

DOUTRINA

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS

Antônio Cerqueira de Albuquerque

Advogado. Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo CESMAC/AMPAL.

SUMÁRIO

1. Considerações Preliminares. 2. A Era dos Princípios: Conceito e Dimensão Constitucional. 3. Origem da Proporcionalidade na Europa. 4. A Proporcionalidade no Brasil. 5. Conceito e Delineamentos sobre seu Conteúdo. 6. Requisitos ou Elementos Estruturantes. 7. Controle de Constitucionalidade dos Atos Legislativos Fundados no Princípio da Proporcionalidade. 8. Panorama Jurisprudencial do Controle de Constitucionalidade Fundado na Proporcionalidade Perante o STF. 9. Conclusões.

1. Considerações Preliminares

Deparamo-nos, inúmeras vezes, em face da nossa atividade profissional, com questionamentos e debates no que se refere, em especial, à possibilidade ou não de controle judicial de atos legislativos intrinsecamente desproporcionais. Quais os limites para se realizar tal controle em sua plenitude de forma a não substituir o arbítrio dos legisladores pelo dos juizes?

Conseqüentemente, secundado nestas dúvidas no que tange ao controle judicial dos atos legislativos, resolvemos neste pequeno ensaio, confrontar e resumir conclusões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o referido tema, a fim de procurar esclarecer alguns aspectos e fomentar o debate para aqueles que estudam a Ciência do Direito.

2. A Era dos Princípios: Conceito e Dimensão Constitucional

Nunca os princípios tiveram tanta força no debate jurídico. É incontestável que os princípios estão assumindo uma posição hegemônica no sistema piramidal normativo proposto por Hans

Kelsen¹: portanto, oportuno se faz firmar-se uma noção acerca de tal categoria jurídica.

Princípios podem ser definidos como proposições normativas básicas, podendo apresentar-se de forma explícita ou implícita no sistema jurídico, dotados de caráter axiológico que orientam e condicionam as demais expressões do Direito.

Como bem dispôs o ilustre Celso Antônio Bandeira de Melo:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico².

Não se tem dúvida de que o Direito Constitucional Contemporâneo reconhece de forma veemente a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais, superando o vetusto entendimento doutrinário de que somente possuiriam diretrizes programáticas. Das reflexões de Harvard Dworkin os princípios passaram a ser tratados como direito, fulminando a doutrina do Direito Natural e a do velho positivismo ortodoxo.

Nessa esteira, concordamos com Paulo Bonavides³, quando afirma que a teoria dos princípios, após várias digressões teóricas e discussões sobre a normatividade que lhes é inerente, consolidou-se como a base mestra das Constituições.

A extrema importância lograda a crença cartesiana-positivista de tudo prever, regular e julgar mediante rígida lógica silogística evoluiu para a idéia motriz dos princípios como núcleos de concentração axiológica, possibilitando-nos afirmar que a norma é apenas o desenvolvimento particularizado de um princípio.

¹ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

² Melo, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.747.

³ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.253.

Paulo Bonavides⁴ traz a lume a crescente constitucionalização dos princípios, concluindo pela formação de um “Estado principialista”, ao passo que J. J. Canotilho⁵ defende um sistema constitucional tendencialmente principialista.

É curial observarmos que, dentre os princípios que direcionam o Direito Constitucional, possui cada vez mais enfoque de relevo, inclusive pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, o princípio da proporcionalidade.

3. Origem da Proporcionalidade na Europa

A proporcionalidade nasceu na Europa, na época da França pós-revolucionária como forma de controle judicial dos atos administrativos; especialmente o controle judicial do poder de polícia. O debate sobre a proporcionalidade sofreu influência da afirmação do princípio da razoabilidade no sistema norte-americano, erigido como norma constitucional.

Todavia, a utilização da proporcionalidade deu-se apenas como critério judicial de aferição de validade dos atos governamentais, ou seja, administrativos, incapaz, portanto, de atingir os atos legislativos.

A nova idéia influenciou países vizinhos, notadamente a Alemanha, que aprimorou-a e conferiu, pela primeira oportunidade, natureza jurídica de princípio constitucional, atribuindo-lhe conceituação técnico-jurídica porque, até então, as inúmeras decisões do Conselho de Estado francês ainda não utilizara o termo proporcionalidade ao abordar o princípio em tela.

A maior parte da doutrina assevera a relação inerente entre o princípio da proporcionalidade, a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e a ponderação de bens. A Carta Constitucional Alemã de 1949 (chamada de Constituição de Bonn) trazia previsão expressa de que a dignidade da pessoa humana era uma de suas principais regras fundantes, limitadora do poder estatal. Nesse diapasão, a Corte Constitucional inovou expressivamente a ordem

⁴ Bonavides, Paulo. 2000, p. 3.

⁵ Canotilho, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1.089.

jurídica ao firmar o princípio da proporcionalidade como critério de controle judicial de constitucionalidade das leis e demais atos administrativos, visto que a Carta de 1949 não o tinha abordado explicitamente.

Assim, a despeito de ser norma implícita, o princípio da proporcionalidade foi considerado como inerente ao Estado de Direito, conforme adverte Karl Larenz⁶. A Corte Suprema americana aplicava o princípio do *substantive due process of law* mediante a interpretação da quinta e da décima-quarta emendas constitucionais, ao passo que a Corte Alemã aplicava-o sem apoio de dispositivo constitucional específico.

Após a sua completa delinação e desenvolvimento científico, alguns países, como Portugal em 1976, adotaram-no expressamente em suas Constituições. Recentemente, a Corte de Justiça da União Européia firmou-o como princípio de direito comunitário⁷.

4. A Proporcionalidade no Brasil

No sistema jurídico pátrio podemos identificar que os primeiros estudos sobre a proporcionalidade advém do conspícuo Orozimbo Nonato⁸, em acórdão proferido em 1953 no STF, embora não o tenha denominado como tal. Doutrinariamente, o precursor do tema é o ilustre San Tiago Dantas⁹.

Analisando-se as normas constitucionais, extraímos que a Constituição não o abordou nomeadamente, ao contrário da razoabilidade que é extraído diretamente do *due process of law* em sua forma substantiva (art. 5º, LIV, CF).

Resta cristalino que não devemos ignorá-lo pela ausência de sua positivação, previsão escrita em lei. Não se tem dúvida de que a

⁶ Larenz, Karl. *Metodologia de la Ciencia Del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

⁷ Medaur, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p.146.

⁸ RE nº 18.331-SP, rel. Min. Orozimbo Nonato. *Revista Forense*, vol. 145, 1953, p. 164.

⁹ Dantas, F. C. de San Tiago. *Igualdade perante a Lei e o Due Process of Law*. Problemas de Direito Positivo, p. 37.

melhor técnica seria consagrá-lo com a definição explícita de seus contornos como o fez a Constituição de Portugal ou a Constituição Estadual de São Paulo, mas, não podemos excluí-lo como idéia motora do sistema.

Nesse sentido é a constatação de Paulo Bonavides e Suzana de Toledo Barros, de que, atualmente, o sistema constitucional consagra a proporcionalidade por via dos direitos fundamentais. De fato, a noção de proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II) visto que o Poder Público deve agir de acordo com a lei formal, a qual deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, mormente quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental. Ademais, relaciona-o com o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), notadamente sobre o aspecto do princípio republicano e da dignidade de pessoa humana.

Para esta corrente doutrinária, o princípio da proporcionalidade, encontra-se concretizado em diversas normas de nossa Constituição, alcançando diversos ramos do Direito, abrangendo desde o penal até o tributário.

É curial observarmos que durante a elaboração da Constituição Federal de 1988, o princípio da razoabilidade chegou a integrar o artigo 37 como um dos princípios norteadores da Administração Pública, porém, foi excluído de sua redação final.

5. Conceito e Delineamentos sobre seu Conteúdo

Não se desconhece da dificuldade da formação de uma precisão conceitual do princípio da proporcionalidade, o qual apresenta uma persistente fluidez na doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, sobreleva a lição de Paulo Bonavides¹⁰ que sustenta a máxima de que “há princípios mais fáceis de se compreender do que definir”, sendo a proporcionalidade um deles.

Com efeito, nem mesmo a sua denominação surge como unânime. A doutrina alemã atribuiu-lhe a nomenclatura de proibição de excesso, enquanto os EUA utilizam-se do termo razoabilidade, o qual constitui um dos subprincípios da proporcionalidade.

¹⁰ Bonavides, Paulo. 2000, p. 253.

O Pretório Excelso adotou a denominação clássica de princípio da proporcionalidade, como se infere das reiteradas decisões em sede de controle de constitucionalidade¹¹.

Dentro deste contexto, o conteúdo da proporcionalidade sobreleva clarificação da adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo.

Desta forma, infere-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, os quais somente podem sofrer restrições se atenderem aos seus ditames, isto é, o meio mais idôneo com a menor restrição possível.

Visa servir como contemporizador entre os direitos fundamentais e o poder estatal, avaliando caso a caso quando se justifica a intervenção válida de um direito fundamental por um ato legislativo.

É inegável que a proporcionalidade traduz a própria idéia de Justiça nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, quando o interprete deve aplicar a ponderação de bens, o que J.J. Canotilho¹² sabiamente denominou de “teste de razoabilidade”.

A Proporcionalidade exprime, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma finalidade constante e um meio variável ou vários¹³.

A idéia de abuso de poder foi sintetizada metaforicamente por Jellinek com a feliz imagem de que “não se abatem pardais disparando canhões”, estando aqui já ínsita a necessidade de que a intervenção estatal deva guardar correlação quantitativa e qualitativa com o fim perseguido, sendo que a intervenção estatal será então limitada por esta correlação¹⁴.

¹¹ STF, Pleno, j. 1/07/1993, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

¹² Canotilho, J. J. 1999, p 182.

¹³ Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.67.

¹⁴ Barros, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

6. Requisitos ou Elementos Estruturantes

A doutrina alemã, que serviu de base para as matizes do Direito pátrio, sistematizou a proporcionalidade em três subprincípios: adequação ou idoneidade, necessidade ou menor restrição possível e proporcionalidade em sentido estrito.

Gilmar Ferreira Mendes obtempera que o subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos, ao passo que o da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia eficaz na consecução dos objetivos pretendidos¹⁵.

Desta forma, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa possível.

O Ministro do STF pertinentemente averba que a adequação e a necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação, pois a prova da necessidade possui fundamental importância em detrimento da adequação. Prossegue afirmando, peremptoriamente, que positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação.

A proporcionalidade em sentido estrito, aclamada por alguns doutrinadores como razoabilidade, resulta de uma rigorosa ponderação sobre um eventual equilíbrio entre a intervenção estatal e os objetivos perseguidos pelo legislador. Assume o papel de um “controle de sintonia fina”, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão¹⁶. O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma¹⁷.

Além dos três requisitos intrínsecos acima mencionados, pode-se elencar ainda, como pressupostos do princípio da

¹⁵ Mendes, Gilmar Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do STF: Novas Leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ -Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, agosto 2001.

¹⁶ Mendes, Gilmar Ferreira. 2001.

¹⁷ Canotilho, J. J. 1999, p. 263.

proporcionalidade, a legalidade e a justificação teleológica, e como requisitos extrínsecos para sua aplicação, a verificação da judicialidade (o órgão de onde emana a decisão judicial deve ser competente e respeitar as hipóteses de limitação previstas pela norma) e da motivação¹⁸

7. Controle de Constitucionalidade dos Atos Legislativos Fundados no Princípio da Proporcionalidade

É incontestável que a clássica lição do princípio da proporcionalidade fundou-se no controle dos atos administrativos, sendo sua utilização para controle judiciais dos atos legislativos considerada recente e inovadora. Não se deve olvidar que esta tendência é irrefutável e progride em direção a sua aplicabilidade pelos Tribunais.

Sua aplicação como critério aferidor dos atos do Poder Legislativo, todavia, a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, e de ser admitida com reserva de países como Alemanha e Itália, é que suscita alguma controvérsia, por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes. De fato, a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo¹⁹.

Os autores brasileiros no final da década de 1980, sobretudo após a promulgação da Constituição da República de 1988, viram na razoabilidade (e na proporcionalidade) uma possibilidade mais eficiente de questionar os atos do Poder Público, mormente o mérito do ato administrativo e o abuso legislativo, historicamente afastados do controle judicial²⁰.

Uma corrente doutrinária considera a elaboração de leis como um poder político e soberano, insuscetível de sujeitar-se a uma análise de mérito advinda de outro poder, qual seja, o judiciário.

¹⁸ Moraes, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo, LTr, 1997.

¹⁹ Barros, Suzana de Toledo. 1966, p. 210.

²⁰ Queiroz, Raphael Augusto Sofiati de. *Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2000, p. 34.

Mas, como bem sintetizava San Tiago Dantas²¹, o devido processo legal abre-se ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa. O respeito ao devido processo legal em sua acepção substantiva gera grandes controvérsias, pois permite o questionamento antes insondável, a lei.

Cabe invocar os ensinamentos de Bonavides²², de que esta resistência é compreensível porque a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.

O respeito ao princípio da proporcionalidade é, certamente, a mais poderosa arma contra eventuais abusos do legislador, permitindo o judiciário ingressar em matéria que consistia em barreira intransponível exclusivamente atribuída ao Legislativo. Não podemos negar que este deverá ser utilizado com muita prudência e parcimônia, pois apresenta-se em uma linha tênue para que o juiz não se substitua ao legislador.

Não obstante, a utilização da proporcionalidade não deve desvirtuar ou desobrigar a fidelidade aos mandamentos do direito vigente, qualquer que seja a modalidade da demanda, deve o juiz acautelar-se em virtude do princípio em questão ser extremamente amplo e versátil, afim de que não se transfira a arbitrariedade do Legislativo para o Judiciário. J. J. Canotilho²³ adverte, prudentemente, que os tribunais devem limitar-se a examinar se a regulação legislativa é manifestamente inadequada.

Impende reconhecer, por outro lado, que, sem embargo deste temores, a proporcionalidade apresenta-se como instrumento indispensável de justiça. Acolhendo o alvedrio de Gilmar Ferreira Mendes²⁴, observamos que a possibilidade de se proceder à aferição sistemática das leis, especialmente as de índole restritiva, introduz uma nova dimensão ao controle de constitucionalidade, exigindo, inclusive, um reexame da relação: jurisdição constitucional e política.

²¹ Dantas, F. C. de San Tiago. Ob. cit, p. 46.

²² Bonavides, Paulo. 2000, p.362.

²³ Canotilho, J. J. 2001, p. 267.

²⁴ Mendes, Gilmar Ferreira. 2001, p. 40.

Nesse mesmo sentido é a constatação de que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitui um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. O princípio da proporcionalidade maximiza a aferição de compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos, procedendo à censura sobre o ato legislativo. A inconstitucionalidade por excesso legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Contudo, não se trata de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo esfera reservada ao Poder Legislativo, que envolve o próprio mérito administrativo, mas sim a apreciação da legitimidade da norma, sem tecer qualquer valoração sobre sua conveniência.

A vedação cinge-se ao excesso de poder, em qualquer de suas formas. Uma lei será considerada inconstitucional caso haja constatação, inequívoca, da existência de outras medidas menos lesivas.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade da utilização²⁵.

8. Panorama Jurisprudencial do Controle de Constitucionalidade Fundado na Proporcionalidade perante o STF

Observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é fecunda e rica em exemplos da aplicação do princípio da proporcionalidade como base para a declaração de inconstitucionalidade de normas estatais. Compulsamos alguns casos clássicos para uma ampla compreensão do tema em questão.

