria apenas um dono e os poderes do proprietário seriam os mais amplos possíveis. Tal caráter individualista da Propriedade Imóvel, que viria a ser modificado na Idade Média através da assunção da possibilidade de concorrência de proprietários sobre o mesmo imóvel e da dissociação entre os conceitos de domínio eminente e domínio útil⁸, acabaria por se impor com a estruturação do Estado Moderno⁹.

Esta nota individualista foi, com significativa intensidade, matizada pelo surgimento das preocupações concernentes aos reflexos sociais do uso da Propriedade Imóvel, as quais são contemporâneas ao advento do Estado Constitucional. E é justamente aqui que exsurge o elemento complicador do estudo da tutela penal da Propriedade Imóvel.

Explica-se:

O tratamento dispensado pelo vigente Código Penal Brasileiro, datado de 7 de dezembro de 1.940, à tutela da Propriedade Imóvel reflete justamente a histórica concepção individualista e plena do uso da terra, consagrada pelos ideais liberais que permearam o Estado Moderno após o sucesso do processo revolucionário francês de 1789. Sobre tais fundamentos que a Propriedade Imóvel foi compreendida como um Bem Jurídico penalmente relevante pelo legislador brasileiro, e sobre tal alicerce estruturado o sistema de normativas penais com função de garanti-la.

8 GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 101-102.

9 A condição de elemento estratégico na estrutura de exercício de poder concebida pelos teóricos políticos do Estado Moderno, pode ser percebida, como nitidez, em HOBBS que afirma que: “A introdução da propriedade é um efeito do Estado, que nada pode fazer a não ser por intermédio da pessoa que o representa. Ela só pode ser um ato do soberano e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano. E o sabiam os antigos, que chamavam Nômos = distribuição, ao que nós chamamos de lei, e definiam a justiça como a distribuição a cada um do que é seu. [...] Nessa partição, a primeira lei diz respeito à distribuição da própria terra, da qual o soberano atribui a todos os homens uma porção, conforme o que ele, e não conforme qualquer súdito, ou qualque número deles, considerar compatível com a equidade e com o bem comum”. In HOBBS, Thomas. **Leviatã: Ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 185.

Desta forma, a compreensão adequada da extensão da tutela penal da Propriedade Imóvel no ordenamento jurídico brasileiro somente poderá ser feita a partir de uma leitura das normas penais que seja convergente ao tratamento constitucional dado ao Bem Jurídico em questão.

3 O TRATAMENTO PENAL DA TUTELA DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Na forma apresentada no item anterior, uma vez entendida como Bem Jurídico, a propriedade imóvel é objeto de tutela pelo ordenamento jurídico penal brasileiro.

Liminarmente, é importante que se registre a advertência feita por Bitencourt¹⁰ no sentido de que a tutela da propriedade imobiliária, historicamente, tem recebido melhor e mais eficaz tratamento no âmbito do direito privado, fazendo com que o Direito Penal assuma, neste sentido, uma feição subsidiária, que se justificaria não somente pela essência do Direito Repressivo – a última *ratio juris*, por excelência, mas especialmente pela sua ineficiência diante do próprio conflito imobiliário.

Não obstante, ainda que se concorde que as medidas judiciais civis se mostram mais eficazes na garantia imediata dos interesses do proprietário, por representarem resposta célere ao atentado contra a propriedade imóvel, especialmente no caso de turbações recentes, não se pode olvidar que a abertura da possibilidade de responsabilização penal àqueles que dirijam qualquer forma de ataque à propriedade imóvel acaba por fortalecer o sistema jurídico de sua proteção, compreendido como totalidade.

Desta forma, a adequada imagem da articulação das esferas de atuação e responsabilização jurídica na tutela da propriedade imóvel se revela útil não somente para se demonstrar, teoricamente, o grau de relevância que o Bem Jurídico em questão assume nas sociedades contemporâneas, mas, especialmente, para consolidar, na práxis dos juristas, a real noção da multiplicidade de instrumentos postos pelo ordenamento jurídico para proteção imobiliária.

Igualmente importante destacar que, assim como ocorre com a

10 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 160.

tutela civil, a tutela penal da propriedade imobiliária se estende tanto ao possuidor, quanto ao proprietário. Na tutela civil diferencia-se o possuidor do proprietário quanto a modalidades de ação, sendo que o possuidor¹¹ possui três ações o proprietário¹² tem uma. Conforme Noronha,

O objeto específico da tutela do dispositivo é a posse da coisa móvel; é ela a objetividade imediata que se tem em vista. Protegendo-a, protege também a lei a propriedade, pois a posse é a propriedade exteriorizada, atualizada. Mas, como no furto, tem preeminência no plano legal a posse, ainda que entre em conflito com a propriedade. Se no Direito Civil o possuidor pode intentar ação possessória contra o proprietário, razão maior existe para no Direito Penal proteger aquele, quando o ato do segundo apresenta caráter mais grave, invadindo a órbita do ilícito penal¹³.

Ante o exposto, passe-se a análise do tratamento criminal dos atentados à propriedade imóvel.

3.1 DOS CRIMES EM ESPÉCIE

Inserido no Título II da Parte Especial do Código Penal, que trata dos crimes contra o patrimônio, o Capítulo III, sob a denominação “Da Usurpação”¹⁴, reúne em um único dispositivo penal¹⁵ três modalidades

11 **Art. 1.210.** O possuidor tem direito a ser mantido na posse em **caso de turbacão, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.**

12 **Art. 1.228.** O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de **reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.**

13 NORONHA, Magalhães apud BITENCOURT, op. cit, p. 162.

14 Importante destacar que a Lei n.º 8.176/91 – que definiu crimes contra a ordem econômica e criou o Sistema de Estoque de Combustíveis, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de usurpação, relaciona com a exploração irregular dos recursos minerais do subsolo. Dispõe o artigo 2º da referida lei: “Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

15 Sobre o tema dispõe o Código Penal:

de injustos atentatórios contra a propriedade imóvel, compreendida esta em sua expressão econômica¹⁶; ou seja, como um valor.

O Artigo 161 do Código Penal estabelece em seu *caput*, sob a rubrica de Alteração de Limites, a primeira figura típica referente aos crimes praticados contra a propriedade imóvel.

A conduta penalmente relevante na primeira figura delituosa é a de suprimir ou deslocar tapume ou qualquer espécie de marco divisório da propriedade imóvel com o objetivo de apropriação de uma fração da terra alheia.

Abre-se um parêntese para observar que este tipo de delito ainda não está consubstanciado no objeto deste artigo, haja vista que não se trata de aplicação de ação possessória, mas de Direito de Vizinhança no Código Civil¹⁷.

Neste sentido, o assenhramento do imóvel ocorreria sob o véu da modificação ou da destruição dos marcos indicativos dos limites do bem em questão e, assim, somente o proprietário de imóvel limítrofe (ou eventual adquirente deste) poderia praticar o injusto em questão. Conforme sustenta Bitencourt¹⁸, há entendimento doutrinário no sentido de que ação delituosa em questão deve guardar um mínimo de clandes-

Alteração de limites

Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem:

Usurpação de águas

I - desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias;

Esubulho possessório

II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2º - Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3º - Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

16 Esta distinção se mostra importante, posto que descortina que o tratamento penal conferido à propriedade imóvel aqui se coaduna com a sua característica de Bem Jurídico passível de uso, disposição e fruição individual. Não se considera neste capítulo do Código Penal a tutela da propriedade imóvel sobre qualquer outro prisma que não o patrimonial, v.g. ambiental, urbanístico, etc.

17 Artigos 1.297 e 1.298 do Código Civil.

18 BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit, p. 166.

tinidade, de modo que a se torne apta a confundir os limites vigentes.

A figura típica ora em estudo já encontrava amparo no Código Penal de 1890 e na Consolidação das Leis Penais de 1932¹⁹, que estabeleciam pena de prisão celular de um a seis meses e multa de 5 (cinco) a 20 (vinte) por cento do dano causado a quem destruísse ou danificasse coisas que servissem para distinguir ou separar os limites de uma propriedade imóvel urbana ou rural²⁰.

Conforme dispõe o preceito secundário da norma penal incriminadora contida no artigo 161, *caput*, do Código Penal, as penas cominadas para o delito em questão são as de detenção, de um a seis meses, e multa. Tal circunstância, como se verá mais detidamente quando da abordagem dos aspectos processuais penais das aludidas espécies delitivas, faz com estas se configurem como infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei nº 9.099/95²¹, deslocando seu processo e julgamento para a competência dos Juizados Especiais Criminais²².