A primeira manifestação sobre a proporcionalidade deu-se por intermédio da relatoria do Ministro Orozimbo Nonato²⁶, que em 1953 defendeu o direito de propriedade com fulcro em tal princípio, sem, contudo, nominá-lo.

²⁵ Mendes, Gilmar Ferreira. 2001, p.42.

²⁶ RE 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato, RF 145 (1953), p. 164 .

O Pretório Excelso reconheceu, em 1968, a inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional que dispunha sobre a impossibilidade do acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional de praticar qualquer atividade profissional, pública ou privada. No caso, assentou-se que a malsinada restrição revelava-se desproporcional (exorbitância dos efeitos da condenação) e era inconstitucional por ofensa ao próprio direito à vida²⁷.

Em 1976 o Supremo Tribunal Federal reformou decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral afirmando a inconstitucionalidade de uma norma que estabelecia a inelegibilidade de cidadãos que estivessem respondendo a processo crime. Tal decisão ventilou a proporcionalidade da medida legal com o princípio do estado de inocência referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Posteriormente, o STF confrontou-se com a indagação sobre a razoabilidade das disposições da Lei estadual 10.248 do Paraná, em que obrigava os estabelecimentos comerciais a pesarem cada botijão de GLP (Gás Liquefeito de Petróleo) à vista do consumidor, mesmo em veículos que procedam a entrega para venda em domicílio. O Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁸, a invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade, ressaltando a desproporção entre os ônus impostos aos particulares e os fins perseguidos pela norma legal.

O art. 5º da Lei 8.713/93 foi declarado inconstitucional por restringir, sem fundamentação, a liberdade de organização partidária tolhendo a atividade de pequenos partidos²⁹.

A decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello³⁰ contra a suspensão de segurança emanada de Tribunal Regional Federal declarando a ilegitimidade da norma regulamentar limitadora da quantidade de cigarros em um maço ou pacote tornou-se clássica, ganhando autonomia na jurisprudência por analisar a dimensão específica da proporcionalidade como dimensão do devido processo

²⁷ HC 45.232, Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti, RTJ 44, p. 322

²⁸ ADIn 885, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 01.10.93

²⁹ ADIN 855, RTJ: 152, p. 455.

³⁰ SS 1320, DJ de 14.4.1999, item no 524.

legal. Neste despacho, o eminente Ministro traz a lume os requisitos e subprincípios da proporcionalidade, identificando-os no caso em concreto.

Cumpre-se, finalmente, destacar que a Constituição costuma traduzir-se em um longo elenco de propósitos e finalidades, por conseguinte, o STF, como seu guardião, tende a tornar corriqueira a aplicação da proporcionalidade em diversas hipóteses além dos exemplos supra-consignados, coibindo, quando estritamente necessário, os excessos legislativos.

9. Conclusões

A nova feição do princípio da proporcionalidade rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se na quebra de núcleos até então intangíveis como a aferição de inconstitucionalidade de atos estatais concernentes à contenção de excessos cometidos pelo Poder Público.

É verdadeiro truísmo reconhecer a ampla incidência do postulado da proporcionalidade em vários aspectos que desenvolvem a atuação estatal, inclusive a produção normativa, pois constitui-se em essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito, além de ser indispensável para tutelar as liberdades fundamentais, especialmente frenando os excessos e o arbítrio do Poder.

Nota-se, no excerto doutrinário trazido à colação, que a proporcionalidade não pode ser negada ao frágil argumento de sua inexistência como princípio ou norma expressa na Constituição da República, visto que sua justificação dogmática encontra-se no princípio do Estado Democrático e da dignidade da pessoa humana.

A validade das manifestações estatais deverão ser analisadas tendo em foco, essencialmente, a observância de determinados requisitos que pressupõem a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo Estado em cotejo com a necessidade e a adequação daqueles efetivamente empregados e os fins perseguidos pelo legislador. Portanto, o Estado não dispõe de uma competência para atuar ilimitadamente, de forma irresponsável ou imoderada, simplesmente amparada na impossibilidade de controle dos atos legislativos pelo judiciário em virtude da separação de poderes.

A atividade normativa deve desenvolver-se em harmonia com o interesse público. Constantemente, a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal tem expurgado do ordenamento jurídico, atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, estabelecem violações contra os padrões de razoabilidade e destituídas de causas legítimas, atuando como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos referidos atos.

Não se desconhece a dificuldade da utilização do sistema da proporcionalidade, o qual permite o judiciário ingressar a matérias exclusivamente relacionadas a outros poderes. Mas, apesar de algumas críticas, não se deve temer a sua aplicação porque se apresenta como um dos mais modernos instrumentos indispensáveis para a distribuição da Justiça diante de leis abusivas.

A NATUREZA JURÍDICA DAS ÁGUAS

Bernardo Leopardi Gonçalves Barretto Bastos

Advogado. Engenheiro Civil pela Universidade Federal de Alagoas.
Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Daniella Soares de Omena

Advogada. Em especialização em Direito do Consumidor pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Humberto Pimentel Costa (Orientador)

Promotor de Justiça em Alagoas. Mestre em Direito Público pela
Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A água na natureza e problemas com o acesso à água. 3. Tratamento legislativo dispensado às águas. 3.1 Histórico da legislação. 3.2 Conceitos e tendências. Lei 9.433/97. 4. Natureza das águas. 4.1 Nomenclatura: água e recursos hídricos. 4.2 Domínio das águas. 4.2.1 Antes da Constituição de 1988. 4.2.2 Após a Constituição de 1988. 4.2.3 Direito à propriedade de águas após o advento da constituição federal de 1988. Direito à indenização. 4.3 Bens públicos. 4.4 Água como bem público. 4.4.1 Valor Econômico. 4.4.2. A água não é um bem de livre acesso. 4.4.3 Bem essencial à manutenção da vida. 5. Água: bem ambiental. 6. Conclusões.

1. Introdução

O objeto deste trabalho é a caracterização jurídica das águas doces. As águas doces, ou interiores, são aquelas adequadas ao consumo humano, à agricultura e aos usos industriais. Na definição de Maria Luiza Machado GRANZIERA, águas doces “são as águas interiores brasileiras, dos rios, dos lagos, as águas subterrâneas, excluídas as águas do mar, que se regem por outras normas, segundo princípios diversos”.¹

¹ *Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2001.

Para que este estudo seja feito é imprescindível um relato dos textos normativos sobre o assunto bem como uma síntese do entendimento doutrinário da matéria. Tal revisão bibliográfica situará o papel das águas interiores frente à atual tendência de publicização dos bens de grande interesse da sociedade.

Definiremos, então, a natureza jurídica das águas bem como as implicações desta definição.

2. A água na natureza e problemas com o acesso à água

A caracterização jurídica da água não prescinde do entendimento de sua importância. A água, como já é bem sabido, é fundamental para a sobrevivência do ser humano. Todos precisamos d'água para beber, cozer, banhar e lavar dentre outros usos que podem ser classificados como usos domésticos.

Há, atualmente, uma série de problemas relacionados com o abastecimento d'água, em especial, sua escassez. As causas e efeitos da escassez são assunto técnico específico. O que importa, por ora, é que se trata de um problema atual e relevante.

Os referidos problemas com o abastecimento foram os maiores motivadores da reforma legislativa quanto à matéria. A Lei que dá as novas diretrizes para o tratamento jurídico das águas é recente: Lei Federal 9.433 de 1997. Paulo Affonso Leme MACHADO nos lembra² que alguns Estados anteciparam esta tendência legislativa, como foi o caso de São Paulo, Bahia e Minas Gerais.

A referida Lei Federal exigiu uma nova regulamentação dos Estados, por meio de legislação estadual, que vem sendo feita. Muitas das leis estaduais tendem a preterir a disciplina das questões peculiares às águas doces. Poucos Estados deram tratamento especial para o tema. No Nordeste ressaltamos valiosas exceções como o caso das legislações pernambucana, potiguar e cearense. Contudo, e principalmente por ser uma normatização relativamente recente e inovadora, há a necessidade de maior preocupação da doutrina nacional com o tema.

² Ver *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

3. Tratamento legislativo dispensado às águas

3.1 Histórico da legislação

Não é extensa no Brasil, a legislação que trata de águas. O Código Civil de 1916 tratou acanhadamente da matéria. Com a promulgação do Código de Águas, através do decreto nº 24.643 de 1934, a disciplina jurídica do tema começaria a se robustecer.

Verifica-se, contudo, um enorme espaço vazio no campo legislativo a respeito da matéria nos anos que seguiram o referido Código. Muitos dispositivos do Código de Águas prescindiam de uma regulamentação mais eficaz, o que não se verificou rapidamente para a maioria dos temas. Exceção aberta para as águas que representassem potencial hidroelétrico que foram regulamentadas de forma mais detalhada.

O surgimento de novos problemas relacionados principalmente com novas demandas, com a poluição e com a escassez ou sua ameaça exigiram princípios e instrumentos mais eficazes em relação ao tratamento legal dado, até então, às águas. Esta tendência não se verificou apenas no Brasil, mas em âmbito internacional.

3.2 Conceitos e tendências. lei 9.433/97

Com o advento da Lei Federal 9.433 de 1997 um novo tratamento começaria a ser dado às águas doces de forma geral. A referida Lei instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos. Esta nova política traçou os princípios e instrumentos para a gestão dos recursos hídricos. Consoante com a tendência de publicização das águas, trazida pela Constituição Federal de 1988, a nova Lei introduziu princípios inéditos ao ordenamento jurídico.

Dentre estes princípios temos a atribuição de valor econômico à água, até então considerada “coisa abundante”. Como abundava não se atribuía a ela valor econômico. Esta nova caracterização é fruto da escassez real ou potencial de água.

Além de reconhecer o valor econômico da água outros conceitos foram se consolidando. Estão sendo regulados, atualmente, instrumentos como a outorga de uso para a exploração de recursos hídricos, concedidas pelo poder público, com o fim de controlar a extração de água. As outorgas devem estar de acordo com os usos prioritários definidos pelos Planos de Recursos Hídricos. Tais planos

são os instrumentos adequados para que se dê o melhor aproveitamento possível às reservas hídricas e para que se estabeleçam os usos prioritários da água.

A gestão das águas tendo como critério geográfico as bacias hidrográficas é mais uma inovação. É uma tendência mundial tratar a bacia hidrográfica como unidade fundamental nas questões de exploração de recursos hídricos em detrimento das unidades político-administrativas.³

4. Natureza das águas

4.1 Nomenclatura: água e recursos hídricos

O termo água é bastante amplo. É a água um dos elementos mais abundantes da natureza. A legislação, contudo, vem utilizando cada vez mais o termo “recursos hídricos”. Tais recursos não são nada além de água. Contudo, nos parece, que o termo recurso hídrico carrega em si uma conotação econômica.

A tendência de se utilizar o termo recurso hídrico é corolário da recente definição da água como bem de valor econômico. A palavra recurso sugere limitação e está relacionada com gestão: É sugestiva a idéia de que os recursos devam sempre ser geridos.

Assim sendo, o termo “recursos hídricos” significa: águas disponíveis para a utilização do homem, limitadas e de valor econômico e que devem ser geridas de forma a otimizar seu uso e a garantir o acesso universal a ela.

Neste sentido entende Cid Tomanik POMPEU ao dizer que:

A água é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. É o Gênero. Recurso Hídrico é a água como bem econômico, passível de utilização com tal fim. Por essa razão, temos um Código de Águas e não um Código de Recursos Hídricos, pois o Código disciplina o elemento líquido mesmo quando não há aproveitamento econômico, como são os casos de uso para as primeiras necessidades da vida, da obrigatoriedade dos prédios inferiores receberem as

³ André L. SILVEIRA define bacia hidrográfica como a “área de captação natural da água da precipitação que faz convergir os escoamentos para um único ponto de saída, o exutório”. Cf. *Hidrologia: ciência e aplicação*. 2. ed. Porto Alegre, UFRGS, 1997.

águas que correm naturalmente dos superiores, das águas pluviais etc.⁴

Poderíamos complementar tal raciocínio dizendo que por esta razão temos uma Política Nacional de Recursos Hídricos e não uma Política de Águas. Isto porque a Lei 9.433/97 ao instituir a referida política tratou também de declarar o valor econômico da água.

Contudo é de se notar que a referida Lei, mesmo declarando a água como bem de valor econômico, não adota a expressão recursos hídricos em substituição completa ao termo águas. O que faz com que haja uma confusão entre os termos águas e recursos hídricos. Assim seguiremos o entendimento de Paulo Affonso Leme MACHADO (2001) à medida que “ainda que não sejam conceitos absolutamente idênticos águas e recursos hídricos, empregaremos estes termos sem específica distinção, pois a lei não os empregou com uma divisão rigorosa”.

A mesma orientação é tomada por Maria Luiza Machado GRANZIERA (2001), ao justificar o uso indiscriminado das duas expressões.

Utilizo ambas as terminologias – águas e recursos hídricos –, no singular e no plural, considerando apenas que o objeto de interesse são as águas doces contidas nos corpos hídricos, à luz do direito administrativo brasileiro, de acordo com a delimitação do tema.

O presente trabalho, portanto, segue a tendência dos autores que utilizam indistintamente ambos os termos. Contudo, é interessante ressaltar que a expressão recursos hídricos é sim fruto de uma nova tendência de valoração da água, de seu uso racional e de sua finitude.

4.2 Domínio das águas

4.2.1 Antes da Constituição de 1988

O *Código de Águas* em 1934 dividia as águas, quanto ao domínio em quatro grupos, a saber, águas públicas de uso comum ou dominicais (art. 1º ao 6º), águas comuns (art. 7º), águas particulares (art. 8º) e águas comuns de todos (art. 34 e 35).

⁴ *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. São Paulo: Escrituras, 2002.

As águas subterrâneas, por exemplo, eram tidas como de propriedade do dono do terreno em que se situavam. O direito de propriedade da água era corolário do direito de propriedade do solo. Seriam, pois particulares se o terreno onde estivessem também o fosse. Dispunha o art. 8º do referido código: “São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns”.

Vê-se na leitura deste dispositivo que o domínio das águas particulares era definido negativamente. Isto quer dizer que mesmo as águas de terrenos privados poderiam não ser particulares caso as mesmas fossem classificadas como águas comuns de todos, águas públicas ou águas comuns.

Esta ressalva teve pouca aplicação em relação às águas interiores, pois, em nenhum momento elas foram definidas como águas comuns de todos, águas públicas ou águas comuns, salvo na hipótese do art. 5º que dizia “ainda se consideram públicas, de uso comum, todas as águas situadas nas zonas periodicamente assoladas pelas secas, nos termos e de acordo com a legislação especial sobre a matéria”.

Se o terreno onde se situassem fosse público as águas seriam públicas dominicais. Dispunha o art 6º do Código de Águas: “São públicas dominicais todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns”.

4.2.2 Após a Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 inovou em relação ao domínio das águas. Assim dispõe o art. 26, I da Carta Magna: “Incluem-se entre os bens dos estados. I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

A Constituição aboliu, assim, o domínio particular das águas. A publicização de todas as águas (subterrâneas e superficiais) trazidas pela Constituição foi corroborada pela Lei 9.433/97 que em seu art. 1º, inciso I diz: “a água é um bem de domínio público”.

4.2.3 Direito à propriedade de águas após o advento da constituição federal de 1988. Direito à Indenização

O Código de Águas, como dito, declarava serem as águas subjacentes a terrenos particulares de domínio dos proprietários dos mesmos. Extintas as águas privadas com o advento da Constituição de 1988 resta saber como ficou a situação dos então proprietários de águas. Uma vez que a própria Constituição assegura o direito à propriedade e o direito adquirido, teriam os antigos proprietários de águas direito à indenização?