Ainda dentro do parênteses aberto alhures, tem-se o inciso I do artigo 161 do Código de Penal Brasileiro encontra-se disposição referente ao crime contra a propriedade imóvel que recebeu a denominação de Usurpação de Águas, de igual forma tem previsão no Direito de Vizinhança²³.

19 A Consolidação das Leis Penais de 1932, de autoria do Desembargador Vicente Piragibe, resultou do trabalho de reunião de toda a legislação penal extravagante publicada após a vigência do Código Penal de 1890 com o objetivo de suprir os reconhecidos defeitos do referido codex. A Consolidação da Lei Penais foi oficializada através do Decreto 22.213, em 14 de dezembro de 1932 e teve vigência até o advento do atual Código Penal, em 1º de janeiro de 1942. Neste sentido, PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica**. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. p. 76.

20 Art. 329, parágrafo primeiro, do Código Penal de 1890 e do Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

21 Dispõe a Lei n.º 9.099/95: Art. 61 Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuado os casos em que a lei preveja procedimento especial. Posteriormente, o conceito em questão foi ampliado pela vigência da Lei nº 10.259/01, que em estabeleceu no parágrafo único de seu artigo segundo que “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

22 Segundo dispõe o artigo 98, I, da Constituição da República cabe aos Juizados Especiais o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.

23 Artigos 1.288 a 1.296.

Impõe-se, desde já, destacar que cada vez mais fica nítido nas sociedades contemporâneas o valor econômico e a importância estratégica do direito à regular exploração e utilização dos recursos hídricos e neste sentido, não obstante produzido há mais de sessenta anos, o ordenamento penal estabelece hipótese de tutela e garantia deste Bem Jurídico, incluindo-o como uma modalidade de tutela penal da propriedade imóvel.

Segundo Mirabete, “o objeto jurídico do crime em estudo é o patrimônio imobiliário, no caso o direito de posse para uso, gozo, exploração e fruição sobre águas particulares ou comuns, que são consideradas imóveis quando parte líquida do solo (art. 43, inciso I, do CC)²⁴.”

Da mesma forma que o crime antecedente, a figura criminosa em comento já encontrava previsão típica no Código Penal de 1890 e na Consolidação das Leis Penais de 1932²⁵.

A ação tida como crime neste dispositivo penal é aquela de quem desvia ou represa em proveito próprio águas alheias. Importante atentar neste particular que a presença da elementar subjetiva do tipo penal – “em proveito próprio” é a nota de distinção entre a figura criminosa ora em estudo e o crime de dano. Uma vez que o agente criminoso não pretenda auferir nenhum tipo de proveito com a conduta criminosa, o simples represamento ou desvio de águas estará inserido, para fins de responsabilização penal, na esfera de abrangência da norma incriminadora contida no artigo 163 do Código Penal.

A tutela penal na espécie é dirigida à proteção daquele que tem a posse ou o direito de utilização das águas, ou, em outros termos, daquele que pode sofrer prejuízo em decorrência do desvio ou represamento do curso d’água²⁶.

24 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 1998. p. 260. Não se pode perder de vista que a menção ao dispositivo da Lei Civil Substantiva faz referência ao Código Civil de 1.916. Atualmente, guardando correspondência legislativa, dispõe o artigo 79, caput, do Código Civil de 2002.

25 Art. 329. Destruir, ou damnificar, coisa alheia, de qualquer valor, móvel, imóvel, ou semovente. Penas – de prisão celular por um a três meses, e multa de 5 a 20 % do dano causado.[...]

Parágrafo 2.º Si para desviar do seu curso água de uso publico ou particular: Penas – de prisão celular por um a seis meses, e multa de 5 a 20 % do dano causado.

26 Neste sentido, BITENCOURT. op. cit. 170.

Ante a identidade de pena estabelecida em relação ao crime anterior, também esta modalidade criminosa tem seu processo e julgamento afetos à competência dos Juizados Especiais Criminais.

Destarte, fecha-se o parêntese para discutir o objeto deste artigo, isto é, a modalidade criminosa prevista no Código Penal Brasileiro no que diz respeito aos injustos contra a propriedade imobiliária, o Esbulho Possessório previsto no inciso II do artigo 161 do Código Penal²⁷.

Talvez não seja errôneo referir-se a esta modalidade criminosa como sendo a mais comum dentre as praticadas contra a propriedade imobiliária. Não é rara a divulgação nos veículos de comunicação de invasões de propriedade promovidas por grupos organizados, como o Movimento dos Sem Terra – MST, cuja atuação encontra perfeita adequação à previsão típica contida no artigo 161, II, da Lei Penal Substantiva, bem como entre particulares.

O Bem Jurídico tutelado pela norma penal em questão é, ainda, o patrimônio imobiliário, embora, conforme destaca Mirabete, proteja-se incidentalmente a integridade física ou a liberdade psíquica do indivíduo²⁸. O sujeito passivo do injusto é a pessoa que está na posse legítima do imóvel invadido, seja ela proprietária ou não.

Ao contrário das demais figuras ilícitas objeto de análise nos parágrafos anteriores, o crime de esbulho possessório não foi previsto pelos Códigos Penais Brasileiros do século XIX, sendo figura penal bastante recente e com feição própria e distinta do instituto similar previsto no ordenamento civil. Ao contrário do que ocorre na esfera do direito privado, na qual é necessário que a vítima seja desalojada da posse para que seja possível se falar em esbulho e, assim, recorrer ao manejo do instrumento de tutela jurídica pertinente (ação de reintegração de posse), o efetivo desapossamento é condição desnecessária para configuração do ilícito penal, sendo suficiente para a responsabilização criminal o início de ações tendentes ao desapossamento, independentemente de sua efetiva ocorrência²⁹.

27 Registre-se, por oportuno, que a Lei n.º 5.741/71 estabeleceu em seu artigo 9.º modalidade especial de Esbulho Possessório, diferenciada pelo fato de ser o imóvel esbulhado objeto de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação – SFH.

28 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 1998. p. 260.

29 Neste sentido, BITENCOURT. *op. cit.* 175.

Em outros termos, na sistemática da Lei Civil, eventuais atentados dirigidos ao gozo tranqüilo das faculdades inerentes à posse legítima de um bem imóvel que, contudo, não implicam em desapossamento são tratados como *turbações* e não como *esbulho*³⁰.

Por sua vez, no Direito Penal Brasileiro, ante o teor do artigo 161, II, da Lei Penal Substantiva, qualquer ato de violação da posse (ou da propriedade) de bem imóvel, desde que presente objetivo de esbulhar, é suficiente para configuração típica do injusto penal denominado “Esbulho Possessório”.

Para o tipo penal em questão tem-se que Esbulho é igual a Esbulho mais Turbação mais violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado do Direito Civil.

Nesse diapasão, importante destacar, como faz Bitencourt, que a expressão Esbulho se mostra mais ampla que a proteção civil. Acerca do tema, assevera o aludido autor:

Embora o Código Penal se utilize da definição de esbulho oferecida pelo direito civil, com ela não se confunde. Na verdade, na concepção do Código Civil a caracterização do *esbulho* exige que o possuidor perca a posse, isto é, seja dela afastado, ao passo que, para o Código Penal, é suficiente que a finalidade de esbulhar constitua o especial fim de agir, que, como todos sabemos, não precisa concretizar-se.

[...]

O direito penal, no caso, é mais protetivo, satisfazendo-se com a simples existência do elemento

30 Sobre a distinção instituída pela Lei Civil, Melo, ao comentar o disposto no artigo 1.210 do CC/02, assevera: “A turbação pode ser entendida como qualquer ato que moleste a posse, impedindo que o possuidor a exerça em sua plenitude[...]. Para a tutela contra a turbação, que pressupõe a permanência na posse pelo agredido, a lei processual prevê a ação de manutenção de posse (*retinendae possessionis*). O esbulho é a perda injusta da posse por atos violentos, clandestinos ou precários. Para proteger o possuidor do esbulho, existe a ação de reintegração de posse (*recuperendae possessionis*). In Melo, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil Anotado**. Vol. V. 2 ed – rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 22.

subjetivo especial do tipo: o fim de esbulhar³¹.

De acordo com a previsão típica, para a ocorrência do crime em questão é necessário o esbulho e que tal tipo seja realizado:

- a) com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa ou;
- b) em concurso de, no mínimo, três pessoas.

Também esta modalidade criminosa tem seu processo e julgamento afetos à competência dos Juizados Especiais Criminais.

3.2 DA PERSECUÇÃO CRIMINAL EM JUÍZO: AÇÃO PENAL, PROCEDIMENTO E JULGAMENTO.

Determinada, em traços largos, a feição das figuras penais atentatórias contra a propriedade imobiliária previstas no Código Penal, para a conclusão do presente trabalho impõem-se breves considerações acerca da sistemática processual penal referente à persecução judicial dos injustos referidos no item anterior.

No que tange à deflagração da ação penal, os crimes contra a propriedade imóvel são espécies de ilícitos cuja legitimidade para provocação da Justiça Criminal fica a cargo do ofendido. Trata-se de injustos cujo processo penal é instaurado mediante o ajuizamento de queixa pela vítima, através de um advogado.

A legitimidade do Ministério Público para ação penal na espécie fica limitada, na forma do parágrafo terceiro do artigo 161 do Código Penal, aos casos onde a propriedade imóvel atingida pela conduta criminosa integra o patrimônio de entes públicos ou, ainda, nos casos de crimes cometidos com emprego de violência à pessoa. Nestas hipóteses, registre-se, a atuação ministerial independe de qualquer condição de procedibilidade.

Considerando o montante do máximo das penas privativas de liberdade cominadas para os crimes em questão, conforme já afirmado, o processo e julgamento dos injustos contra a propriedade imobiliária é

31 BITENCOURT. op. cit. 179.

de competência dos Juizados Especiais Criminais, mediante estrita observância do Procedimento Sumaríssimo previsto nos artigos 77 usque 83 da Lei nº 9.099/95.

Deve-se advertir, todavia, que na hipótese de concurso crimes (art. 69 e 70 do Código Penal), a competência do Juizado Especial Criminal poderá ser afastada caso a pena resultante cumulação ou da exasperação decorrente do concurso ultrapasse o limite de dois anos previsto pelo parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.259/2001.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se ter abordado conforme era propósito inicial, o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico penal brasileiro à questão da tutela da propriedade imóvel.

E mais do que isso, uma vez situada à relevância do imóvel e de suas acessões como Bem Jurídico, buscou-se com o presente trabalho demonstrar que, além dos instrumentos jurídicos concebidos pelo Direito Privado e tradicionalmente manejados para garantia da Propriedade Imóvel contra os atentados e turbações que lhe são dirigidos, o ordenamento jurídico penal se insere com mais um componente (subsidiário, porém relevante) de um sistema amplo de tutela e responsabilização jurídica, o qual, registre-se, não raras vezes é sub-utilizado na práxis dos juristas.

Por outro lado, deve-se frisar, mostra-se imprescindível uma abordagem mais completa e detida do tema em estudo, posto que ausente na pesquisa que ora se conclui a pretensão de esgotar um assunto de tamanha envergadura. Assim, o presente trabalho, espera-se, terá valia na medida em que sirva de estímulo a novas investigações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Marins Fontes, 1998 (Clássicos).

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, n. 851, 1



nov. 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 27 de maio de 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Constituição Brasileira e Modelo de Estado: Hibridismo Ideológico e Condicionantes Históricas**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Vol 17. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**; estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: Ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

JAPIASSÚ, Hilton e outro. **Dicionário Básico Filosofia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil Anotado**. Vol. V. 2 ed – rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica**. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

SANCHIS, Luis Pietro. **Ley, Principios, Derechos**. Editorial Dykinson: Madrid, 1998. p. 267.







UMA NOVA PERSPECTIVA NA ATUAÇÃO CRIMINAL POR PARTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Wilson Paulo Mendonça Neto
*Mestrando em Direito Público pela UNESA - RJ
e Promotor de Justiça - SC*

Com a Constituição de 1988 o Ministério Público ganhou papel de destaque e relevo, exigindo de seus membros uma nova postura institucional, notadamente no combate ao crime.

Passa-se por uma fase de reestruturação da organização ministerial, antes acostumada a lidar com crimes que atingiam, precipuamente, bens individuais (vida, patrimônio, liberdade sexual, etc).

Na visão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, retira-se o seguinte trecho de seu voto:¹

“(…) Foi a Constituição Federal, inegavelmente, o instrumento de consolidação jurídico-constitucional do Ministério Público. Ao dispensar-lhe singular tratamento normativo, a Carta Política redesenhou-se o perfil constitucional, outorgou-lhe atribuições inderrogáveis, explicitou-lhe a destinação político-institucional, ampliou-lhe as funções jurídicas e deferiu, de maneira muito expressiva, garantias inéditas à própria Instituição e aos membros que a integram”.

1 Revista Trimestral de Jurisprudência nº 147, p.161.



Encontra-se, destarte, o Ministério Público em um momento de romper paradigmas a muito tempo estabelecidos, pois no dizer de Luciano Feldes, *“dispomos de uma obsoleta dogmática jurídica, porquanto viciada na resolução de velhas questões ligadas a uma criminalidade analógica, marcada por conflitos interindividuais, que está sucumbindo à nova criminalidade digitalizada a qual, ofensiva a bens jurídicos coletivos e sociais, não pede passagem no tempo e no espaço”*.²

Consoante Aristides Junqueira de Alvarenga, então Procurador-Geral da República **“em face do desiderato constitucional quanto à finalidade da instituição, não há mais lugar para um Ministério Público meramente burocrático, apenas emissor enclausurado de pareceres”**.³

Hodiernamente, com o aparecimento de novos delinquentes, geralmente bem organizados, com atuação sofisticada e especialmente estruturada, faz-se mister que se pense em atuar vendo a segurança⁴ pública como um direito metaindividual, garantido constitucionalmente.

Convém dizer que, segundo José Afonso da Silva, na teoria jurídica a concepção da palavra “segurança” tem o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade da situação ou pessoa em vários campos, tudo estando a depender do adjetivo que vem a qualificá-la. Diz-se que “segurança jurídica” seria a garantia de estabilidade e certeza dos negócios jurídicos, de maneira que os cidadãos saberiam que, uma vez envolvidos em determinada situação, ela se manteria estável. Já a “segurança social” consistiria na previsão de vários meios que assegurem aos cidadãos e suas famílias condições dignas, levando-se ao conjunto, basicamente, dos direitos sociais. Afirma-se que ao mencionar “segurança nacional”, o fez o constituinte pretendendo dizer quanto às condições básicas da defesa do Estado. Enquanto isso, a “segurança pública” foi colocada

2 Feldens, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco. Por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. Uma investigação à luz dos valores constitucionais.** Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p.252.

3 Alvarenga, Aristides Junqueira de. **O Papel do Ministério Público na Nova Constituição**, in As Garantias do Cidadão na Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.), São Paulo, Saraiva, 1993, p.283.

4 A Constituição Federal reza no art. 5º que **“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: (...)”** (grifo nosso).

como a manutenção da ordem pública interna.⁵

Justamente essa segurança, entendida como direito difuso, que se pretende discutir e trazer à baila no momento de se proceder a interpretação das normas constitucionais, pois a Constituição Federal a coloca no capítulo que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos, assim como em um Capítulo específico que reza sobre a segurança pública⁶.

É hora de se pautar por maior eficiência e efetividade no aspecto criminal, lutando-se por mais espaço na persecução penal, ganhando relevo a atuação em desfavor do crime organizado, contra o patrimônio público, pirataria⁷, entre outros.

Não se pode ficar, apenas, na “mão” da Polícia Investigativa⁸, por mais confiável e eficiente que se acredita que ela seja, recebendo inquéritos policiais prontos e muitos vezes sem elementos contundentes contra crimes mais sofisticados. Necessário que se busque, diretamente, ou por meio e colaboração das polícias (ações integradas entre setores de inteligência), formas de aperfeiçoamento do mecanismo de investigação, a fim de que a ação penal seja deflagrada com uma base empírica sustentável. Importante, também, por outro lado, a participação direta na investigação na fase policial, sendo avançado neste norte a permissão

5 Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed., São Paulo, editora Malheiros, 1999, pág. 751.

6 Dispõe o Art. 144, caput, da Constituição Federal: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

7 Segundo reportagem do Jornal Diário Catarinense, de 17/10/06, no Ranking da pirataria, o “Brasil aparece como um dos países com maiores índices de pirataria, acompanhado dos Estados Unidos, Rússia, Reino Unido, Espanha, Itália, Polônia e México”. Consta, ainda, que “a categoria de ‘bootlegging’ - definida como compra de filmes piratas – responde por US\$ 2,4 bilhões de prejuízo à indústria cinematográfica no ano passado”, pág.5.