Paulo Affonso Leme MACHADO (2001) nos lembra que “não houve qualquer disposição constitucional expressa no sentido de isentar os Estados do dever de indenizar os proprietários das águas particulares”.

O referido autor nos diz ainda haver “razoabilidade em sustentar-se que o “direito adquirido” (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal) socorre estes proprietários particulares no sentido de obterem indenizações dos Estados quando estes pretenderem o domínio das águas referidas no art. 8º do Código de Águas”; continuando seu argumento, o citado autor assevera que “houve um inegável esvaziamento do direito de propriedade (art. 5º, XXII da Constituição Federal), que acarreta neste caso a obrigação de indenizar ou de não cobrar pela água utilizada”.

No mesmo sentido entende José RIBEIRO: “Afigura-se o justo cabimento da indenização, pois se a atual Carta Magna assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII), o que também fazia a pretérita, a expropriação desse direito deve ser compensada monetariamente. Do contrário, haverá verdadeiro confisco genérico, que é vedado pela Constituição”.⁵

Antiga é a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da necessidade de um novo texto constitucional respeitar o direito adquirido. José RIBEIRO lembra o voto do Ministro DJACI FALCÃO⁶.

⁵ *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

⁶ No julgamento da representação (RP 85) feita contra a Assembléia Legislativa do antigo Estado da Guanabara.

Com efeito, é pacífico, entre os constitucionalistas, que as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte (RTJ, 68:13).

Ao publicizar as águas o legislador constitucional não as expropriou propriamente. Tornando as águas públicas o Estado não se torna proprietário na acepção clássica da palavra, como será exposto adiante. O Estado mais que proprietário é gestor das águas.

Interessante o entendimento de Maria Luiza Machado GRANZIERA (2001):

O domínio da União ou dos Estados, sobre os recursos hídricos, não se refere à propriedade de um bem imóvel, objeto de registro próprio, mas decorre do próprio Texto Constitucional, significado a responsabilidade pela guarda e administração dos mesmos e pela edição das regras a ele aplicáveis.

Acreditamos não terem os antigos donos de águas direito à indenização. Não houve enriquecimento do Estado em detrimento da propriedade privada. O Estado não poderá privar, sem justificativa, que o proprietário de terreno com água a utilize. O uso da água estará, porém, condicionado à exploração racional deste recurso conforme veio a estabelecer a política Nacional de Recursos Hídricos instaurada pela Lei 9.433/97. A referida Lei condicionou a extração das águas doces ao sistema de outorga. Pequenas extrações, contudo, podem ser de livre exploração, apesar das severas críticas a esta inexigibilidade. Tais outorgas não constituem alienação de água visto que as mesmas são consideradas inalienáveis (art. 18). A outorga dá direito apenas ao uso racional de recursos hídricos.

4.3 Bens públicos

Como foi dito, a água é um bem de domínio público (Lei 9.433/97). A Constituição repartiu o domínio das águas entre a União e os Estados. Caberia agora buscar encaixar as águas em uma das categorias de bens públicos.

O art. 99 do Código Civil (a exemplo do art. 66 do Código Civil de 1916) divide os bens públicos em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais. Esta divisão é feita sob o critério da destinação dos bens.

A diferença primordial entre estas espécies de bens públicos, como foi dito, é a destinação a que é dada. No primeiro caso, ou seja, nos bens de uso comum do povo, os mesmos são destinados ao uso da coletividade sem a necessidade de autorização do poder público para sua utilização. Já os bens de uso especial, teriam a destinação para a consecução dos fins da Administração. No caso dos bens dominicais, por sua vez, não haveria a destinação específica.

Poderíamos afirmar que, quanto ao regime jurídico, existem duas categorias de bens públicos, quais sejam: domínio público do Estado e as de domínio privado do Estado.

Estão sob o domínio público os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial. A característica marcante dos bens de domínio público é a sua inalienabilidade. Como corolário da inalienabilidade temos a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração, como bem expõe Maria Sylvia Zanella DI PIETRO.

A outra modalidade de bem seria a de domínio privado do Estado, incluindo aí os bens dominicais. Os bens públicos sob domínio privado (bens dominicais) são alienáveis. Bens sob domínio privado podem ser doados, vendidos, alugados e permutados.

É pertinente ressaltar que os bens dominicais não estão sempre sob o regime jurídico de direito privado de forma plena. Isso ocorre porque uma série de limitações é imposta aos bens dominicais o que os impedem de ser bens submetidos ao regime jurídico de direito privado.

Expõe a referida autora:⁷

Se nenhuma lei houvesse estabelecido normas especiais sobre essa categoria de bens [bens dominicais], seu regime jurídico seria o mesmo que ocorre no Código Civil para os bens pertencentes aos particulares. Sendo alienáveis, estariam inteiramente no

⁷ *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

comércio jurídico de direito privado (art. 69); em consequência, poderiam ser objeto de usucapião e de direitos reais, inclusive os de garantia (art. 756); como também poderiam ser objeto de penhora e de contratos como os de locação, comodato, permuta, arrendamento. [a autora refere-se ao antigo Código Civil].

Os bens públicos podem passar do domínio público para o domínio privado através da desafetação. O contrário, isto é, passar do regime jurídico de domínio público para o domínio privado pode ser alcançado através de instrumento análogo: a afetação.

Há de notar, contudo, como bem lembra a referida autora, que nem todos bens públicos podem ser desafetados. A referida autora usa o critério da valoração econômica para dizer quais bens não podem ser desafetados. Sendo assim não poderiam ser desafetados os bens insuscetíveis de valoração econômica.

Os bens dominicais podem ser alienados. Contudo, se forem afetados, ou seja, receberem destinação de bem de uso comum do povo ou bem de uso especial, passam a ser inalienáveis.

4.4 Água como bem público

Sendo pacífico o caráter de bem público das águas o passo seguinte natural seria enquadrar as águas em uma das categorias de bens públicos, passo este seguido por diversos autores.

A hipótese de enquadrar as águas como bem dominical é descartada de forma unânime. Os bens públicos dominicais são regidos por regras de direito privado sendo, portanto alienáveis. A Lei autoriza a União e os Estados a conceder outorga para o uso das águas bem como cobrar pelo uso dos recursos hídricos. À primeira vista poderia parecer existir a possibilidade de alienação de águas, o que não ocorre. “A outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso” (art. 18 da Lei 9.433/97). “O Governo Federal e os Governos Estaduais, direta ou indiretamente, não podem tornar-se comerciantes de águas. A Lei 9.433/97 introduz o direito de cobrar pelo uso das águas, mas não instaura o direito de venda das águas”, nas palavras de Paulo Affonso Leme MACHADO (2001).

Grande é a diferença entre alienar e cobrar pelo uso. A outorga não permite que se use indiscriminadamente a água como

também não permite que esta seja vendida, emprestada, alugada, dada como garantia, desperdiçada ou contaminada. A outorga permite apenas que a água seja utilizada para os fins autorizados e segundo os critérios estabelecidos.

Os recursos hídricos dificilmente poderiam ser classificados como bens públicos de uso especial. Isto porque os bens de uso especial se destinam a satisfazer os objetivos da Administração. A água é um recurso vital e seus usos são muito mais amplos que as necessidades da administração.

Parte da doutrina acredita serem as águas bens públicos de uso comum do povo. Paulo Affonso Leme MACHADO (2001) ao comentar a Lei 9.433/97 conclui que o “legislador brasileiro agiu bem ao considerar as águas de domínio público no sentido de bem de uso comum do povo”.

A classificação das águas como bens de uso comum do povo foi feita por exclusão. Sendo bens públicos a tendência foi de tentar enquadrá-las em umas das três classes de bens públicos. Não sendo possível enquadrar as águas como bens dominicais como também não seria possível considera-las bens de uso especial, concluiu-se que seriam bens de uso comum do povo.

Ao classificar a água como bem de uso comum do povo na acepção clássica desta sorte de bem, incorreu a doutrina em uma série de incompatibilidades. A natureza da águas bem como os fins aos quais ela se presta não são compatíveis com a referida classificação sem que se façam algumas ressalvas.

4.4.1 Valor Econômico

É comum autores relacionarem, principalmente entre os economistas, o conceito de valor econômico com a escassez da coisa, eventual objeto desta qualidade. Sendo assim, algo extremamente abundante na natureza, mesmo que tenha utilidade vital para o homem, pode não ter valor econômico. Adam SMITH, em seu clássico *Da riqueza das nações*, ao explicar o conceito de valor econômico usa a água como exemplo, conforme o trecho a seguir:

Nada é mais útil que a água, contudo nada pode ser adquirido com ela; quase nada pode ser trocado por ela. Um diamante, por outro lado tem pouca utilidade; mas

uma grande quantidade de bens pode, freqüentemente, ser trocada por ele.⁸

Não é tarefa difícil encontrar autores que, até os dias atuais, mantenham em suas obras a concepção de que a água é tão abundante que não despertaria a cobiça humana. Como exemplo destes autores temos o civilista Silvio RODRIGUES, que em seu *Curso de Direito Civil*,⁹ no tomo do Direito das Coisas nos diz:

O homem, buscando satisfazer às suas necessidades, procura se apropriar das coisas que encontra na natureza, úteis a este fim. Isso, entretanto, não ocorre quando tais coisas são extremamente abundantes, como o ar atmosférico, a água potável etc., pois, tão grande é a quantidade de tais coisas que, a despeito de sua enorme utilidade, não provocam a cupidez do homem, que as não incorpora ao seu patrimônio. Só quando tais coisas são úteis e raras, isto é, quando passam a constituir bens, é que se tornam objeto de apropriação, estabelecendo-se entre elas e o homem um vínculo jurídico que é o domínio.¹⁰

Notamos em ambas as citações que o conceito de valor econômico está relacionado com a escassez do objeto. Assim sendo, mesmo que se concebesse que a água para uso humano fosse extremamente abundante, hoje já é fácil notar que esta pode tornar-se escassa. Razão esta que compeliu o legislador pátrio e o de muitos outros países a adotar o conceito de água como bem de valor econômico.

A água é um recurso natural renovável. A renovação das reservas hídricas é explicada pelo ciclo hidrológico. O fato de ser um

⁸ No original: "Nothing is more useful than water; but it will purchase scarce anything; scarce anything can be had in exchange for it. A diamond, on the contrary, has scarce any value in use; but a very great quantity of other goods may frequently be had in exchange for it."

⁹ Obra em sua 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.5.

¹⁰ No presente trabalho a conceituação de bem não será esta, tipicamente civilista. O termo bem tem aqui a mesma conceituação dada em Direito Administrativo. Sabe-se que "no direito administrativo, os bens têm sentido mais amplo, porque abrangem não apenas as coisas que podem ser objeto de posse e propriedade exclusivas, mas também aquelas que são destinadas ao uso coletivo ou ao uso do próprio poder público", como ensina DI PIETRO (1998).

recurso renovável não deve ser confundido com sua disponibilidade. A disponibilidade de água é limitada. Por esta razão dizemos ser água um recurso limitado.

A limitação da disponibilidade de um recurso pode gerar sua escassez. A escassez de um bem, por sua vez, está sempre ligada à sua valoração econômica. A água é, portanto, um bem dotado de valor econômico.¹¹

A Lei ao declarar o valor econômico da água não a colocou no mercado como uma mercadoria comum. Isto porque a água pode ser escassa, mas não pode ser inacessível. A garantia de acessibilidade a um bem não é garantida pelo livre mercado.

A declaração do valor econômico à água não autoriza o Estado a comercializá-la uma vez que a instauração do direito de cobrar pelo seu uso não está vinculada ao direito de vendê-la. Mesmo quando o Estado concede outorga para a exploração de águas não significa serem estas alienadas, pois são elas inalienáveis.¹²

A valoração econômica das águas dificulta sua classificação como bens de uso comum uma vez que estes bens “não são suscetíveis de valoração patrimonial, de avaliação econômica”, como explica Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1998).

4.4.2. A água não é um bem de livre acesso

Ao instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos, a Lei 9.433/97 declarou uma série de instrumentos para a gestão de águas. Dentre estes instrumentos temos a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos (art. 5º, III).

A outorga é uma licença concedida pelo poder público. O objetivo da exigência de outorga para a exploração de recursos hídricos é assegurar às presentes e futuras gerações o acesso a estes bens.

O livre acesso é uma das características dos bens públicos de uso comum do povo que, a princípio, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, não sendo necessário o consentimento

¹¹ Lei 9.433/97, art. 1, II.

¹² Lei 9.433/97.

individualizado por parte da Administração, o que não ocorre com as águas.

4.4.3 Bem essencial à manutenção da vida

A água, como dito, não é bem de acesso livre, contudo é bem de acesso universal. Todos devem ter acesso à água, pois esta é essencial à manutenção da vida.

Em se tratando de um bem essencial à manutenção da vida deve a política de gestão deste bem assegurar seu acesso universal.

O direito ao acesso a todos os bens essenciais à sadia qualidade de vida é assegurado pela Constituição Federal que em seu art. 225, caput, a saber:

Art. 225. Todos têm 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.

5. Água: bem ambiental

Devido a peculiaridades de bens como a água surgiu a necessidade de se definir uma nova categoria de bens. Categoria esta diferente daquelas até então conhecidas para os bens públicos. As peculiaridades da águas são: valoração econômica, acesso controlado e caráter essencial à vida.

Para Celso Antonio Pacheco FIORILLO¹³, a Constituição Federal, em seu art. 225, instituiu uma nova categoria de bem: o bem ambiental. Para este autor o bem ambiental constitui um terceiro gênero estranho à antiga dicotomia entre bens públicos e privados. Seria o bem ambiental um bem difuso cuja titularidade seria do povo. “Para que o bem tenha a estrutura de ambiental, deve ser, além de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida”.

Da mesma opinião comunga Ana Paula Bento GRAF incluindo, por sua vez, a água no rol de bens ambientais, pois:

[...] sendo a água um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, não se lhe pode

¹³ *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

negar a natureza jurídica de um bem difuso ambiental. Sua utilização, por este motivo, está condicionada à manutenção do equilíbrio ecológico do ambiente. Isto logicamente não quer significar que todo e qualquer uso implique num desequilíbrio juridicamente relevante, mas configura um limite fundado na sustentabilidade ambiental, que deve ser observado por todos, Poder Público e coletividade.¹⁴

José Afonso da SILVA¹⁵ cita a categoria de bens de interesse público. Tais bens, que incluem a água, a exemplo da definição dos bens ambientais de FIORILLO, não seriam bens públicos nem particulares. Tais bens seriam “bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo”, expõe José Afonso da SILVA.

A Constituição ao atribuir o domínio das águas subterrâneas aos Estados, por exemplo, expressa o caráter público destes bens. Não se pode, contudo, dizer ser o Estado dono das águas em sentido estrito uma vez que este não poderá privar os usuários do uso destas. A garantia que o Estado não disporá de suas águas ao seu bel-prazer é dada pela Política Nacional dos Recursos Hídricos. O Estado, segundo preceitua a Lei 9.433/97 é o gestor destes recursos tendo seu campo de ação vinculado sempre às decisões dos órgãos que compõem o Sistema Estadual de Recursos Hídricos. Uma das garantias de que os Estados não disporão das águas de forma arbitrária é a obrigatoriedade da participação da sociedade nas decisões administrativas concernentes ao uso deste bem.

Dadas as limitações sofridas pelas águas doces, são elas bens públicos em sentido meramente formal. Em sentido material são as águas bens ambientais dada à confluência de dois fatores: são bens de uso comum do povo e são bens essenciais à sadia qualidade de vida. Mais ainda do que essenciais à sadia qualidade de vida podemos dizer que as águas são essenciais à manutenção da vida.