8 Expressão essa bem colocada por Denilson Feitosa Pacheco na obra Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis. 3ª ed., 2005, p.246, em que esclarece que a “Constituição Federal utiliza a expressão ‘Polícia Judiciária’ no sentido original com o qual ingressou em nosso idioma há mais de cem anos, ou seja, como o órgão que tem o dever de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandado de prisão ou mandado de busca e apreensão, à condução de presos para oitiva do juiz etc. Isso fica bastante claro com o parágrafo 4º do art. 144 da Constituição Federal, que diz incumbir às polícias civis, dirigidas por Delegados de polícia de carreira, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. **Portanto, as funções de polícia judiciária não se confundem com as funções de apuração de infrações penais**” (grifo nosso).

dada pelo Superior Tribunal de Justiça pela Súmula 234.⁹

A atuação conjunta e direta com a Polícia Investigativa mostra um bom resultado, na maioria das vezes com operações satisfatórias, especialmente porque sabido e notório são as dificuldades, ainda, que estão afetas aos Promotores de Justiça que labutam na área criminal, notadamente em pequenas Comarcas, geralmente desprovidas de maior estrutura e funcionários. Basta se pensar em colheita de provas testemunhais, ou cumprimentos de mandados, apreensão de máquinas e documentos, localização de testemunhas, entre outras situações afetas à persecução penal em sua primeira fase.

Sem embargo da discussão da investigação direta pelo Ministério Público, muitas vezes necessária¹⁰, especialmente em áreas em que as polícias ainda não estão preparadas, ou mesmo diante da falta de seu interesse, forças tarefas têm apontado resultados úteis à Sociedade. Ademais, é fato concreto que grande parte dos Promotores de Justiça ainda se utiliza do “*velho*” inquérito policial para desencadear suas ações. Isso sem falar nas ‘*infinitas*’ baixas às delegacias, muitas vezes sem se conseguir algo de mais concreto, mesmo porque diversas vezes não se aponta o que se pretende com a baixa.

Pugna-se, pois, por uma maior parceira com a polícia, sem disputa de espaço, ou pelo menos tentativa de assim se proceder, mais com objetivos comuns e concretos na luta incessante contra a criminalidade estruturada que assola nosso país e Estado. União de forças, métodos de investigação, sistemas de inteligências¹¹, acessos à banco de dados, etc.

Além disso, longe de querer fazer pouco caso do princípio do

9 A título de ilustração, sugere-se a leitura da obra “**Caso de Polícia – O Quinto Mandamento – Honra teu pai e tua mãe**”, escrito por Ilana Casoy, em que se desenvolve abordagem da investigação do caso Richthofen: a execução, a investigação, a confissão, a anatomia de um crime que desconcertou a família brasileira, o qual aponta a participação, desde os primeiros momentos de Promotores de Justiça colaborando com a atuante força policial.

10 Alvo de Regulamentação por meio da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 2/10/06, assim como o ATO Nº 001/2004/PGJ/CGMP, do Estado de Santa Catarina, de 5/10/04.

11 Denílson Feitosa ensina que “o procedimento de busca (operação de inteligência) pode ser utilizado na investigação criminal, desde que sujeito às limitações de conteúdo e de forma estabelecidas pela lei processual penal”. Ob. Cit., pág.974.

Promotor Natural, já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal¹², possível e perfeitamente aceitável, em prol dos interesses da sociedade e da segurança pública, a instituição de grupos de combate especializado ao crime, o que, *venia concessa*, só vem ao encontro dos interesses que o Ministério Público almeja alcançar.

Visível, pois, uma filtragem constitucional¹³ partindo-se para uma real quebra de paradigmas, adotando-se uma postura, ainda mais ativa, no âmbito criminal, sinalizando-se no interesse público a prevalência do bem comum.¹⁴

Afinal, curial dizer que:

“(...) em qualquer lugar do mundo a responsabilização penal de pessoas poderosas e influentes não é tarefa fácil. A dimensão dos fatos delituosos por ela praticados, a dificuldade de investigação, a defesa pelos melhores advogados, tudo dá a esse tipo de causa caracteres de especial complexidade. Entretanto, em países marcados historicamente por enormes desigualdades econômico-sociais, como o nosso, as dificuldades para investigar,

12 HC nº 67.759/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 150/123. No mesmo sentido: HC 74.052-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, 20-8-96, Informativo STF – Brasília, nº 41, 28 ago. 1996.

13 (...) **A filtragem constitucional é a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas** (Paulo Ricardo Schier, *Filtragem Constitucional – Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 104), apud Rangel, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.422.

14 Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, na obra **Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal**, ed. Lumens, 2006, p. 218, leciona que “enquanto a noção de ordem pública contempla também o regular gozo de direitos individuais, ao lado do normal funcionamento dos poderes constituídos, o conceito de interesse público propende para fazer prevalecer, em certas circunstâncias, o interesse geral sobre o interesse individual. A ordem pública contempla a proteção tanto do público, como do privado, de modo o mais equilibrado possível, mas a noção de interesse público concentra uma idéia geral que consiste na inafastável necessidade de preservação de um núcleo mínimo de prevalência dos interesses gerais sobre os interesses individuais”.

processar e julgar os que encontram-se nas mais destacadas posições nas áreas pública e privada são ainda maiores, sendo notório o insignificante alcance das normas penais quanto a eles (...)

(...)

Circunscrevendo nosso trabalho à esfera pública, verificamos o quanto é grande o dano social causado por aqueles que, ocupando o cargo de Chefe do Poder Executivo, em qualquer dos três níveis governamentais, queiram lesar o erário. Imagine-se, por exemplo, o volume de dinheiro apropriado ou desviado ilicitamente que, em vez de ser empregado na urbanização de favelas, na construção de creches, na reforma de escolas, serve para que o peculatório adquira mansões, fazendas e outros bens para si e para seus apaniguados (...)" Paço, André Medeiros do. Foro por Prerrogativa de Função: Prefeito Municipais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.¹⁵

É importante a seletividade na escolha na hora de decidir sobre o que se deve atuar, primando pelas ações que tragam benefícios diretos e concretos à Sociedade, colocando-a a salvo de grupos ou organismos que desfavoreçam os alicerces do estado democrático de direito.

As infrações transdividiuanduais, como por exemplo, crime contra a ordem econômica e tributária, meio ambiente (responsabilidade penal das pessoas jurídicas), crimes por meio de internet, crimes do colarinho branco, jogo do bicho e caça níqueis, lavagem de dinheiro, entre outras, necessitam de uma nova postura dos operadores do direito, não sendo possível enfrentá-los com mecanismos obsoletos e métodos empregados para prender ladrões de galinhas, batedores de carteira, etc.

Heleno Cláudio Fragoso, em texto que, escrito há mais de vinte anos, pode ser considerado atual, asseverou:

15 In **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. De JURE. Vol. 6, p.247, no artigo intitulado Da Legitimidade da Investigação Criminal por Parte do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Dos Crimes Praticados por Prefeitos Municipais e da Criação de Grupo Especial pelo Procurador-Geral de Justiça.



“A Criminologia, voltando-se para a análise do próprio mecanismo repressivo veio revelar que a justiça criminal funciona seletivamente sobre pobres e desfavorecidos. Como disse muito bem Eduardo Novoa, o Direito Penal é o direito dos pobres, não porque os tutele e proteja, mas sim porque sobre eles exclusivamente faz recair sua força e rigor. Eles é que constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem processos por vadiagem e só eles são vítimas das batidas policiais com seu cortejo de ofensa e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos para averiguações. Os ricos livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Eles nunca vão às prisões. Quando, em situações excepcionais, isso vem a suceder, logo ficam doentes e são transferidos para os hospitais. Pode-se imaginar o impacto que tais considerações produzem nos que se ocupam com a elaboração técnica do Direito Penal, procurando aperfeiçoá-lo. Parece certo que a realização do sistema punitivo funciona como um processo de marginalização social, para atingir uma determinada clientela, que está precisamente entre os mais desfavorecidos da sociedade”.¹⁶

Ao que se vê, sem muita dificuldade, precisa-se partir para um ataque aos delitos que afetem uma gama maior de pessoas, necessitando-se, para isso, de melhor estrutura dos que atuam na primeira fase da persecução penal, investindo-se em políticas de segurança pública que visem romper com as desigualdades existentes, além de forte investimento no setor de inteligência policial, quiçá com a criação de um mecanismo que envolva a ligação de todos os estados da federação, sem falar em incremento de tecnologia e troca de informações entre autoridades. Pensa-se, pois, em prevenção (geral), repreensão (função retributiva) e uma execução que funcione (ressocializadora).

16 Fragoso, Heleno Cláudio, **Ciência e Experiência do Direito Penal**, Revista de Direito Penal, v. 26, Rio de Janeiro, p. 14-15, 1979.



Hoje o que se percebe é que se divulgam grandes operações, com muitos holofotes, pessoas presas – diga-se de passagem que em diversas situações noticiadas pela mídia apenas com prisão temporária, muitas vezes com demasia na exposição pública, mas é sabido, na realidade, que a maior parte desse contingente preso pouco esquentam as celas das prisões¹⁷, ainda guardada para os pobres¹⁸. É preciso se indagar sobre a efetiva continuidade dos processos, inclusive se perquirindo sobre sua finalização e eventual execução¹⁹.

O que não se pode fomentar, *data venia*, é um direito penal dos excluídos, lutando-se por aumentar a população carcerária com delitos de pequena repercussão social, enquanto os grandes desvios de carga,

17 A Revista “Época”, de 1ª de maio de 2006, informa que “a defesa de Pimenta Neves entrou com cinco recursos ao longo dos quase seis anos do processo”, p.10, sendo fato concreto que mesmo depois de condenado permitiu-se recorrer em liberdade.

18 HC-MC 86864/ SP - SÃO PAULO, MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 20/10/2005, deferindo a liminar que liberou Flávio Maluf. Extrai-se da ementa: CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. LIMINAR INDEFERIDA PELO RELATOR, NO STJ. SÚMULA 691-STF. I. - Pedido trazido à apreciação do Plenário, tendo em consideração a existência da Súmula 691-STF. II. - Liminar indeferida pelo Relator, no STJ. A Súmula 691-STF, que não admite habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, admite, entretanto, abrandamento: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, guardiã-maior, portanto, dos direitos e garantias constitucionais, quedar-se inerte. III. - Precedente do STF: HC 85.185/SP, Ministro Cezar Peluso, Plenário, 10.8.2005. Exame de precedentes da Súmula 691-STF. IV. - Prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal. Conversa, pelo telefone, do paciente com outro co-réu, conversa essa interceptada com autorização judicial. Compreende-se no direito de defesa estabelecerem os co-réus estratégias de defesa. No caso, não há falar em aliciamento e constrangimento de testemunhas. Ademais, o co-réu já foi ouvido em Juízo. V. - Paciente com residência no distrito da culpa, onde tem profissão certa; não há notícia de que haja procrastinado a instrução ou o julgamento, tendo se apresentado à prisão imediatamente após a decretação desta. A prisão preventiva, principalmente a esta altura, constitui ilegalidade flagrante. VI. - Liminar deferida.

19 A Revista “Época”, de 24 de abril de 2006, p. 30, aponta que “na segurança pública a grande barreira a ser superada é a impunidade. 2% é o índice de inquéritos de homicídios esclarecidos no Brasil. Nos EUA e Europa, são 80%. 6 anos é o tempo médio que os acusados de assassinato levam para ser julgados”, in “Segurança: Crime sem castigo”.



sonegadores, gestores públicos desonestos e verdadeiras lavanderias de dinheiro ficam a solta, aproveitando aquilo que de bom a Sociedade oferece.

Observa-se, sem muita dificuldade, que se vive em uma época de grande exclusão social, em que se consegue manter com mais facilidade os pobres na cadeia, pois a classe alta (do colarinho branco) é mais difícil de sofrer a atuação estatal penal.

Não se prega, de maneira alguma, como alguns poderiam pensar, que se busca abandonar a atuação dos interesses de índole individual, especialmente os relacionados à dignidade e a pessoa.

Ao contrário, o que se almeja, sim, é maior efetividade na atuação institucional, pautando-se seletivamente na escolha das decisões a serem tomadas, principalmente quando voltada à atuação a objetividades jurídicas que atentem de forma concreta com o Estado Democrático de Direito, afetando primordialmente interesses sociais que ao Ministério Público incumbe defender. Fala-se, destarte, na real atuação no aspecto dos direitos penais difusos, tendo em conta a guerra travada contra o tráfico de entorpecentes²⁰, criminalidade organizada²¹, lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem tributária e econômica, crimes contra a administração pública em todos os seus escalões, etc.

No dizer de Luciano Feldes:

“despertar para essa realidade é preciso. Dizer não a um Ministério Público e a um Poder Judiciário burocráticos é necessário. Abandonar a cronologia dos escaninhos processuais e atender seletivamente à demanda existente, com os olhos na Constituição e na inquietante realidade social que já oferece sinais de que a tudo não espera, bem, esse é o desafio. Como referimos alhures, o desajuste do Direito em relação à realidade concreta nos demonstra que é chegada a hora do

20 O Jornal “Diário Catarinense” de 1^a de outubro de 2006, noticia que “**Crack é apontado como a raiz da violência em Santa Catarina**”, p.46.

21 A Revista Época de 21 de agosto de 2006, p. 158, relata o seqüestro do repórter Guilherme Portavanova, da Rede Globo, deixando uma questão no ar: até que ponto os governantes deixarão a sociedade na condição de refém de grupos criminosos como o PCC?



dar-se conta".²²

Enfim, o que se prega, a título de ampliar o debate e a discussão, jamais sem pretender esgotar o tema ou apresentar soluções prontas e sem sujeição a críticas, é a necessidade de se partir da atuação constitucional dada ao Ministério Público, sem desprezar a criminalidade individual do Código Penal de 1940, não obstante, sempre se destacando que se incumbe a defesa dos interesses sociais e indisponíveis, incluindo-se, pois, a tutela penal dos direitos difusos e a proteção, ainda que mediata, da segurança pública. Afinal, "**o Ministério Público é advocacia de partido - o partido dos interesses sociais e individuais indisponíveis**".²³

22 Idem, ibidem, p. 259.

23 Hugo Nigro Mazzilli, **Regime Jurídico do Ministério Público**, São Paulo, Saraiva, 1993, p.25.



CONSUMIDOR

A TUTELA DO CONSUMIDOR PERANTE AS MENSAGENS SUBLIMINARES

Júlio César Bernardes

*Analista Processual do Ministério Público do Trabalho em
Criciúma - SC*

SUMÁRIO: 1) *Considerações preliminares*; 2) *O campo de incidência da mensagens subliminares*; 3) *Aspectos relevantes da tutela jurídica do consumidor em face a publicidade abusiva*; 4) *Considerações finais*; 5) *Fontes consultadas*

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O direito do consumidor remonta as primeiras declarações de direitos consubstanciadas nas Constituições escritas, sobretudo, com o advento da terceira geração de direitos, quais sejam, os direitos de solidariedade, em que está o direito à paz, ao meio ambiente e ao consumidor.

No plano internacional, a tutela das relações de consumo foi efetivada pela Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 39/248, de 16 de abril de 1985, a qual estabeleceu no Anexo I o objetivo de levar “em consideração os interesses e as necessidades dos consumidores em todos os países, particularmente, os países em desenvolvimento; (...) e tendo em mente que os consumidores têm direito de acesso a produtos inofensivos”. Ratifica a referida resolução que as normas a serem editadas pelos governos devem objetivar o atendimento

*Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense
v. 4, n. 10, set./dez. 2006 – Florianópolis – pp 253 a 270*



da necessidade de “proteger o consumidor quanto a prejuízos a sua saúde e segurança”.

No Brasil, a proteção jurídica do consumidor resplandeceu na Constituição Federal de 1988, prescrevendo o inciso XXXII do art. 5º que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A propósito, determina o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que caberá ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, tendo sua eficácia disciplinada pela Lei nº 8.078/90. Reforçando a necessidade da tutela das relações de consumo consubstanciou o art. 170 da Carta Magna que a ordem econômica deverá observar determinados princípios fundamentais, dentre eles a defesa do consumidor.

Como nota-se, em face do iminente conteúdo de interesse público e social que está inserido na relação de consumo, a Constituição Federal de 1988 elevou o princípio da tutela do consumidor ao patamar constitucional de princípio fundamental da Carta da República, devendo, por consequência, ser observado pelos aplicadores do direito na interpretação das leis.

O Código de Defesa do Consumidor, além de estabelecer o princípio do equilíbrio no negócio jurídico assegurando a justiça contratual entre as partes, criou uma compilação de normas específicas, disciplinando a proteção do consumidor desde a vedação de certas práticas comerciais incluindo sanções de ordem administrativas e penais. Dentre estas práticas comerciais vedadas pelo CDC importa-nos discorrer a respeito da publicidade abusiva, especificamente, a publicidade que se utiliza de mensagens subliminares para promover seus produtos e serviços incitando o subconsciente do consumidor.