Sendo assim, dificilmente poderia se imaginar que houvesse algum prejuízo ao se considerar as águas como bens públicos ambientais

¹⁴ *Água: aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2002.

¹⁵ Cf. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ao invés de considerá-las como bens ambientais alheios ao regime público e ao regime privado. A tão aclamada proteção que merecem os bens essenciais à manutenção da vida é garantida pela instituição de uma política que garanta uma adequada gestão dos mesmos.

6. Conclusões

A Lei 9.433 de 1997 definiu as águas como bens de valor econômico. O atributo econômico está sempre relacionado com a escassez real ou potencial de um dado bem. As atribuições de valor econômico às águas é, assim, fruto da limitação destes bens.

As águas não se encaixam perfeitamente nas clássicas sortes de bens públicos. Razão pela qual houve a necessidade de se definir uma nova categoria de bens: os bens ambientais. São, portanto, as águas bens ambientais dadas às garantias de acesso universal a elas impostas. A caracterização como bem ambiental não retira, necessariamente, o caráter público do bem como sugerem alguns autores.

As águas doces, são assim, bens ambientais, inalienáveis e de valor econômico.

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Camila da Costa Pedrosa Ferreira

Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Súmula n.º 394 do STF. 3. A Lei n.º 10.628/02. 4. A inconstitucionalidade da nova redação dos §§ 1.º e 2.º do art. 84 do Código de Processo Penal. 5. A Lei n.º 10.628/02 e a jurisprudência nacional. 6. Conclusão.

1. Introdução

O foro por prerrogativa de função, também cognominado competência originária *ratione personae*, tem a finalidade de atribuir competência a certos órgãos superiores da jurisdição para processar e julgar originariamente determinadas pessoas, ocupantes de cargos e funções públicas de especial relevo na estrutura federativa.

Cumpre asseverar que não se cuida de prerrogativa instituída em função da pessoa, mas de tratamento especial dispensado ao cargo ou função exercida por esta, relevantes na administração do país, sem que isso implique em violação aos Princípios da Igualdade e do Juiz Natural, tanto que deixado o cargo ou cessada a função, desaparece a prerrogativa.

Como consequência, o foro por prerrogativa de função não tem conotação pessoal, sendo, deste modo, equivocado o uso do vocábulo privilégio, o qual decorre de benefício em razão das qualidades pessoais, tais como atributos de nascimento etc. Logo, ninguém é julgado em razão do que é, mas tendo em vista a função que executa na sociedade.

É razoável, portanto, que um Desembargador seja julgado por um tribunal superior, no caso, o Superior Tribunal de Justiça, e não por um magistrado de primeira instância, em razão da necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado do cargo público por ele exercido.

2. A Súmula n.º 394 do STF

Contrariando a teleologia da competência em razão da pessoa, a Súmula 394 do STF, editada em 3 de abril de 1964, foi objeto de enorme controvérsia no âmbito jurídico, uma vez que, mesmo após o término do mandato ou encerrada a causa justificadora da prerrogativa de foro, este ainda permaneceria se o crime imputado fosse praticado durante o exercício do cargo ou função. Eis sua redação: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

O referido entendimento perdurou até o dia 25 de agosto de 1999, quando o próprio Supremo Tribunal Federal, pressionado pelo renascimento do regime democrático imposto pela Carta Magna hodierna, em decisão de lavra do Ministro Sidney Sanches¹, por unanimidade, cancelou a aludida Súmula. Do voto, urge destacar os seguintes trechos, *in verbis*:

[...] Parece-me que é chegada a hora de uma revisão do tema, ao menos para que se firme a orientação da Corte, daqui para frente, ou seja, sem sacrifício do que já decidiu com base na Súmula 394, seja ao tempo da constituição de 1946, seja à época da E.C. n.º 1/69, seja sob a égide da Constituição atual de 1988. A tese consubstanciada na Súmula 394 não se refletiu na Constituição atual de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando, ao menos expressamente, os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, “b” e “c”). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em contemplar, com a prerrogativa de foro perante esta Corte, as autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi

¹ Inquérito n.º 687/SP.

praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita nesta Corte. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandados. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandados. Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte.

Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República. E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas. (...) É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora?

Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional. (...) Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte.

Por todas essas razões, proponho o cancelamento da Súmula 394. [...] Nesse sentido é meu voto, com a ressalva de que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394.

Com efeito, a partir do citado julgamento, inúmeros foram os processos devolvidos à instância inferior, já que findo o exercício do cargo ou do mandato, encerrada estava a prerrogativa de foro, a qual só se mantinha na hipótese da pessoa ainda se encontrar no exercício da função.

3. A Lei n.º 10.628/02

Mas, tal estado de coisas não perduraria por muito tempo, pois, uma vez eliminada a Súmula, os políticos e administradores em atividade sentiram-se abandonados... Porque com o encerramento de suas funções passariam, de uma hora para outra, a ser tratados como meros cidadãos comuns, sendo obrigados a se submeterem a uma jurisdição monocrática.

Então, iniciou-se uma busca frenética para recuperar, a todo custo, as regalias e privilégios tardiamente banidos. A alternativa encontrada foi propor uma alteração legislativa para ampliar o foro por prerrogativa de função, objetivando, por via indireta, recompor a Súmula 394 do STF.

Nesse desiderato, o Projeto de Lei n.º 6.295/02 tramitou rapidamente no Congresso Nacional durante a copa do mundo, quando as atenções da sociedade estavam focadas nas finais dos jogos, sendo mais tarde convertido na Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002², cujo conteúdo reformulou a redação do art. 84 do CPP, o qual passou a ser redigido da seguinte forma:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece

² Publicada no DOU de 26.12.2002.

ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º. A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Prontamente, o mencionado diploma legal, alterou o *caput* do artigo supra acrescentando-lhe dois parágrafos. O primeiro revigorou a prorrogação do foro especial após a cessação do exercício de função pública, que havia sido extinto pelo STF, ao revogar o enunciado da Súmula 394. O segundo, criativamente, estendeu o foro especial a acusados de atos de improbidade administrativa definidos na Lei n. 8.429/92, inclusive após o término da função pública, no tocante a fatos praticados durante o seu exercício, criando, por conseguinte, um foro por prerrogativa de ex-função em matéria cível.

Como era de se esperar, a edição dessa lei vem causando forte comoção no meio jurídico, na opinião pública e, sobretudo no seio Ministerial, o qual atento, interpôs, por conduto da CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Ação Direta de Inconstitucionalidade com o fito de tentar retirar a eficácia dos dois parágrafos adicionados pela fatídica lei.

4. A inconstitucionalidade da nova redação dos §§ 1.º e 2.º do art. 84 do Código de Processo Penal

Primacialmente, urge consignar que ao restaurar os efeitos da Súmula 394 do STF, o legislador ordinário se arvorou em intérprete do texto constitucional, no que diz respeito à competência dos tribunais, dando-lhe interpretação diversa da já firmada pelo Pretório Excelso, quando do obliteração daquela. Assim, tendo o STF decidido que o texto constitucional não contempla a hipótese de foro por prerrogativa de função, quando cessado o exercício desta, não pode o legislador ordinário editar norma de natureza constitucional, como se tivesse o poder de compelir o Supremo a voltar à interpretação já abandonada, havendo um verdadeiro afronte ao Princípio da Separação dos Poderes, encartado no art. 2.º da Lei Maior.

Contudo, tal competência somente poderá vir a ser interpretada ampliativamente se o STF do mesmo modo admitir, como ocorreu, *verbi gratia*, com a Súmula 394, já que na qualidade de intérprete maior da Constituição, a última palavra cabe a ele. Destarte, suas interpretações têm, por óbvio, força normativa de Constituição, sendo obrigatórias para os demais poderes, motivo pelo qual não podem ser alteradas aleatoriamente.

Doutra senda, constata-se que, sob o aspecto formal, é flagrante a inconstitucionalidade da lei em epígrafe, por no sistema jurídico brasileiro a repartição da competência jurisdicional, máxime da competência originária para processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade, ser fixada exclusivamente na Constituição da República, não podendo sofrer ampliação pela via ordinária.

Examinando a matéria, o Ministro Celso de Melo³ enfatizou

que a competência originária dos tribunais é um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, e em vista do regime de direito estrito a que se acha submetida, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasarem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo da Constituição Federal ou Estadual.

Ou seja, a relação de competências do STF, fincada no art. 102, I, da CF, possui natureza taxativa e qualquer ampliação dessa deverá ser feita através de emenda constitucional. Repudia-se, conseqüentemente, que lei ordinária possa servir para este fim. Idêntico entendimento é aplicado, também, para o § 2.º da Lei n.º 10.628/02.

Nesse passo, tomando como paradigma o Princípio da Simetria Constitucional, o mesmo raciocínio deverá se empreendido com relação aos tribunais estaduais, cuja competência há de ser fixada em sede constitucional estadual, segundo expresse mandamento do § 1.º, do art. 125 da Constituição Federal, abaixo transcrito:

³ AGRCL n.º 1110, STF.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta constituição.

§ 1º. A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.[...].

Com isso o constituinte originário, bem como o decorrente, instituíram, respectivamente, nas Constituições Federal e Estadual, as normas relativas àqueles que têm prerrogativa de foro em razão da função pública que exercem, criando-se uma enumeração exaustiva de competência dos tribunais.

O artigo 125, § 1º, da CF/88, portanto, remete ao legislador decorrente, constituinte estadual, a aptidão legislativa para definir a competência dos tribunais estaduais, de modo que não pode ser alargada pelo legislador ordinário.

Ora, se a Constituição Federal, conferiu à Constituição Estadual a autoridade para criar normas relativas à competência de seus tribunais – ressalte-se, por meio de um processo legislativo especial –, não poderia o legislador infraconstitucional alterá-las, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade formal.

Os doutrinadores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁴ invocando acórdão prolatado na Reclamação n.º 591/SP, Corte Especial do STJ, observam que a ampliação de competência do STF, STJ e dos TRF's, por se tratar de matéria especificamente disciplinada, *numerus clausus*, pela própria Carta Magna, somente através de emenda constitucional federal poderia ser tratada. Quanto à competência do Tribunal de Justiça, exige-se emenda constitucional estadual, em razão da regra contida no artigo acima transcrito.

Dessa forma, restou patente a inconstitucionalidade dos §§ 1.º e 2.º do art. 84 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei n.º 10.628/02, por efeito da violação dos artigos 102, I; 105, I; 108, I; e 125, § 1º, da Constituição Federal, os quais, respectivamente, regulamentam a competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça.

⁴ **Improbidade Administrativa**, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2002, p. 571.

Registre-se, ademais, que além da inconstitucionalidade formal, a inovação trazida pela Lei 10.628/02 também está eivada de vício de inconstitucionalidade material por desrespeitar o Regime Democrático e o Princípio da Igualdade, sendo inconcebível, à luz da Constituição Federal, a outorga de foro especial a ex-ocupantes de cargo ou função pública.

Em síntese, parece óbvia a incompatibilidade do novo foro privilegiado com o sistema constitucional, face aos seguintes argumentos principais e incontestáveis: a) desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, guardião da Magna Carta, que concede a palavra definitiva acerca dos dispositivos fundamentais; b) vício formal de inconstitucionalidade ante a proibição de lei ordinária ampliar o rol de competências das cortes de justiça, atribuição essa, privativa do constituinte derivado; c) inconstitucionalidade no espectro material, haja vista a violação do Regime Democrático e do Princípio da Igualdade.

5. A Lei n.º 10.628/02 e a jurisprudência nacional

Como era de se esperar, a norma em testilha passou a ser alvo de arguição de inconstitucionalidade pela via difusa em todos os Tribunais do país, os quais, em sua grande maioria, passaram a reconhecê-la. Senão, vejamos.

O primeiro Tribunal a se pronunciar acerca do mérito da questão foi o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em janeiro de 2003, cujo aresto, oriundo da 9.ª Câmara de Direito Público de Férias⁵, concluiu pela inconstitucionalidade do § 2.º do art. 84 do CPP, estabelecendo que os processos por improbidade administrativa deveriam permanecer na primeira instância. Posteriormente, em sessão realizada no dia 13 de agosto de 2003, o Órgão Especial do mesmo Tribunal declarou, por unanimidade de votos, ser inconstitucional o § 1.º do art. 84 do Código de Processo Penal. Em consequência, todos os processos criminais movidos contra ex-prefeitos neste Estado foram devolvidos à instância inferior.

⁵ Agravo de Instrumento nº 313.138-5/1, originário da 2ª Vara Judicial da Comarca de Dracena/SP, julgado em 24.01.2003, unânime, Relator Des. Antônio Rulli.

Tal posicionamento foi ratificado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por conduto da Ação Civil Pública n. 2003.002338-0⁶, cuja conclusão foi vazada nas seguintes premissas, *in litteris*:

No âmbito da Lei n. 8.429/92, onde não se cogita de aplicação de sanção penal, a prática de atos de improbidade, por qualquer agente público, de Presidente da República a Prefeito Municipal (RTJ 150/28-29), insere-se na competência dos magistrados de primeiro grau, juízes naturais de tais causas. Diante do exposto, sendo absoluta a competência do Juízo de Primeiro Grau, determino a devolução dos autos para que lá se prossiga como de direito.

Já os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Norte, de Sergipe e de Pernambuco, respectivamente, decidiram:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO SOBRE APURAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE DE EX-PREFEITO. COMPETÊNCIA. ART. 84 DO CPP, COM ALTERAÇÃO DA LEI 10.628/2002. INCONSTITUCIONALIDADE.

O foro especial em decorrência da prerrogativa de função, tem a finalidade de garantir o exercício do cargo ou mandato, não se destinando a favorecer aquele que não mais o exerce, que passa a ser tratado igualmente aos demais cidadãos, sob pena de violação ao princípio da isonomia de todos perante a lei. Lei infraconstitucional não tem o condão de criar competência para os Tribunais Estaduais, visto que o art. 125, § 1.º, da Carta Política estabelece que essa atribuição será definida pela Constituição Estadual. A Lei n.º 10.628, de 24.12.2002, que modificou o art. 84 do CPP, padece do vício de inconstitucionalidade, por haver conferido prerrogativa de foro ao agente que não mais se encontra desempenhando a função pública, além de estender esse privilégio às ações cíveis de improbidade administrativa a que se reporta a Lei n.º 8.429/1992. O inquérito policial que indiciou ex-prefeito municipal por suposta prática de crime de responsabilidade administrativa, deverá ser dirigido ao Juízo de Direito da Comarca de origem, competente para apreciar e julgar o feito (Inquérito Policial n.º

⁶ Ação Civil Pública n.º 2003.002338-0, de Barra Velha, julgada em 13.02.2003, Des. César Abreu.

2003.001299-6, Tribunal Pleno, 01.10.2003, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte).

EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 84 § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, INTRODUZIDO PELA LEI N.º 10.628/02. FORO PRIVILEGIADO.

I - O § 2.º, do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei n.º 10.628/02, padece de evidente inconstitucionalidade, pelo que considero o juízo de primeiro grau competente para processar e julgar a ré no presente processo; II – Despe-se de legitimidade a lei ordinária que contraria aquilo disciplinado na Carta Magna, equiparando atos de improbidade administrativa a crimes comuns, e disciplinando a competência para ações de improbidade no Código de Processo Penal; III – No que tange à competência dos Tribunais de Justiça, o art. 125, § 1.º, da Lei Maior, é expresso ao asseverar que sua competência será definida na Constituição do Estado, sendo inconstitucional sua ampliação pelo legislador ordinário; IV – Outros Tribunais pátrios, por via de exceção, declararam a inconstitucionalidade dos parágrafos da aludida lei, no exercício do controle difuso; V – Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade do § 2.º, do art. 84, do Código de Processo Penal (Incidente de Inconstitucionalidade n.º 2003.18008, Tribunal Pleno, Acórdão n.º 3911/03, 17.12.2003, Relatora Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, Tribunal de Justiça de Sergipe).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.º 10.628/2002. PARA O FIM EXPRESSO DE DECLARAR-SE A INCOMPETÊNCIA DA SEÇÃO CÍVEL PARA JULGAR O FEITO CÍVEL COM A CONSEQÜENTE REMESSA AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ACOLHIDA A ARGÜIÇÃO PARA SUBMETER-SE A QUESTÃO À CORTE ESPECIAL DO TRIBUNAL.

Lei n.º 10.628, de 24.12.2002, que altera a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentando-lhe dois parágrafos, flagrantemente inconstitucionais. Contrariedade aos arts. 29, X e 125 § 1.º da Constituição Federal.

O foro privilegiado concedido pelo art. 29, X da Carta Magna diz respeito, apenas, aos casos de crimes

comuns e de responsabilidade, não se estendendo aos processos de natureza civil, como é o caso da Ação Civil de Improbidade Administrativa. Princípio de reserva legal constitucional. A lei ordinária não pode estender a prerrogativa do foro privilegiado, sem que Emenda Constitucional tenha ampliado tal prerrogativa aos processos cíveis.

Arguição de Inconstitucionalidade acolhida, para submeter-se o Incidente de Inconstitucionalidade à Corte Especial do Tribunal de Justiça, no sentido final de declarar-se incompetente a Seção Cível do Tribunal para conhecer, processar e julgar a Ação Direta de Improbidade Administrativa, com sua consequente remessa ao Juízo de primeiro grau competente.

Aplicação dos arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil e dos arts. 22, I, alínea "p" e 135 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Parecer favorável oral da Procuradoria de Justiça acolhendo a arguição.

Lavratura de acórdão, nos fins do art. 482 do Código de Processo Civil, sobrestado do andamento do feito para o julgamento do incidente.

Unanimemente, acolheu-se a arguição de inconstitucionalidade da Lei n.º 10.628/02, determinando-se a remessa dos autos à Corte Especial" (Ação Civil Pública n.º 95667-2, rel. Des. Jones Figueirêdo, Seção Cível, 05.06.2003, Tribunal de Justiça de Pernambuco).

Enfrentando a questão, ora profligada, os Tribunais de Justiça de Mato Grosso do Sul, de Minas Gerais, do Rio de Janeiro e do Paraná, confirmaram a posição súpero-anterior, nesses lindes:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. FORO PRIVILEGIADO PARA PREFEITO MUNICIPAL EM AÇÃO DE NATUREZA CÍVEL. NÃO-OCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.628/2002 ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO.

O foro por prerrogativa de função conferido ao Prefeito Municipal somente pode ser reconhecido em matéria penal. Em ação civil pública por atos de improbidade administrativa é competente o juiz de primeiro grau para processar e julgar a ação, porquanto de caráter eminentemente civil" (Agravado de Instrumento n.º 2003.008497-5, rel. Des. João Batista da Costa

Marques, 04.11.2003, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul).

EMENTA: AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL. EX-PREFEITO MUNICIPAL, EX-AVALIADORA DO MUNICÍPIO E EMPRESA CONSTRUTORA. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO. Não se tratando de ação de natureza penal, não obstante as alterações inseridas no art. 84 do Código de Processo Penal, com o advento da Lei n.º 10.628, de 24/12/2002, a competência para processar e julgar a ação civil pública aforada pelo Ministério Público, é do juízo de primeiro grau, inexistindo foro especial” (Agravado de Instrumento n.º 1.0000.00.330181-9/000, rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, 31.10.2003, Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. INCIDENTAL À AÇÃO ORDINÁRIA AFORADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DECORRENTE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMETIDA PELO EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO ITABAPOANA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO DE JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO, POSTERIORMENTE À INTERPOSIÇÃO DO APELO, ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA, POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PÚBLICA. LEI FEDERAL N.º 10.628/2002 INTRODUZIU NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 84, §§ 1.º E 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGÜIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA FEDERAL, ARGÜIDA PELA PROCURADORA DE JUSTIÇA. HIPÓTESE DE SUPOSTA IMPROBIDADE PRATICADA POR EX-OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO. COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, MESMO QUE O INQUÉRITO OU A AÇÃO JUDICIAL TENHAM SIDO INICIADOS APÓS A CESSAÇÃO DO SEU EXERCÍCIO. Norma que premia e recompensa o suposto corrupto, estimula e destaca a impunidade, o que, indubitavelmente, fere a democracia, cria um privilégio e viola o princípio constitucional da igualdade. Pertinência da inconstitucionalidade oportunamente argüida pelo Ministério Público. A uma

porque o legislador constitucional já garante o foro por prerrogativa de função àquele que a exerce e durante o mandato; a duas porque a competência do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça é definida exclusivamente pela norma constitucional, precisamente pelos artigos 102 e 105, da carta magna, não cabendo à legislação ordinária a sua alteração. Acolhimento da inconstitucionalidade argüida pelo representante do ministério público neste grau. ARTIGOS 480 E SEQUENTES, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGÁ-LA NA FORMA DO ARTIGO 30, INCISO IV, DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. PREJUDICADOS OS EXAMES DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA E DO MÉRITO DO APELO" (Apelação Cível n.º 2002.001.25872, rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, 17.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 27.08.2003).

PRERROGATIVA DE FORO – LEI 10.628/02 – EX-AGENTES – INCONSTITUCIONALIDADE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1º GRAU.

Se a Constituição Federal prescreve que 'a competência dos tribunais estaduais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça' [art. 125, § 1º], é manifesta a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, que concedeu prerrogativa de foro a ex-agentes, ampliando o rol de competência dos tribunais, o que só será feito pelo constituinte derivado, e nunca pelo legislador ordinário (HC nº 137.237-6, rel. Des. Leonardo Lustosa, Acórdão n. 5640/2003, Tribunal de Justiça do Paraná).

Não obstante o esmagador reconhecimento da inconstitucionalidade da indigitada lei por nossos Tribunais Estaduais, apurou-se, dentre as Cortes pesquisadas, que os Tribunais do Maranhão⁷ e do Espírito Santo⁸ defendem tese em sentido contrário, aplicando, *in totum*, o conteúdo da lei açoitada.

⁷ Agravo de Instrumento n.º 125042003, 2.ª Câmara Cível, 31/10/2003, Relator Des. Raimundo Freire Cutrim.

⁸ Ação Penal n.º 100020027551, Tribunal Pleno, 29/05/2003, Relator Des. Annibal de Rezende Lima.

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas ainda não possui posição definida, malgrado no dia 19.12.2003 ter sido levado a julgamento a Ação de Improbidade Administrativa nº 2003.000746-6, oriunda da Comarca de Igaci, na qual o Eminentíssimo Desembargador José Fernandes de Hollanda Ferreira, em brilhante voto, suscitou o incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02. Todavia, ante o pedido de vista solicitado pelo insigne Des. Washington Luiz Damasceno Freitas o julgamento foi suspenso e, até a presente data, 10 de maio de 2004, os autos permanecem à disposição deste.

Recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça⁹, em julgamento proferido no dia 4.2.2004, rejeitou, por maioria de votos, a arguição de inconstitucionalidade da referida lei, suscitada durante a sessão, reconhecendo, por conseguinte, sua constitucionalidade.

Insta frisar, no entanto, que a celeuma criada em torno do assunto ainda não chegou ao fim, pois a Lei nº 10.628/02 é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁰ no Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento, quando então será definida de modo absoluto a compatibilidade ou não de tal dispositivo à Magna Carta.

6. Conclusão

Parafraseando o eminente jurista e professor Hugo Nigro Mazzilli¹¹:

[...] a Lei n. 10.628/02 é apenas mais uma atitude própria da cultura de privilégios que infelizmente tem sido freqüente em nosso país, pois os administradores e parlamentares não se conformam em ser processados, mesmo na área cível e ainda que depois de terem deixado os cargos, perante os mesmos juízes que

⁹ Precedente citado: APn 247-SP, DJ 10/11/2003. APn 282-AC, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgada em 04/02/2004.

¹⁰ ADIn n.º 2797 ajuizada em 27.12.2002 pela CONAMP – Associação Nacional do Ministério Público. O Min. Ilmar Galvão, exercendo interinamente a Presidência do STF, negou a liminar em 07.01.2003, entendendo não estar configurado o periculum in mora.

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Foro por Prerrogativa de Função e a Lei n. 10628/02. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2003. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm.

julgam os demais brasileiros. Em suma, quiseram o administrador e os parlamentares repristinar a Súmula n.º 394-STF, aliás, com tardança revogada, a qual permitia que o foro penal por prerrogativa de função continuasse a existir... mesmo que não mais existisse função alguma...E quiseram ainda mais, ou seja, estabelecer agora também foro cível por prerrogativa de função, ainda que também não exista função alguma.

Nesse trilhar, os dispositivos acrescentados pela Lei nº 10.628/02 não devem ser aplicados, pois, como se sabe, no regime da constituição vigente, o controle jurisdicional da constitucionalidade poderá ser empreendido por via difusa, incidentalmente, por todos os juízes, com efeitos *inter partes*. Logo, até o deslinde do controle abstrato de constitucionalidade pelo STF, é imperioso aos magistrados e Tribunais reconhecerem, *incidenter tantum*, a mácula da inconstitucionalidade da lei em testilha, como tem ocorrido em todo o país.

Na esteira de tal pensamento, Mauro Cappelletti¹², reconhecendo a qualidade de guardião da justiça do Poder Judiciário, consigna que: “todos os tribunais do país, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais”.

Por fim, resta palmar que, a Lei n. 10.628/02, além de ressuscitar a Súmula 394 do STF, foi uma vergonhosa tentativa dos Poderes Legislativo e Executivo de obstacularizar as ações judiciais que visem responsabilizar os maus administradores pelos seus atos nocivos ao patrimônio público e a coletividade, representando o mais duro golpe desferido contra o combate à corrupção no Brasil, que se iniciou de maneira mais contundente a partir de 1988, com a *Lex Fundamentalis*.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Tribunales constitucionales europeos*. Op. cit., p. 601.

LIMITAÇÕES INTERNAS E EXTERNAS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Danielle Costa de Almeida

Defensora Pública/AL e Pós-graduada em Direito Constitucional
pela Universidade Federal de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Limitações internas e externas ao poder
constituente originário: breves considerações. 3.
Conclusão.

1. Introdução

A teoria de poder constituente surge no século XVIII, quando uma nova forma de poder assenta sua legitimidade nos conceitos de soberania nacional e soberania popular. Os fundamentos divinos do poder, que até então serviam de base para a manutenção do *status* das monarquias modernas, sucumbem diante dos argumentos da razão humana, defendidos por Locke, Rousseau, Montesquieu e Sieyès.¹

Na verdade, poder constituente compreendido como “o ato de uma sociedade de estabelecer os fundamentos de sua própria organização”², sempre existiu. O que não existia era uma teoria que tivesse por escopo justificar as peculiaridades de tal poder.

A formulação de uma teoria acerca do poder constituente é de grande valia, na medida em que são estabelecidas as bases de sua legitimação, conforme ressalta Paulo Bonavides:

Sem o poder constituente, essas duas categorias do pensamento político não teriam vingado: o povo e a nação. Ambas nascem atadas a uma versão nova de soberania contida no esquema do poder constituente. A teoria do poder constituente só se faz inteligível à luz de

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.120.

² BONAVIDES, 2001, p.121.

considerações sobre o problema da legitimidade, cujo debate ela necessariamente provoca, porquanto emergiu de uma distinta concepção de autoridade governativa; uma concepção em que a titularidade do poder era deferida exclusivamente e por inteiro à Nação, única legítima para postular obediência ou estabelecer comando na sociedade.³

Ao lado das questões acerca dos legítimos titulares do poder constituinte, surgem outras a respeito da sua natureza, dos seus atributos e limites. Temas de interesse dos juristas das mais diversas correntes doutrinárias, sejam eles adeptos da escola do direito natural divino ou do positivismo kelseniano.

Em breve síntese, procuraremos desenvolver a seguir o conceito e a natureza do poder constituinte originário, para finalmente, de forma coerente e concisa, cuidarmos dos limites de tal poder, tema este, cerne do trabalho em análise.

2. Limitações internas e externas ao poder constituinte originário: breves considerações.

O conceito de poder constituinte pode ser compreendido sob duas dimensões: a do poder constituinte originário e a do poder constituinte derivado.

O poder constituinte originário, conhecido também como genuíno. É o poder de criar uma nova constituição.

Já o poder constituinte derivado, verificamos no momento em que a constituição de um certo Estado sofre mudanças através de revisões, reformas e emendas, sem que contudo, haja a substituição da ordem jurídica vigente por outra. Nesse sentido, a própria carta maior traz dispositivos que asseguram a mudança do texto constitucional, conforme as alterações dos valores sociais. Seus limites se encontram expressos na própria constituição, que determina o processo ou procedimento jurídico a ser adotado pelos parlamentares.

Conceitos definidos, discorreremos portanto, acerca da natureza do poder constituinte originário, uma vez que o estudo desta está, intimamente, ligado à determinação de seus limites.

Sobre os temas em análise pairam inúmeras teorias.

³ BONAVIDES, 2001, p. 122.

Para a doutrina tradicional, que segue os postulados de Hans Kelsen, o poder constituinte originário não é um poder de direito, mas um poder de fato, até mesmo anti-jurídico ou anti-constitucional, pois se sobrepõe a uma ordem constitucional pré-estabelecida⁴. Por isso, o estudo da natureza do poder constituinte originário é matéria mais afeita à Sociologia do Direito e à Ciência Política do que mesmo à Ciência Jurídica.

Não há nenhuma norma jurídica (ao menos estatal) anterior e superior ao poder constituinte originário, capaz de restringir-lhe o alcance. Assim sendo, se considerarmos, a dicotomia entre o mundo do ser e do dever ser, o poder constituinte originário está situado no mundo do ser, condicionado aos limites que a própria realidade lhe impõe.

Com espreque na doutrina tradicional, seguida pela maioria dos juristas brasileiros, o poder constituinte originário é “inalienável, permanente e incondicionado.”⁵ É o poder dos poderes. É inalienável, porque o povo, titular do poder constituinte, não o aliena aos seus representantes, apenas lhes delega a competência para concretizar a sua vontade política. É permanente, pois está sempre acima da ordem jurídica constitucional instituída, daí se justifica a existência do poder constituinte derivado, com a finalidade de realizar reformas e emendas na constituição. É incondicionado, porque não encontra nenhum tipo de limite jurídico no seu processo de atuação. Pode encontrar limitações políticas, sociais, psicológicas, lógicas, mas nunca estará sujeito a uma regra jurídica. Tais condicionamentos provenientes da realidade são metajurídicos.

Entretanto, o termo **incondicionado**, atribuído ao poder constituinte originário, deve ser apreendido com cuidado. Pois, o adjetivo supramencionado não implica dizer que o poder constituinte seja um super poder, que pode transformar o preto em branco e o homem em mulher, através de uma norma jurídica. Do ponto de vista jurídico, realmente, não há limitação alguma, mas sob o aspecto da realidade social: “O Poder Constituinte encontra limitações políticas,

⁴ DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. 2. ed. São Paulo: Javoli, 1985, p. 65.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19.

sociais, psicológicas, mas nunca estará sujeito a uma regra jurídica. E é nesse sentido que se diz incondicionado.”⁶

Norberto Bobbio, por sua vez, afirma que o poder constituinte originário é um poder normativo, no sentido de que tem como pressuposto a norma hipotética fundamental, a *ultima ratio* da pirâmide kelseniana de validade das normas jurídicas. Logo, estaria condicionado à norma jurídica fundamental.

Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico. [...]

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental*. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce.⁷

De outro lado, a escola jusnaturalista⁸ se fundamenta na existência de um direito natural, ou seja, um direito suprallegal, base de todo o direito positivo, e que se manifesta através de “máximas orientadoras das relações sociais”.⁹

⁶ MODESTO, Paloma Santana. Poder Constituinte Originário. São Paulo, Revista dos Tribunais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 7, n. 29, p. 103, out.-dez. 1999.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. pp.58 e 59.

⁸ Sabemos que esta escola é muito vasta, alcançando desde os filósofos, que defendem um direito natural divino, como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, penetrando na teoria do direito das gentes de Hugo Grotius até as manifestações do direito natural racional de Hobbes, Locke e Rousseau.

⁹ MONTEIRO, Flávio Melo. Normas Constitucionais Inconstitucionais: o pensamento de Otto Bachof. p. 2.
<http://www.usp.br/fd/publicacoes/avesso/rev03/0305.htm>, ago. 2001.

Trata-se, na verdade, de uma escola bastante heterogênea, pois elenca tanto os adeptos de um direito natural divino, assim como São Tomás de Aquino, para quem a lei de Deus existia antes mesmo que fosse elaborada uma Constituição escrita, sendo a principal função desta tão-somente reconhecer a lei natural e determinar a maneira como ela deve ser aplicada¹⁰, como os teóricos do direito natural racional.

Os representantes mais notórios do direito natural racional são: Hobbes, Locke e Rousseau.

Hobbes, defendia que

os direitos do poder soberano e os deveres dos súditos são deduzidos, unicamente, dos princípios da natureza, que a experiência tenha mostrado serem verdadeiros, ou dos que o consentimento (relativamente ao uso das palavras) assim tenha tornado. 11

Suas idéias serviram de base para a formação das monarquias absolutas, já que, para o filósofo inglês, a garantia da segurança social residia na outorga pelos cidadãos de parte de sua liberdade ao soberano.

Locke, por sua vez, foi o jusfilósofo da Revolução Inglesa de 1688. A partir de seus ensinamentos pode-se aferir que os homens viviam, sob o julgo da lei da natureza, que lhes havia presenteado com os direitos à liberdade e à propriedade, através do processo de trabalho. A fim de evitar as violações constantes a tais direitos, assim como, garantir o gozo pleno dos mesmos, os cidadãos livres deveriam se reunir e realizar o pacto social. Nascia, então, o Estado.¹²

Rousseau foi o teórico da Revolução Francesa com sua obra *O Contrato Social*. Exalta a criação de um governo democrático que teria por base o contrato social, expressão da vontade geral da nação. Dessa forma, os indivíduos se resguardariam dos vícios e retornariam

¹⁰ MONTEIRO, Flávio Melo, 2001, p. 2.

¹¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural (Os Pensadores), 1997, p. 275.

¹² MARTINS, Carlos Estevam & MONTEIRO, João Paulo. *Vida e Obra de John Locke*. São Paulo: Nova Cultural (Os Pensadores), 1997, p.15-16.

à virtude que a lei natural lhes havia conferido, mas que lhes fora usurpado com a formação da sociedade civil.

A concepção rousseauiana do direito político é, portanto, essencialmente democrática, na medida em que faz depender toda autoridade e toda soberania de sua vinculação com o povo em sua totalidade.¹³

Como vimos, perfunctoriamente, os principais pensadores do direito natural, defendiam sempre a existência de uma ordem natural supralegal, que se sobrepunha à constituição escrita, ou seja, ao que denominamos hoje de constituição em sentido formal.

Por isso, podemos entender, a partir da perspectiva jusnaturalista, que o poder constituinte originário é um poder inicial, porém limitado. Não se trata de um poder de fato, e sim de um poder que deve respeitar os princípios do direito natural, ou seja, um poder jurídico submisso às normas de uma ordem jurídica natural.

Assim sendo, a existência de limites ao poder constituinte originário, sob a óptica de um direito supralegal (conhecido como direito natural), seria fundada na

existência de um consenso social acerca pelo menos das idéias fundamentais (...) sobre a proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e do livre arbítrio.¹⁴

Para os jusnaturalistas, o Direito não se resume somente à lei, mas também se manifesta por meio de princípios supraleais, encontrados no seio da sociedade, resultantes de sua cultura, sua política e seus valores, e que condicionam o poder constituinte originário.

Alguns constitucionalistas como Carl Schmitt e Hermann Heller determinam uma natureza bastante peculiar ao poder constituinte originário.

¹³ CHAUÍ, Marilena de Souza. *Vida e Obra de Jean-Jacques Rousseau*. São Paulo: Nova Cultural (Os Pensadores), 1997, p. 19.

¹⁴ PUGLIESE, Marcelo Weick. *Considerações sobre a Possibilidade da Existência de Normas Constitucionais Inconstitucionais*. p.3. <http://www.bureaujuridico.com.br/artigos/const/artigo_1.htm>, ago.2001.

Para Schmitt, a natureza do poder constituinte é antes de tudo política e não jurídica. Sua teoria decisionista aduz que a constituição jurídica vale em virtude da vontade das forças reais de poder (vontade política existencial) que a outorgam.¹⁵

Já Hermann Heller não determina uma cisão entre o mundo do ser e o mundo do dever ser, fazendo uma conexão entre a realidade e a normatividade. O poder constituinte tem uma natureza sóciopolítica, não necessariamente positiva ou jusnaturalista. Seus limites são os princípios jurídicos suprapositivos e a realidade social.

A Constituição normada juridicamente não consiste nunca de modo exclusivo em preceitos jurídicos autorizados pelo Estado mas que, para sua validade, precisa sempre ser complementada pelos elementos constitucionais não normados e por aqueles outros normados porém não jurídicos.

Os princípios éticos do Direito, legitimados pela sociedade, às vezes não autorizados pelo Estado e mesmo expressamente condenados, em ocasiões, por ele, têm, para a existência da Constituição do Estado, máxima importância, em parte por si mesmos, em parte enquanto complemento.¹⁶

Na verdade, de uma forma ou de outra, é certo que o poder constituinte originário sofre limitações. As teorias acima expostas, só corroboram tal assertiva, o poder constituinte não é incondicionado (e se o é, como defende a doutrina tradicional, com base em Hans Kelsen, é dentro do modelo teórico proposto pelo positivismo e, ainda assim, não está livre dos condicionamentos oriundos da realidade, conhecidos como metajurídicos: a lógica, a cultura, a política, a religião, a moral etc.)

Sobre o tema em análise Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma:

nenhum poder é, de fato, completamente inicial, autônomo e incondicionado. E sua legitimidade, embora

¹⁵ MONTEIRO, Flávio Melo. 2001, p.1

¹⁶ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 302.

sempre invocada, até mesmo quando ditatorial o poder, não dispensa uma discussão dos seus fundamentos.¹⁷

O legislador constituinte não parte do nada, mas sim de uma ordem pré-positiva de valores e princípios que o orientam no momento da elaboração do texto constitucional, onde reside, portanto, os limites de sua atuação. A respeito, se posiciona Jorge Miranda:

O poder constituinte não pode criar uma constituição a partir do nada, não inventa novos valores aos quais a constituição se terá de ajustar. Encontra, sim, uma ordem pré-positiva, um conjunto de princípios fundamentais aos quais o poder constituinte estaria verticalmente amarrado. Por outro lado, o poder constituinte depara com uma certa 'ambiance', com certos condicionamentos horizontais (económicos, sociais e políticos).¹⁸

Manoel Gonçalves, citando Paul Bastid, afirma que o poder constituinte originário sofre limitações de direito e de fato¹⁹. Estas se referem à necessidade de se estabelecer uma Constituição capaz de obter a adesão da comunidade, porque atende aos valores sociais e às perspectivas morais, culturais e políticas de um povo. Aquelas consistem na subordinação do direito interno às regras de direito internacional, principalmente, às relativas aos direitos humanos. É um entendimento muito polêmico, uma vez que a superioridade do direito internacional em relação ao poder constituinte de um Estado não se verifica, na verdade, ao longo da história, justamente pela ineficácia da sanção de Direito Internacional.

De tão pertinente a colocação do eminente jurista, deduzimos que o poder constituinte originário sofre limitações, de ordem interna e externa. Uma constituição não pode ser elaborada, sem que antes o legislador originário investigue os anseios da sociedade a qual a carta maior se destina, assim como, os valores que, naquele momento, são consagrados pela comunidade internacional, em suas normas de

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte, Assembléia, Processo, Poder*. 5. ed. São Paulo: RT, 1986, p. 23.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional*. Coimbra, 1986, p. 98.

¹⁹ GONÇALVES, Manoel. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p.71.

Direito Internacional. Pontes de Miranda designa tais limitações de internas (princípios estatais) e externas (princípios supra-estatais ou de direito das gentes), respectivamente.²⁰

Pontes de Miranda adverte que poderá haver sanção ao poder constituinte originário, tanto por parte do direito das gentes (cujo titular é a comunidade internacional) como, do direito interno, dos princípios jurídicos estatais e valores morais (cujo titular é o povo, a sociedade a quem se destina a constituição) defendidos e consagrados em determinado meio social. Nesse sentido, afirma que:

A sanção, por parte daqueles [órgãos de direito das gentes], depende do estado em que se acha o direito das gentes [Direito Internacional Público]. A sanção, por parte do povo, ou quem seja o titular do poder estatal, é a retirada do poder constituinte à Assembléia.²¹

No atual estágio em que se encontra a civilização, não se cogita que havendo uma revolução ou um golpe de estado, em determinado país, a Assembléia Constituinte (ou quem seja o representante do poder constituinte) possa estabelecer no texto da constituição um artigo que permita aos empregadores implantarem relações de trabalho escravagistas com seus empregados, pois a reprimenda da maioria dos países, assim como, das entidades internacionais (ONU, OIT, ONGs, Anistia Internacional etc.) seria tamanha, que tal regime de trabalho não subsistiria, ainda que amparado pela sociedade a qual se destina a nova constituição.

A idéia de abolição da escravatura já está tão, intrinsecamente, ligada à proteção da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que a adoção de relações de trabalho escravagistas, no texto oficial de uma constituição, violaria de tal forma a concepção atual de Direitos Humanos que, certamente, nenhum país se arriscaria a arruinar a sua imagem, mantendo relações diplomáticas com um Estado, declaradamente, escravocrata.

Da mesma forma que o poder constituinte originário não teria forças para implantar a monarquia em certo Estado, cuja forma republicana de governo venha se perpetuando há séculos e o povo se

²⁰ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1972, p. 190.

²¹ MIRANDA, Pontes. 1972, p 191.

manifesta contrário à realeza. Nesse caso, os obstáculos ao poder constituinte seriam decorrentes da ordem interna de valores e dos princípios jurídicos sedimentados na sociedade em apreço, não havendo empecilho algum por parte da comunidade internacional.

Assim, o poder constituinte originário não é ilimitado, pois, ainda que não haja, na ordem interna, normas jurídicas superiores expressas, de fundo e de forma, que determinem o conteúdo da nova constituição, assim como, o procedimento a ser adotado na elaboração da mesma, há no meio social princípios e valores (ou até mesmo normas jurídicas pré-existentes constitucionais ou ordinárias) que delimitam os contornos a serem traçados pelo legislador constituinte. São esses os limites internos ao poder constituinte.

A partir desse entendimento, decorre o princípio da praticabilidade do direito, ou seja, o legislador constituinte deve observar, em determinado momento e lugar, aquilo que seja compatível com o ritmo da civilização, sob pena de instituir uma norma que não tenha nenhuma efetividade.

Além disso, “o legislador constituinte, no alterar as regras pré-constitucionais, tem de parar onde a alteração implicaria negação da composição mesma do poder constituinte.”²²

Os princípios e as normas de Direito Internacional Público (no dizer de Pontes de Miranda, direito das gentes) também condicionam a feitura do nova carta maior, constituindo, portanto, limitações externas ao poder constituinte originário.

3. Conclusão

O poder constituinte originário, em geral, recebe da doutrina os seguintes atributos: inicial, inalienável e incondicionado.

Tais designações são resultantes da influência de Kelsen no Direito Constitucional Brasileiro e devem ser interpretadas e analisadas com reserva, pois a verdade é que o poder constituinte originário não é invencível e absoluto ao ponto de não sentir os efeitos dos princípios e valores da sociedade à qual a nova

²² MIRANDA, Pontes. 1972, p. 193.

constituição se destina, assim como, das normas (ainda que sem sanção, claramente, definida) do Direito Internacional.

Foram expostas vários pensamentos: positivistas, jusnaturalistas, a teoria reducionista de Carl Shmitt, a teoria dialético-integral de Hermann Heller e a posição do jurista brasileiro Pontes de Miranda.

Em nenhum momento, negou-se a influência do ambiente social (a lógica, a cultural, a religião, a moral, os princípios sociais, a política etc.) no exercício do poder constituinte originário, mas apenas Ponte de Miranda e Paul Bastid (em citação de Manoel Gonçalves) fazem referência às normas de Direito Internacional, como limites externos ao poder em questão.

É, plenamente, prudente considerar a existência de tais condicionamentos externos, uma vez que no atual estágio do Direito Internacional Público, os Estados vêm contando com um novo conceito de soberania que se destaca pela formação de grandes blocos políticos e econômicos, que procuram implantar um direito comum, e pela consagração de entidades internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como a ONU, que inclusive, procuram aperfeiçoar as sanções contra os grandes violadores da dignidade da pessoa humana (exemplo disso, é o Tribunal Penal Internacional criado em 1997, para julgar os responsáveis pelos crimes de guerra).

Diante do exposto, podemos deduzir que o poder constituinte originário está sujeito a limitações de ordem interna e externa, definidoras da organização do Estado, suas feições, seus institutos e categorias jurídicas, que virão a ser implantados na nova constituição.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INFORMATIVO Nº195 DO STJ. POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA POR INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR

Flávio Adriano Rebelo Brandão Santos

Assessor Técnico da Procuradoria-Geral de Justiça.

Assessor de Procurador de Justiça. Advogado.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Desrespeito à dignidade da pessoa humana. 3. Incidência do dano moral. 4. Princípio da eficiência e continuidade do serviço público. 5. Considerações acerca da lei nº 8.987/95. 6. Conclusão.

1. Introdução

Tivemos a oportunidade impar de ler, na última edição da *Revista do Ministério Público*, n. 11, o texto de autoria do nobre colega Aduardo de Lima Catão que discorreu, brilhantemente, acerca do tema: **Prestação de Serviços Públicos Como Efetivação dos Direitos Fundamentais**.

O autor, nesta ocasião, fez um interessante paralelo entre a efetivação dos serviços públicos de âmbito essencial e os direitos fundamentais elencando, na sua ótica, uma série de entendimentos semelhantes ao seu que asseveram, categoricamente, que a suspensão dos serviços de energia elétrica, por parte das empresas concessionária, infringe sobremaneira os direitos individuais e sociais do homem, além de contrariar, inexoravelmente, a dignidade da pessoa humana. Entrementes, convém ressaltar, que dias após a leitura deste texto ficamos cientes da decisão proferida pela primeira seção do Superior Tribunal de Justiça¹ cujo Relator foi o insigne alagoano Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 12/11/2003 que, nessa quadra, ventilou a possibilidade do corte no fornecimento de energia

¹ Fonte de pesquisa: Informativo nº195 do STJ de 08 a 12 de dezembro de 2003.

elétrica em residência, face um pequeno débito. Essa Turma entendeu, por maioria, que é permitido à concessionária interromper o fornecimento da energia elétrica se, após prévio aviso, o consumidor continuar inadimplente, não honrando o pagamento da conta. Na visão dessa irrefutável Turma a consecução resulta do sistema de concessão adotado no país, acrescentando que tal ato além de não contrariar os arts. 22 e 42 do CDC é plenamente permitido pelo art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995.