A pesquisa do presente tema mostra-se de extrema importância, eis que a lesão causada pela inserção de mensagem subliminar na publicidade pode atingir a integridade física e psíquica da coletividade de consumidores, incluindo as crianças e adolescente que são seres humanos em processo de desenvolvimento.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por escopo precípuo a análise da tutela jurídica dos consumidores frente a publicidade denominada como abusiva pelo uso de mensagens subliminares que além de incitar a população aos hábitos de consumo incitam a violência e são

capazes de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

A doutrina ainda é obscura a respeito tutela jurídica do consumidor em face do emprego de mensagens subliminares na publicidade. A maior parte das obras encontradas acerca da matéria limitam-se a tratar genericamente do assunto sem analisar especificamente seus efeitos jurídicos. Da mesma forma, a jurisprudência a respeito do assunto é mínima, pois são recentes as decisões no Brasil.

Dessarte, a pesquisa acerca do assunto pode trazer contribuições teóricas, como a confirmação da possibilidade de proteger juridicamente o consumidor em face de danos causados pelo uso indiscriminado de mensagens subliminares em publicidades.

Inicialmente, no título II, faremos uma abordagem a respeito das mensagens subliminares, delineando, para isto, conceitos e modos de atuação dos diversos meios de inserção de mensagens subliminares. Este tópico será proveitoso no sentido de vislumbrar como a mensagem subliminar é empregada nos meios de comunicação, evidenciando a possibilidade de proteção jurídica do consumidor contra as mesmas.

Por seu turno, no título III, serão expostos os aspectos relevantes da tutela jurídica do consumidor em face da publicidade abusiva, abordando as principais normas que pode valer-se o consumidor lesado. Nesta parte de nossa construção utilizaremos dos conceitos firmados no título II .

2 - MENSAGENS SUBLIMINARES - NOÇÕES PRIMORDIAIS

Etimologicamente a palavra “subliminar” veio da fusão de duas palavras latinas: “sub” que significa “abaixo de” e “limen” que significa “limiar”, portanto, mensagem subliminar é a mensagem ou propaganda abaixo do limiar de percepção consciente. Segundo a psicologia, subliminar é todo estímulo produzido abaixo do limiar da consciência.

Conforme os pesquisadores do tema, os primeiros relatos acerca de mensagem subliminar ocorreram na época de Demócrito (400 a.C.), o qual dizia que muito do que é perceptível não é claramente percebido. Posteriormente, esta definição foi aprofundada por Platão e, mais tarde,

por Aristóteles na sua teoria dos umbrais da consciência há cerca de 2 mil anos.

Também é cediço que na Renascença os pintores utilizavam de mensagens subliminares como pontos de fuga e noção de tridimensionalidade em suas telas. A guisa de exemplo, ao observar-se o quadro “A Monalisa”, de Leonardo da Vinci, nota-se de plano uma bela moça sorrindo, entretanto, ao fundo, possui uma paisagem diferente de sua época. Entretanto, o centro das atenções da tela está no sorriso da moça não se percebendo de imediato a paisagem.

Na realidade, o fundo é observado mas não é compreendido, a mensagem fica no subconsciente até o instante que seja incitado pela razão consciente. A mensagem subliminar se baseia nesse vetor, ver sem perceber e saber sem ter consciência. Dessarte, as mensagens subliminares são aquelas que nos são enviadas dissimuladamente, ocultadas de nossa percepção consciente e que irão influenciar nossas opções, atos, gostos e outras determinações.

Consoante informações de estudiosos a respeito do tema, a primeira ocorrência de publicidade utilizando de mensagem subliminar chegou ao conhecimento da sociedade através do jornal ‘Sunday Times’ de Londres, em 10 de junho de 1956, por seu correspondente em Nova York. O jornal relata uma experiência efetuada em seis semanas, utilizando 45.669 pessoas que freqüentaram um cinema de New Jersey.

Na ocasião, um pesquisador de mercado especializado em técnicas motivacionais instalou num cinema um segundo projetor que projetava imagens com a velocidade de 1/3.000 de segundos, não perceptíveis conscientemente aos olhos humanos. O instrumento projetava slides com as frases ‘Eat Popcorn’ (coma pipoca) e ‘Drink Coke’ (beba Coca) respectivamente, a cada 5 segundos sobre a tela, durante a projeção do filme “Picnic”, (‘Férias de Amor’ no Brasil), enquanto o público assistia ao filme. Por consequência, observou-se um crescimento significativo nas vendas dos dois produtos, na ordem de 57,7% referentes ao consumo de Coca Cola e de 18,1% no consumo de pipocas.



2.1 MODOS DE ATUAÇÃO DAS MENSAGENS SUBLIMINARES

A atuação das mensagens subliminares incide na visão, audição, olfato, gustação e tátil. Porém, o investimento das mídias se dá, via de regra, nas mensagens visuais e auditivas. No campo visual, a mensagem subliminar se resume em ver sem saber e ter a mensagem gravada no subconsciente. Precisamente, não é a imagem que chama a atenção da visão humana, e sim, sua noção de espaço. O olho possui células chamadas bastonetes, as quais se atribuem a visão periférica e outras denominadas cones, que constituem a fóvea, nosso foco de visão consciente. Assim, o que é percebido pelo consciente-foco-fóvea-cones-figura é o subliminar-inconsciente-bastonetes-fundo. Por sua vez, a mesma regra aplica-se ao ouvido, uma vez que o fundo musical de uma propaganda ou de um filme, é subliminar enquanto o centro das atenções estiver na fala e nos gestos do ator.

2.2 MENSAGEM SUBLIMINAR NA PUBLICIDADE

A utilização de mensagem subliminar urge como um novo mecanismo para o implementar a venda de produtos e serviços de todos os tipos, o que se intensificou a partir da utilização da computação gráfica nos comerciais, porquanto cria inúmeros efeitos especiais. Muitos ramos empresariais já obtiveram consideráveis lucros com o uso desta publicidade, tais como as empresas de refrigerantes, cigarros, bebidas alcoólicas etc.

De outro norte, não se pode esquecer da utilização de publicidade indireta também chamada de *merchandising* nos programas televisivos, o que está se tornando costumeiro e amplamente empregado pelas empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Este recurso tem por base a inserção de produtos (automóveis, calçados, bancos, cosméticos, roupas, etc.) na narrativa ou imagem de forma ingênua, porém com objetivos claros e determinados de ampliar o mercado de consumo, arrebanhando o maior número consumidores. Destarte, o emprego deste tipo de publicidade é considerado muito atrativo, uma vez que gera o crescimento nas vendas dos produtos e serviços oferecidos.



Por sua vez, embora seja dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, à saúde e à dignidade, além de colocá-los a salvo de toda forma de exploração e violência, (CF/88, art. 227), os mesmos não estão a salvo do emprego irresponsável de mensagens subliminares na publicidade. Tal fato se constata em muitos games, por exemplo no game 'Carmageddon', que foi um jogo proibido no Brasil, pelo Ministério da Justiça. No cenário deste jogo encontra-se frases escritas nas paredes que fazem apologia ao crime. O objetivo maior deste jogo é atropelar idosos e crianças. Enquanto a criança joga atenta aos movimentos de ação do game, seu subconsciente capta as frases que induzem e estimulam a violência e o crime.

3 - ASPECTOS RELEVANTES DA TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR EM FACE A PUBLICIDADE ABUSIVA.

Embora exista comprovação científica dos efeitos do emprego de mensagens subliminares, via de regra, na publicidade, nosso país, ao contrário de países como Estados Unidos e Alemanha, não fiscaliza as empresas que usam este método de propaganda abusiva por meio de mensagem subliminar.

No Brasil, o ordenamento positivo não trata explicitamente acerca do assunto, embora o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP) condene o emprego de quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos subliminares em publicidade ou propaganda (CBARP, art. 29, *in fine*). Desta feita, ainda não se dispõe uma legislação explícita para sancionar aqueles que usam destas mensagens com objetivos comerciais, sendo mister a utilização dos critérios de interpretação da lei.

Todavia, ciente desta omissão legislativa, importou-nos analisar o ordenamento jurídico pátrio a fim de clarear os possíveis fundamentos jurídicos em defesa do consumidor lesado. Para a tutela jurídica do consumidor face as mensagens subliminares podemos elencar alguns princípios e normas no intuito de defender esta gama de interesses coletivos, senão vejamos.

Com efeito, em vista da flagrante vulnerabilidade dos consumi-



dores, as relações de consumo necessitavam de uma legislação especial que as disciplinasse e ao mesmo tempo estabelecesse regras de proteção ao consumidor que não possuía meios jurídicos para sua proteção. Desta feita, o CDC regulamentando o art. 5º, inc. XXXII, da CF/88, vedou certas práticas comerciais, em especial a publicidade enganosa e abusiva corroborando pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim, com assento no inc. III do art. art. 1º da CF/88 podemos afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o qual deve orientar as condutas da sociedade e a produção de direito. Neste sentido, qualquer ato que viole o princípio da dignidade da pessoa humana revelar-se-á contrário a constituição, devendo ser retirado do ordenamento jurídico pelos poderes constitucionais (Judiciário e Legislativo) no caso das leis e colmatado de ilegalidade nos casos de atos jurídicos.

Não há que se discutir acerca da validade dos princípios constitucionais, eis que estes se consubstanciam em verdadeiros alicerces do sistema constitucional, sendo imprescindíveis para a interpretação e aplicação das normas de um país, possuindo atribuição de vetores para a prática de atos jurídicos e a resolução das controvérsias jurídicas.

Nesse passo, precisa a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra¹

O princípio da dignidade da pessoa humana aufere unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente a personalidade hu-

1 **Curso de direito administrativo**, 5. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1994, p.451.



mana manifestando-se na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. No referido princípio está implícito a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, representando um mínimo invulnerável que toda Carta Magna deve assegurar, de modo que, apenas de forma excepcional possam ser realizadas limitações ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, mais sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.²

Segundo Miguel Reale, *O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epcentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as normas constitucionais. O estado e o direito não são fins, mas apenas meios para a realização da dignidade do Homem, que é o valor-fonte do ordenamento.*³

Não obstante, enaltecendo o princípio da dignidade da pessoa humana, o CDC em seu art. 4º colocou como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, a saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo.

Neste sentido é o princípio da respeitabilidade instituído no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária - CBARP, orientando que toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar. (CBARP, art. 19).

Por sua vez, o CDC elencou como princípio norteador das condutas entre fornecedor e consumidor a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (inc. VI, art. 4º).

A propósito, o estatuto consumerista, como não poderia deixar de ser, ante a sua elaboração elogiada pelos juristas pátrios, tratou também

2 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo:Atlas, 2003, p. 50.

3 REALE, Miguel. *Apud in* Sylvio Motta; William Douglas. **Direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001, p. 19 .



de elencar os direitos dos consumidores. Salienta-se nesta oportunidade que tais direitos são exemplificativos, eis que o próprio código afirma a possibilidade de existirem outros direitos decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Como nota-se, o rol dos direitos do consumidor é bastante amplo, mesmo porque a sistemática adotada pelo CDC orienta-se neste sentido, podendo até ser utilizado os instrumentos de integração das normas jurídicas, tais como, os princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade, o que vai ao encontro da legislação processual, pelo qual o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei (CPC, art. 127).

No que pertine ao rol de direitos básicos do consumidor, importamos ressaltar que o estatuto do consumidor, reforçando o princípio da dignidade da pessoa humana, relacionou a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva como direito a ser protegido pelo Estado, conforme dispõe os incisos IV do art. 6º: *São direitos básicos do consumidor: (...) IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;*

Isto não bastasse, tratou de estabelecer nos incs. VI e VII do art. 6º a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos bem como o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação dos referidos danos, assegurando a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. Esse conjunto de normas que o Estado estabelece tem obviamente uma finalidade, que é tarefa do direito e que consiste na proteção dos bens jurídicos, quiçá a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre o tema, o art. 36 do CDC dispõe que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, eis aqui o princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária. No mesmo sentido encontra-se o CBNP, o qual preceitua no artigo 28 que o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.



O âmago do art. 36 é tutelar o consumidor, garantindo-lhe saber que a publicidade transmitida tem um objetivo em si, resumindo-se na promoção dos produtos e serviços. O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária visa dar conhecimento ao consumidor, como parte vulnerável na relação de consumo, de que a mensagem divulgada pelos meios de comunicação é patrocinada por um fornecedor que tem por objetivo vender-lhe algum produto ou serviço.

Um dos propósitos deste princípio é vedar a denominada publicidade subliminar, a qual incidiria apenas no inconsciente do ser humano e que, por seu alto perigo potencial de sugestão, esta proibida no mundo desde os anos setenta.

Em comentário ao referido artigo, Claudia Lima Marques assevera que:

O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária, instituído no art. 36, tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de vender-lhe algum produto ou serviço. Este princípio serve, de um lado, para proibir a chamada publicidade subliminar, que no sistema do CDC seria considerada prática de ato ilícito, civil e mesmo penal.

O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária é comum no direito comparado e tem como fim tornar consciente ao consumidor - comprador potencial- que ele é o destinatário de uma mensagem publicitária, patrocinada por um fornecedor com o intuito de promover a compra de seu produto.⁴

Logo, é inaceitável a concepção que reluta a idéia de tutelar o consumidor contra as mensagens subliminares tendo por base jurídica, na espécie, o estatuto do consumidor, mesmo porque a sistemática aplicada pelo legislador infraconstitucional firmou-se no sentido de utilização

4 **Comentários ao Código de Defesa do consumidor**. Arts. 1^a a 74. São Paulo: RT, 2003, p. 471.

dos princípios listados pelo referido código.

A fim de compreender a dimensão do conceito de publicidade comercial trazemos a tona a definição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária o qual conceitua a publicidade comercial como *toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias*, incluindo nesse conceito a publicidade governamental e o *merchandising* (CBARP, art. 8, 11 e 12).

No entanto, é necessário distinguir a publicidade para as relações de consumo, eis que as demais, por exemplo a propaganda política, não se incluem na sistemática adotada pelo estatuto do consumidor. Para o CDC publicidade é toda informação ou comunicação disseminada com o objetivo direto ou indireto de promover junto aos consumidores o fornecimento de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. Por conseguinte, exclui-se da definição a propaganda política, já disciplinada pela Lei nº 9504/97, bem como a publicidade governamental sem fins de promover atos de consumo. Do exposto, extrai-se que o divisor de águas entre a publicidade no âmbito das relações de consumo e as demais é o seu objetivo consumista.⁵

Sendo assim, qualquer artifício que o fornecedor utilize para chamar a atenção do consumidor, induzindo e divulgando o produto ou serviço, será publicidade comercial.

Por seu turno, as mensagens subliminares também são condenadas com apoio do art. 37. do CDC, a qual proíbe toda publicidade enganosa ou abusiva, conceituando como publicidade abusiva, dentre outras *a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que, incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança* (CDC, art. 37, § 2º).

Mister aduzir que a definição legal é espécie de interpretação analógica, pois exemplifica algumas condutas consideradas como publicidade abusiva (enumeração casuística) trazendo uma formulação genérica (abusiva) que deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente elencados, deixando para o aplicador da lei a interpretação no caso concreto. Dessarte, razão não há para refutar o entendimento

5 Idem. 470.

de que as mensagens subliminares encontram-se na definição legal de publicidade abusiva, uma vez que o próprio legislador infraconstitucional achou por bem não limitar o presente conceito *numero clausus* e sim, concedeu ao aplicador da lei a possibilidade de ampliar a referida definição conforme o caso concreto.

Corroborando este raciocínio, o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária prescreve que o anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambigüidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à: a) natureza do produto (natural ou artificial); b) procedência (nacional ou estrangeira); c) composição; e d) finalidade (CBARP, art. 27,§ 2º). Ainda, a respeito dos anúncios, preceitua o referido código que os mesmos devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade (CBARP, art. 23).

Conquanto o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária seja concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, também se destina ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio, nos termos do art. 16 do CBARP.

Em síntese, a publicidade abusiva através da utilização de mensagens subliminares vilipendia a vulnerabilidade do consumidor, ferindo de morte os valores sociais básicos, por consequência, a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito na nova ordem jurídica.

Urge ressaltar, por sua vez, que a utilização de mensagens subliminares na publicidade, no entendimento de tratar de publicidade abusiva, gera o ilícito civil, sendo responsável o fornecedor (conceituado no art. 3º do CDC) que emprega a publicidade abusiva para patrocinar os seus produtos e serviços, com inteligência do art. 38 do CDC. Aplica-se no caso ora em comento o princípio da correção do desvio publicitário, segundo o qual se impõe responsabilidade nos campos civil, penal e administrativos, bem como a possibilidade de determinar-se a contra-

propaganda (art. 56, XII).⁶

Sem embargo, a tutela jurídica do consumidor face a publicidade abusiva pode ser sustentada pelo Código Civil, nos termos do art. 186, pois *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*.

Do exposto, conclui-se que o fornecedor que violar o direito a saúde de outrem, o direito a integridade da família através da proteção aos valores éticos sociais e os bons costumes (art. 226 da CF/88), o direito a proteção das crianças e adolescentes como pessoas humanas em processo de desenvolvimento desprovidos do necessário julgamento e experiência (art. 227 da CF/88; art. 5º, 7º, art.15 da lei 8.069/90), através da inserção de mensagens subliminares em informes publicitários, comete ato ilícito, eis que causará dano, na acepção jurídica do termo.