A partir deste instante teceremos sintéticas considerações face à novel decisão proferida por este Tribunal, pois, obviamente, não concordamos com este precedente jurisprudencial. Seguimos, na verdade, os precedentes doutrinários e jurisprudenciais que consideram o “corte” de energia elétrica um meio autoritário, que diverge do âmago da lei que protege a posição hipossuficiente do consumidor.

2. Desrespeito à dignidade da pessoa humana

Hodiernamente, saltam aos olhos saber que essa Corte, do mais alto quilate, proferiu uma medida tão extremada em virtude de um débito de insignificante monta. Esse pronunciamento, data vênua, está em total discrepância com aquilo que instruem a jurisprudência e os doutrinadores pátrios no que tange às relações de consumo. Como é cediço, o escopo maior dessa norma é a defesa ferrenha da teoria do risco objetivo e da condição pouco vigorosa do consumidor nas relações consumeiristas. Destarte, diante de tal regra, compete ao autor demonstrar **tão somente o dano e o nexo em relação ao fornecedor**, desta forma, tornando a relação entre consumidor e prestador de serviço, no caso em comento, equânime. Por isso, causamos espanto a manifestação oficial do Superior Tribunal de Justiça, pois fere sensivelmente os dispostos no art.5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal que tratam dos Direitos Individuais e Coletivos, senão vejamos a disposição do texto invocado:

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

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

Diante da leitura acurada dos dispositivos suso destacados, constata-se que o mero destaque do débito não poderia, a priori, ensejar o corte do fornecimento do serviço. É pertinente ressaltar que, se porventura as concessionárias se sentirem prejudicadas, estes devem promover a respectiva cobrança através de uma ação pertinente, se não a prestação do respectivo débito se denotaria como abusiva e absurda, ferindo, sobretudo, o limite do razoável. Urge acrescentar que o artigo 4º da Lei 8078/90 estabelece que as relações de consumo devem ser pautadas pelo respeito mútuo entre as partes presentes na relação, que se concretizam através do binômio: **DIGNIDADE e SEGURANÇA**. Portanto, é interessante acrescentar o dispositivo em enfoque:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, **o respeito à sua dignidade**, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (GRIFAMOS E DESTACAMOS)

Malgrado o dispositivo acima elencado, o art. 42 do CDC estabelece que o fornecedor pode realizar a cobrança de dívida contraída pelo consumidor, desde que o faça moderadamente não o expondo a situações vexatórias. A Constituição Federal e algumas legislações infraconstitucionais esparsas são categóricas ao prestigiarem os pilares jurídicos de nosso ordenamento colocando como primordial e obrigatória a contínua prestação de serviços públicos essenciais (como o fornecimento de energia elétrica), vedando a utilização de meios coercitivos (como a arbitrária suspensão de fornecimento de serviço por falta de pagamento, para fins de recebimento de dívidas). Vejamos o dispositivo mencionado:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.(GRIFAMOS E DESTACAMOS)

No entanto, insta ressaltar, inclusive, que esta 1ª Turma do STJ² em recentíssimo voto opinou pela improcedência do corte de energia como meio de compelir o usuário a adimplir seus débitos junto às empresas fornecedoras de tal serviço. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO – CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – AGRAVO REGIMENTAL – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA – DESPROVIMENTO – 1. O corte no fornecimento de energia elétrica, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e malfere a cláusula pétrea que tutela a dignidade humana. Precedentes do STJ. 2. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. 3. Agravo Regimental desprovido.(GRIFAMOS E DESTACAMOS)

A dignidade da pessoa humana como assevera o indiscutível Paulo BONAVIDES³, possui, dentro do ordenamento jurídico pátrio, uma homérica importância servindo de norte para quaisquer manifestações do órgão estatal, no uso de suas atribuições. Senão vejamos a opinião deste notável jurista cearense:

Desde muito deixou daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora razão humana, consoante professavam em sua lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássicos e medievo, para se converter, de ultimo, numa proposição autônoma, do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.

² Fonte de pesquisa: STJ – AGA 478911 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 19.05.2003 – p. 144.

³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.231.

Evidente, que os valores constitucionais destinam-se a embasar a interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive servindo de bússola para as demais normas legislativas que dispõem o ordenamento, não de repousar no princípio da dignidade humana, porquanto é o homem em derradeira análise, o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações do poder. Não é em vão que o Constituinte Originário qualificou este poder como princípio que norteia todo o Estado Federativo desencadeando todos os seus efeitos a outros dispositivos do ordenamento pátrio. Avaliando os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, consignados nos artigos 1º e 3º do nosso Estatuto Político de Direito, conclui-se que o constituinte originário elegeu a dignidade humana como fator essencial, imprimindo-lhe feição particular e inconfundível que há de perpassar todo o sistema constitucional vigente. Nota-se que a possibilidade das concessionárias realizarem a interrupção do serviço através do “corte” não padece de apenas um mero vício que o torna ilegal, mas, sim, de um vício de proporções faustosas, suficientes para invalidar e responsabilizar o agente por tal ato administrativo, visto que fere sobremodo a dignidade do homem sobre o aspecto deste em relação as normas consumeiristas. Na busca do interesse comum, a Administração Pública não pode espezinhar os princípios administrativos.

3. Incidência do dano moral

Buscando uma opinião escorreita acerca do tema em desiderato, amparando-nos nos ensinamentos de escólio do insigne Yussef Said CAHALI⁴, chegando à seguinte conclusão:

Dispondo o parágrafo único do art. 42 do CDC que ‘o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição de indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável’, não se exclui a indenizabilidade do dano moral em função da forma como a cobrança indevida do débito foi exigida ao consumidor pretensamente inadimplente.

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 523.

É de enorme valia mencionar que esta célebre opinião é sustentáculo para as decisões prolatadas pelos Excelso Tribunais Nacionais e no nosso respeitabilíssimo Tribunal de Justiça de Alagoas⁵ assim contempla quando se depara com situações desta natureza. Senão vejamos tema elucidativo:

EMENTA: Apelação Cível. Ação de Responsabilidade Civil, por Danos Morais. Corte Fornecimento de Energia Elétrica Efetuada pela Prestadora de Serviço. Pagamento da Fatura. Provimento Parcial. Reconhecimento do Dano Moral.

É cabível a indenização por dano moral em face do ato administrativo que determinou o corte no fornecimento de luz, na sala em que funcionava o consultório odontológico da recorrente, eis que o ato se mostra abusivo e ilegítimo porque contrário aos princípios norteadores das relações de consumo.

Recurso conhecido e improvido.

Sentença mantida. Decisão unânime.

Portanto, o devedor não pode ser privado dos serviços de energia elétrica, como também, com muito mais razão, o consumidor não pode ver-se privado de tal benefício, como é o caso em epígrafe. Desse modo, à guisa de conclusão, não resta a menor dúvida quanto à ofensa ao direito do consumidor quando este é compelido a pagar as contas em atraso sob pena de ver interrompido o fornecimento de energia elétrica. Então, se o comportamento exercido por determinado prestador de serviço porventura atinja a moral do indivíduo, é suficiente para denotar o dano e sua configuração. É pacífico o entendimento do STJ, em sede de direito moral, bastando que fique demonstrada cabalmente a prática do ato ilícito do agente/prestador do serviço, redundando em máculas irreversíveis na sua reputação e que esta repercuta na sociedade. O Ministro do STJ⁶ Ruy Resende Aguiar assim arrematou, discorrendo sobre o tema em enfoque. Vejamos:

⁵ Fonte: Apelação Cível nº1219/2003, de Maceió, Relator Des. José Fernandes Hollanda Ferreira, 1ª Câmara Cível. Apelante: CEAL. Apelada: Virginia Lopes e Silva.

⁶ Fonte: Resp. Nº 418.942 - SC (20020028048-9).

Comprovação do dano. Desnecessidade. Em sede de dano moral, na sistemática atual, não se cogita da necessidade de prova do prejuízo sofrido. A consciência de que determinado procedimento atinge a moralidade e a tranquilidade psíquica do indivíduo, é suficiente para estar configurado o dano, bastando à demonstração da prática do ato ilícito e o nexa causal. Quantum indenizatório. Fixação pelo juiz. Código Civil, art. 1553. O juiz tem amplos poderes para estabelecer a forma e o valor da reparação aplicável ao caso concreto. É pacífico na doutrina que ao juiz é dado o poder de decidir acerca do quantum debeatur, devendo agir de forma prudente e eqüitativa, sopesando aspectos importantes, tais como: o nível econômico do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, o grau de culpa do ofensor e a extensão do dano (GRIFO NOSSO).

Em sede de dano moral, na sistemática atual, não se cogita da necessidade de prova do prejuízo sofrido. A consciência de que determinado procedimento atinge a moralidade e a tranquilidade psíquica do indivíduo, é suficiente para estar configurado o dano, bastando à demonstração da prática do ato ilícito e o nexa causal (GRIFO NOSSO).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷ tem juízo semelhante acerca do tema em tela:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATO ABUSIVO FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O corte do fornecimento de energia elétrica, frente ao Código de Defesa do Consumidor, mostra-se abusivo, tendo em vista a natureza essencial deste serviço, cuja prestação deve ser contínua e ininterrupta. Neste contexto, ainda que o consumidor esteja inadimplente, não pode o serviço ser suspenso, porquanto dispõe a fornecedora de outros meios para cobrar seu crédito. Precedentes deste Tribunal e do STJ. Agravo de Instrumento desprovido, por maioria.

⁷ Fonte: Agravo de Instrumento n. 70000899302, 2ª Câmara Cível, TJRS, Relatora Desª. Teresinha de Oliveira Silva, j. em 21/06/00 e TJRS, AGRAVO IMPROVIDO. Agravo de Instrumento n. 70005378633, 5ª Câmara Cível, TJRS, Relatora Desª. Ana Maria Nedel Scalzilli, j. em 12/12/02.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AES SUL. Mostra-se indevido e injusto o procedimento da Companhia em cortar o fornecimento do serviço por falta de pagamento, ferindo direito líquido e certo do consumidor. A regra esculpida na portaria do DNAEE, é ilegítima e não possui força de lei, eis que contraria o direito do consumidor, só se justificando como força coercitiva, com a qual o judiciário não pode compactuar. RECURSO IMPROVIDO.

4. Princípio da eficiência e continuidade do serviço público

Na sistemática adotada por nossa Constituição os serviços de natureza pública, mesmo efetivados por particular, ganham notoriedade e demasiado relevo. Tanto é verdade que a Emenda Constitucional nº19/98 assegurou aos serviços de cunho público a garantia da eficiência. Sendo assim, todos os serviços prestados pelo Estado devem ser pautados nessa perspectiva: a busca incondicional da efetivação e consecução dos serviços de interesse social com a máxima eficiência. Assim dispõe o texto constitucional:

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

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (NEGRITEI E GRIFEI)

No caso em espeque, por este serviço estar moldado como serviço público essencial prestado pelo Estado, este deve ser feito de forma contínua, mormente por ser determinação expressa do Código de Defesa do Consumidor (*vide* art. 22 da Lei 8.072/90). Destarte, é defeso ao fornecedor cercear seus serviços aos consumidores quando estes descumprirem sua obrigação de pagar o débito, mas nunca, deixar de fornecer tais serviços. Nada obstante, o fornecedor poderá, a seu critério, utilizar-se de uma ação compatível no intuito de cobrar o crédito existente, porém adotar o “corte” como meio de satisfação do crédito é, por nossa legislação, inviável. Aliás, o conspícuo advogado

Adrualdo Catão se enveredou nesta linha de raciocínio. Observemos as ponderações feitas pelo art. 22, parágrafo único da Lei 8078/90:

Art. 22 – Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos.

Parágrafo único – Nos casos de descumprimento total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código. (GRIFAMOS E DESTAMOS)

Como é curial, o serviço de energia elétrica, por ser um serviço de natureza essencial, não pode ser interrompido, pois, se de fato ocorre, configurar-se-á ultraje ao compêndio de defesa do consumidor. O ato praticado pela concessionária de serviço público de interromper o fornecimento de energia elétrica mostra-se inconstitucional e arbitrário nesse ponto. Inconstitucional na medida que não advém de ordem legal do Estado-Juiz, decorrente de processo, para sua concretização, e assim atinge bem (direito) do consumidor sem que este possa defender-se; e, por fim, arbitrário, pois diverso dos termos da legislação infraconstitucional, como a seguir se demonstrará e ainda quando a concessionária dispõe dos meios legais para recebimento de sua dívida. Impede acrescentar que a eficiência não é um ponto alto das empresas concessionárias dos serviços de energia elétrica; basta nos reportarmos ao malfadado episódio do “apagão”, e nos ligarmos à condição de efetivação dos serviços de energia elétrica em nosso Estado: a insatisfação dos serviços da CEAL, para melhor vislumbrarmos a hipótese, é latente, a falta de investimentos no desenvolvimento de energia elétrica e outras fontes alternativas, principalmente, nos confins do Estado mostram, cabalmente, tal entendimento. Ora, culpar o consumidor pela ineficiência estatal é algo indecoroso que não se amolda com nossos ideais democráticos. O Tribunal de Justiça de São Paulo⁸ entende, com absoluta razão, que a interrupção do fornecimento de serviço de energia elétrica põe a população à mercê das empresas

⁸ Fonte: TJ/SP – Ap. Cível nº 236/975-1 – Taubaté – 3ª Câmara Civil – Relator Eduardo Braga – 6.6.95.

concessionária, fazendo com que a balança da justiça, nesse ponto, sopesse para o lado mais forte, qual seja dos concessionários estabelecendo a prevalência do interesse privado em detrimento ao interesse público. Vejamos esta ementa:

Contrato administrativo – Fornecimento de energia elétrica a Município – Corte por inadimplemento – Inadmissibilidade – Serviço essencial – Interesse coletivo acima do interesse meramente econômico – Contrato administrativo é um contrato de direito público, e devem ser respeitadas as suas cláusulas. **Não é possível a uma das partes decidir que vai cessar o fornecimento por falta de pagamento, pois não se pode colocar acima do interesse da população, o interesse meramente econômico de uma empresa.**(GRIFAMOS E DESTACAMOS)

Não é em vão que os Tribunais espalhados por nossa federação se enveredam em acatar a posição de hipossuficiência à vista das inúmeras decisões dos Tribunais, a maneira de exemplificar tal preceito vejamos decisão exarada pelo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo destacando acerca do tema em testilha:

TACivSP - SERVIÇO PÚBLICO – Energia elétrica – Corte no fornecimento do serviço em razão da apuração de débito do consumidor por possível adulteração de relógio medidor de consumo – Prática adotada pela concessionária para cobrar a dívida – ***Inadmissibilidade – Meio inadequado e constrangedor, expressamente vedado pelos arts. 22 e 42 da Lei 8.078/90 – Observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*** (GRIFAMOS E DESTACAMOS)

Sérgio CAVALIERI FILHO⁹, esmiúça da seguinte maneira a questão ventilada:

Na área dos serviços públicos, expressamente submetidos à disciplina do CDC pelo seu art. 22 e parágrafo único, vamos também encontrar vasto campo de ocorrência de relações de consumo: luz, gás esgoto, telefone, transportes coletivos e muitos outros. (...) **Embora o CDC não tenha introduzido mudança substancial nessa área, porquanto a Constituição de**

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 371.