Com efeito, não há que se negar que a Carta da República concedeu especial atenção à família conceituando-a como base da sociedade, dotando-a de especial proteção do Estado. Assim, qualquer violação a esta proteção implica ato ilícito, podendo ser protegido por meio dos instrumentos processuais, sobretudo, a ação civil pública disciplinada na lei 7.347/85.

No mesmo raciocínio, a criança e o adolescente possuem direitos garantidos na Carta da República e em legislação especial, sendo *dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação exploração, violência, crueldade e opressão* (art. 227 da CF/88).

Destarte, qualquer violação ao direito da criança e do adolescente, tais como, o direito à inviolabilidade de sua integridade física e mental, através da inserção de mensagens subliminares por meio da publicidade abusiva, que atue no subconsciente do menor, causando algum dano de ordem material ou moral, será vedado pelo ordenamento jurídico.

Embora a Carta da República preceitue que a manifestação do

6 SHARP JR, Ronaldo. **Código de defesa do consumidor anotado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 106.

pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição (CF/88, art. 220), vedando toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (CF/88, art. 220, § 2º), inadmissível convalidar-se o abuso de um direito.

Com acerto, o art. 187 do CC prescreve que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Ademais, a própria Carta Magna, precavendo-se contra atos abusivos, informa que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão deverá respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, valorando este enunciado como princípio constitucional (CF/88, art. 221, IV).

Acerca da responsabilidade pela difusão da publicidade abusiva através da inserção de mensagens subliminares resta lembrar que o CDC adotou a presunção de culpa do fornecedor. Isto significa que os efeitos civis da publicidade abusiva recairão no fornecedor, por ter veiculado uma publicidade abusiva, só cabendo a escusa em se provando a ocorrência de caso fortuito, força maior ou quaisquer das excludentes da relação causal. Observa-se que esta presunção de culpa faz inverter o ônus da prova consoante prescreve o art. 38.

Por seu turno, o estatuto do consumidor não se importa com a eventual responsabilidade civil da agência publicitária, que produziu a mensagem abusiva, responsabilizando somente o fornecedor que auferiu proveito com a propaganda abusiva. A própria sistemática do CDC, que desabona a cadeia de produção importando-se com a relação consumo e consumidores, leva a este desfecho.

No campo do direito penal, encontramos amparo para coibir a utilização de mensagem subliminar na publicidade no art. 67 do CDC, o qual preceitua que: *Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.* Da mesma forma, sanciona o art. 68 do referido estatuto que os atos de *Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.*

Por fim, resta aduzir que o direito do consumidor a ser tutelado



pelas normas já referidas insere-se no âmbito difuso, atingindo proporções consideráveis, porquanto sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato (CDC, art. 81, I). Realmente, tendo em vista o fato da publicidade produzir efeitos amplamente, torna-se operação difícil ou mesmo impossível aferir o campo de incidência de seus malefícios na população. Todavia, não podemos esquecer dos conceitos de consumidor trazidos pelo CDC. Primeiramente, consumidor *stricto sensu*, conceituado como quem “utiliza um serviço”, compra algo em virtude da publicidade (CDC, art. 2º); consumidores equiparados, sendo a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de consumo (CDC, art. 2º, parágrafo único); bem como, todas as vítimas dos fatos do serviço ou produto (CDC, art. 17), por fim, acrescenta-se como consumidores todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas nele previstas (CDC, art. 29).

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O alicerce fundamental para proteção jurídica do consumidor encontra-se na Constituição Federal de 1988, dentre outros, prescrevendo o inciso XXXII do art. 5º que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Ratificando a necessidade da tutela das relações de consumo, consubstanciou o art. 170 da Carta Magna que a ordem econômica deverá observar a defesa do consumidor como princípio a ser seguido.

Diante de tais considerações, conclui-se pelo iminente conteúdo de interesse público e social que está inserido na relação de consumo, sendo questão de prudência a observância destes princípios pelos juristas na interpretação das leis. Agregado a esses valores, o Código de Defesa do Consumidor positivou o princípio do equilíbrio no negócio jurídico assegurando a justiça contratual entre as partes, e por conseqüência, tratou de compilar normas específicas disciplinando a proteção do consumidor de certas práticas comerciais, tais como a publicidade abusiva a qual é gênero que encontra como espécie a mensagem subliminar.

Mensagem subliminar é a mensagem ou propaganda abaixo do limiar de percepção consciente, de modo que o fundo é observado mas não é compreendido, a mensagem fica no subconsciente até o instante



que seja incitado pela razão consciente. Assim, as mensagens subliminares são aquelas que nos são enviadas dissimuladamente, ocultadas de nossa percepção consciente e que irão influenciar nossas opções, atos, gostos e outras determinações.

Em face da facilidade de ampliar o mercado de consumo angariando novos consumidores, a utilização de mensagem subliminar aparece como um novo mecanismo para implementar a venda de produtos e serviços de todos os tipos, intensificando-se com a computação gráfica. Por conta desses fatos, importou-nos discorrer acerca do tema, a fim de encontrar possíveis argumentações jurídicas face à inexistência explícita de leis a coibir a utilização de mensagens subliminares na publicidade.

Embora não exista no ordenamento positivo legislação que vede literalmente o uso de mensagens subliminares, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP) condena o emprego de quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos subliminares em publicidade ou propaganda (CBARP, art. 29, *in fine*).

Todavia, a omissão legislativa não obsta o uso dos métodos de interpretação da lei a fim de solucionar os conflitos jurídicos, concedendo-se a devida pretensão jurisdicional. Para alcançar estes objetivos, os operadores do direito aplicam os princípios jurídicos, que se substanciam em verdadeiros alicerces do sistema constitucional, sendo imprescindíveis para a interpretação e aplicação das normas. Dentre tais princípios, encontra-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana com assento no inc. III do art. 1º da CF/88. Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser fonte de inspiração para os legisladores, na construção da leis, e para o juristas na interpretação das mesmas.

Não obstante, orientado por tal princípio, o CDC em seu art. 4º enumerou como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo o respeito à sua dignidade, a saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, sendo seguido de perto pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBARP, art. 19).

Neste sentido, o CDC normatizou a coibição e repressão de to-



dos os abusos praticados no mercado de consumo que possam causar prejuízos aos consumidores (CDC art. 4º, VI), relacionando como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (CDC, art. 6º, IV). Ademais, estabeleceu nos incs. VI e VII do art. 6º, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, tendo em vista a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Deve-se destacar como argumento à proibição das mensagens subliminares o princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária, porquanto a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal (CDC, art. 36). Outrossim, as mensagens subliminares também são condenadas com apoio do art. 37. do CDC, a qual proíbe toda publicidade enganosa ou abusiva, conceituando como publicidade abusiva, dentre outras *a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que, incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança* (CDC, art. 37, § 2º).

Tendo em conta que o conceito de publicidade abusiva deve ser interpretado analogicamente, razão não há para refutar o entendimento de que as mensagens subliminares encontram-se na respectiva definição legal do CDC, art. 37, § 2º, uma vez que o próprio legislador infraconstitucional não restringiu o presente conceito, concedendo ao operador da lei a possibilidade de ampliá-la conforme o caso.

Assim sendo, o emprego das mensagens subliminares na publicidade é abusivo e deve sofrer a conseqüente sanção civil, administrativa e penal, pois viola um direito do consumidor causando-lhe dano, nos termos do art. 186 do CC/2002 e art. 38 do CDC.

Também não há que se falar na proibição constitucional de qualquer restrição na manifestação do pensamento, na criação, na expressão e na informação, sob qualquer forma (CF/88, art. 220), porque reconhecido é, pelos tribunais superiores, a inexistência de direitos absolutos na Carta da República. Neste sentido, o próprio texto constitucional, objetivando dar limites ao uso abusivo da publicidade, impôs como regra a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF/88, art.



221, IV).

Em suma, tendo em vista que o direito do consumidor a ser tutelado pelas normas acima citadas insere-se no âmbito difuso, por atingir proporções consideráveis na sociedade, a legitimidade para proteger tais interesses encontra-se no rol do art. 82 do CDC, sendo concorrente entre as respectivas instituições e entidades.

6 - FONTES CONSULTADAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

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

BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de processo civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. **Código Civil**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, p.576-600, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman ; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts. 1º a 74. São Paulo: RT, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo:Atlas, 2003.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. **Direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

SHARP JR, Ronaldo. **Código de defesa do consumidor anotado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.