88, em seu art. 37, par. 6º, já havia estendido às pessoas jurídicas de Direito privado prestadoras de serviços públicos responsabilidade objetiva idêntica à da Administração Pública, temos que admitir que o CDC deu melhor sistematização à matéria e mais segura base legal.(GRIFAMOS E DESTACAMOS)

5. Considerações acerca da lei nº 8.987/95

A Constituição Federal deu importância enorme a respeito dos serviços públicos asseverando de modo expresso que estes são de natureza essencial devendo ser determinados e estabelecidos pelo Poder Público através de licitação, determinando, no artigo 175, IV que a empresa responsável por tais serviços deve fazê-lo de modo conveniente. Senão vejamos dicção do art. 175, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal:

Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único - A lei disporá sobre:
IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A Lei 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, estabelece no art. 6º, que:

ART.6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, afirmando no § 1º o conceito de serviço adequado como sendo "o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.(GRIFAMOS E DESTACAMOS)

É visível que compete à Administração a busca assaz das quatro obrigações básicas enumeradas pelo caput do art.22 (adequação, eficiência, segurança e continuidade), ressaltando que é plenamente possível o consumidor, em juízo, exigir que estas pessoas jurídicas sejam compelidas a cumprí-las. Proceder dessa maneira seria um modo democrático de compelir as concessionárias a cumprir sua prerrogativa constitucionalmente proposta. Nesta oportunidade,

convém destacar os ensinamentos do insigne Mário Aguiar MOURA¹⁰:

A continuidade dos serviços essenciais significa que devem ser eles prestados de modo permanente sem interrupção, salvo ocorrência de caso fortuito ou força maior que determine sua paralisação passageira. A hipótese é a de o particular já estar recebendo o serviço. Não pode a pessoa jurídica criar descontinuidade. **Serviços essenciais são todos os que se tornam indispensáveis para a conservação, preservação da vida, saúde, higiene, educação e trabalho das pessoas. Na época moderna, exemplificativamente, se tornaram essenciais, nas condições de já estarem sendo prestados**, o transporte, água, esgoto, **fornecimento de eletricidade com estabilidade**, linha telefônica, limpeza urbana, etc.(GRIFAMOS E DESTACAMOS)

O destaque da continuidade do serviço público unida à eficiência destes préstimos é uma obrigação escoreta predisposta na legislação que assegura aos consumidores que no afã das concessionárias está a desempenhar com máxima presteza e eficácia. Aliás, este não é o único estorvo que impede a admissão desta lei pois, ao esmiuçar com minúcia os primórdios desta legislação, verificaremos uma espantosa inconstitucionalidade que a impede de ser fonte de inspiração para o STJ fomentar sua opinião a respeito da interrupção do serviço público. Portanto, nesta ocasião é importantíssimo destacarmos a opinião de escol de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO quanto ao estudo da lei que rege as concessões de serviço público em nosso país. Este magistral autor acrescenta que no mesmo dia em que foi publicada a lei em estudo esta sofreu inúmeras alterações e alguns acréscimos dados pela Medida Provisória nº 890 de 14 de fevereiro de 1995, publicada no DOU nesta mesma data. Celso Antonio¹¹ em virtude da absurda inconstitucionalidade nomeou este ato normativo de

¹⁰ MOURA, Mário Aguiar. O Poder Público como fornecedor perante o Código de Defesa do Consumidor, Repertório de jurisprudência IOB, 2. quinzena de abril-92, p.17.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.649.

inconstitucionalíssima, termo dantes jamais utilizado na praxe forense, mas que compendiou sua irresignação; vejamos:

A expressão que nos servimos para qualificar a ostensividade da afronta à Constituição é obviamente imprópria, dada a impossibilidade de existirem graus à inconstitucionalidade. Utilizamos-la apenas para salientar o caráter espantoso atrevido e petulante da agressão a Lei Magna. Com efeito, sobre ser de meridiana clareza a ausência de pressupostos constitucionais na matéria que ensejariam edição de medida provisória, o Executivo, como que pretendendo alardear seu completo desprezo pelas limitações constitucionais na matéria, deu-se ao requinte de editá-la e publicá-la no mesmo dia da publicação da lei, agregando, de par com outros, preceptivos procrastinadores e de imediata aplicabilidade de disposições legais que alcançariam, desde logo, concessões e permissões padecentes de situação irregular.

6. Conclusão

A título de conclusão, chegamos ao entendimento que a decisão tomada pelo STJ causa celeuma àqueles que litigam no âmbito do direito do consumidor, visto que a maioria das demandas tem como pólo passivo as Companhias Energéticas.

O desdobramento natural trará o demérito nas causas que tenham como objeto norteador o corte de energia, dando azo para que estas empresas protelem uma decisão de mérito, socorrendo-se, finalmente, às barras do Supremo Tribunal Federal que terá uma missão muito tormentosa: dirimir uma questão de imensa indagação e que tem consequências diretas nos direitos abalizadores dos consumidores.

O PRINCÍPIO PENAL CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Karina Nathércia Sousa Lopes

Bacharela pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Analista Judiciária – Área Judiciária da Justiça Federal – Seção Judiciária de Alagoas, Pós-graduada em Direito Constitucional pelo CESMAC/AMPAL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Noção sobre Princípio Constitucional. 3. Inviolabilidade de Domicílio: uma Garantia Constitucional. 4. Amplitude do sentido de “casa” empregado constitucionalmente. 5. Conceito de “noite” para fins de proteção constitucional. 6. Proteção Penal à Inviolabilidade de Domicílio. 7. Conclusão.

1. Introdução

A presente exposição destina-se a ressaltar a importância de uma noção básica e de uma correta aplicação do princípio da inviolabilidade de domicílio no contexto do Direito Brasileiro, tema penal constitucional de suma importância nos debates jurídicos.

Primeiramente, será estudado o princípio da inviolabilidade de domicílio como uma garantia constitucional. Posteriormente, analisar-se-á a proteção penal existente ao princípio da inviolabilidade de domicílio.

Com esta análise, fundamentada na legislação aplicável, na doutrina mais abalizada e na jurisprudência no que há de mais polêmico e pertinente, pretende-se demonstrar a relevância da inviolabilidade de domicílio, de seus limites e exceções no dia-a-dia forense e de todos os cidadãos.

2. Noção de Princípio Constitucional

Os princípios ao longo do tempo sofreram uma evolução, através da qual foram ampliadas suas funções e importância. Com o *jusnaturalismo*, os princípios possuíam uma função de direcionamento para a atividade do legislador. No positivismo,

exerciam apenas uma função subsidiária, com grau mínimo de eficácia.

No entanto, com o pós-positivismo, os princípios passam a ocupar patamar mais elevado, o patamar de princípios constitucionais, deixando de exercer mera função subsidiária.

Segundo a clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...] 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.¹

Os princípios constitucionais, segundo afirma Luís Roberto Barroso, são a “síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”.² Portanto, os valores fundamentais para uma sociedade estão previstos em sua Constituição como seus meios sustentadores. O princípio constitucional é norma constitucional.

As normas constitucionais subdividem-se em princípios e regras constitucionais. Os princípios constitucionais são mais abertos que as regras, possuem teor de abstração mais elevado e uma densidade valorativa, uma carga axiológica, mais intensa. Possuem maior teor valorativo, sendo, então, vagos e indeterminados.

Possui, o princípio constitucional, uma função negativa que significa evitar o desrespeito ao princípio, também uma função positiva mediante a qual serve de norte para a aplicação do Direito pelo legislador.

¹ *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

² *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 148.

E por fim uma função interpretativa, servindo como vetor interpretativo para os operadores do Direito. Já as regras constitucionais possuem menor teor valorativo e axiológico.

3. Inviolabilidade de Domicílio: uma Garantia Constitucional

O princípio constitucional penal em foco constitui direito de primeira geração, segundo classificação histórica de Norberto Bobbio,³ isto é, é direito individual advindo do Estado Liberal, no qual destaca-se a intervenção mínima do Estado com o intento de proteger e enfatizar o indivíduo.

O princípio da inviolabilidade de domicílio está constitucionalmente consagrado no inciso XI do art. 5º da CF/88, *in verbis*:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

A inviolabilidade de domicílio está garantida na Constituição tendo em vista constituir um direito fundamental do indivíduo, inerente a sua própria personalidade, como reconheceu a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 que consagrou o princípio de que a casa é um asilo inviolável, conforme ressalta Flávio Augusto Monteiro de Barros.⁴

Este preceito constitucional objetiva proteger a intimidade, a vida privada, a privacidade, o sossego e a paz do lar, almejados por todos, já que, conforme salienta Alexandre de Moraes: “nessa relação entre pessoa e espaço, preserva-se, mediatamente, a vida privada do sujeito”.⁵

Merece, portanto, proteção o domicílio, já que “o recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada”, conforme pontua José Afonso da Silva.⁶

³ *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁴ *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 254.

⁵ *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.71.

⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 437.

No entanto, da breve leitura do inciso constitucional supramencionado depreende-se que a inviolabilidade de domicílio não é absoluta, conforme bem está posto em orientação jurisprudencial do STJ (acórdão HC 10305/MG, Relator Min. Edson Vidigal, DJ: 04/10/1999, Quinta Turma), pois desde que haja consentimento do morador ou mesmo sem este, mas ocorrendo qualquer uma das exceções ali exaustivamente elencadas, o princípio não é aplicado.

No que pertine ao consentimento do morador, a sua ocorrência descaracteriza a violação ao domicílio, já que a permissão para entrada no domicílio é um direito individual disponível, portanto, por conveniência e interesse pode o indivíduo permitir a entrada a seu bel prazer de quem quer que seja, desde que seja do seu agrado e alvedrio.

Porém, há exceções. Ou seja, existem hipóteses em que, mesmo que não haja o consentimento do morador, o domicílio é violado. Quais sejam: caso de flagrante delito, de desastre, para prestação de socorro e durante o dia por determinação judicial. Há estas ressalvas, já que, em certas circunstâncias, outros interesses e bens jurídicos são mais importantes.

4. Amplitude do sentido de “casa” empregado constitucionalmente

Vale ressaltar que o conceito de domicílio para proteção constitucional não se coaduna com o conceito civilista de domicílio, que o define como a residência com ânimo definitivo, ou centro de ocupações habituais, ou ainda o ponto central de negócios.

Tendo em vista que a correta definição de domicílio para efeito de proteção constitucional corresponde, nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete, a “todo lugar de habitação”,⁷ inclusive profissional, ou até lugar de habitação provisório, já que:

[...]o legislador procurou proteger o lar, a casa, o lugar onde alguém mora, como a barraca do saltimbanco ou do campista, o barraco do favelado ou o rancho do pescador. Tutela-se o direito ao sossego, no local de habitação, seja permanente, transitório ou eventual.⁸

⁷ *Manual de Direito Penal 2 – Parte Especial* – arts. 121 a 234 do CP. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 192.

⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – 2º Volume. – Parte Especial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 262.

A orientação doutrinária identifica-se com o conceito de casa delimitado pelos §§ 4º e 5º, do art. 150, do Código Penal, quando este trata do crime contra a inviolabilidade de domicílio, sendo o conceito correto a ser aplicado, a seguir transcrito:

§ 4º. A expressão “casa” compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º. Não se compreendem na expressão “casa”:

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Como se depreende da análise destes dispositivos, a proteção ao domicílio estende-se a “qualquer compartimento habitado” (inciso I do § 4º), eliminando, portanto, qualquer dúvida acerca da devida proteção às moradias transitórias e não fixas ou ambulatorias,

sendo assim, o quarto de hotel ou motel, a barraca de campo, a cabine de caminhão em que mora o motorista e o barco onde mora alguém são objetos da tutela penal, de tal sorte que a invasão caracteriza crime de violação de domicílio. Não é preciso, como se vê, que se trate de construção fixada ao solo.⁹

A expressão “aposento ocupado de habitação coletiva” é abrangida pela expressão supramencionada do inciso I, “qualquer compartimento habitado”, não acrescentando nenhuma novidade ao conceito de casa, sendo considerada redundante.

Já o inciso III do § 4º do artigo penal em questão, inclui no conceito de casa, para fins de proteção, o lugar onde é exercida profissão ou atividade desde que não aberta ao público, como exemplos são o escritório do advogado, o consultório do médico, do dentista, etc.

Porém, nestes lugares, onde são exercidas profissões ou atividades, podem existir partes abertas ao público, como, por exemplo, uma sala de recepção, onde qualquer pessoa tira informações. No sentido do texto, pensa o STF:

⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. 1997, p. 259.

CRIME CONTRA A INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO:
PRÁTICA- O CONFORME O ART. 150 PAR 4 N. III DO
CÓDIGO PENAL, QUEM PENETRA CLANDESTINA E
ASTUCIOSAMENTE NO ESCRITÓRIO DE UMA
FÁBRICA, DEPOIS DE ENCERRADO O EXPEDIENTE
E VEDADO O ACESSO AO PÚBLICO, CONTRA A
VONTADE DO GERENTE DO ESTABELECIMENTO.
(STF, RECR-22255, Relator Ministro Afrânio Costa,
ADJ-data: 07/03/55, Segunda Turma).

Do estudo deste inciso concluímos que os lugares abertos ao público não recebem proteção da lei, como exemplos o museu, cinema, bar, loja, teatro, restaurante, etc. O inciso I do § 5º do mencionado artigo elenca hipóteses que não se compreendem na expressão “casa” porque são abertas ao público, sendo, então, permitido o livre acesso de qualquer pessoa.

No entanto, se estes compartimentos estiverem fechados recebem a proteção da lei e, ainda, mesmo que estejam abertos se houver qualquer quarto ocupado da habitação coletiva, este é objeto da proteção legal, como bem explicitado por Damásio E. de Jesus:

assim, um hotel, enquanto aberto, não pode ser objeto material de violação de domicílio. Entretanto, se fechado, merece a proteção penal. Cumpre observar que merece a tutela do legislador o aposento ocupado da habitação coletiva, como a da pensão ou hotel. Desta forma, enquanto hotel, durante o período em que permanece aberto, não pode ser objeto material de violação de domicílio, o mesmo não ocorre com o quarto ocupado por alguém.¹⁰

5.4. Conceito de “noite” para fins de proteção constitucional

É importante identificar o correto conceito de noite para a justa aplicação da garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, tendo em vista que constitui uma exceção à mencionada garantia: a penetração na casa, sem o consentimento do morador, por determinação judicial, desde que ocorra durante o dia e não à noite, já que o legislador visou proteger a paz doméstica e o sossego que à noite são mais desejados pelos moradores de uma casa.

¹⁰ *Direito Penal – 2º Volume – Parte Especial*, 1999, p. 265.

Se a exceção abrange tão somente a entrada na casa, por determinação judicial, durante o dia, independentemente do consentimento do morador, proibida está, conseqüentemente, a entrada na casa, por determinação judicial, durante a noite, sem o consentimento do morador. Imprescindível, portanto, delimitar o alcance da expressão “noite”.

Há várias posições a respeito da exata delimitação do conceito de “noite”.

Nélson Hungria¹¹ identifica a noite como o fenômeno da obscuridão ou da completa ausência de luz solar. Comunga da mesma posição E. Magalhães Noronha,¹² para o qual noite é o espaço de tempo em que não há luz solar, iniciando-se com o pôr-do-sol e terminando com seu nascimento.

Para José Afonso da Silva,¹³ o dia se estende das 6 (seis) às 18 (dezoito) horas, para fins judiciais. Também para Julio Fabbrini Mirabete,¹⁴ o dia, em processo penal, é o período que vai das 6 (seis) às 18 (dezoito) horas.

Na opinião do autor Flávio Augusto Monteiro de Barros,¹⁵ o critério a ser adotado é o físico-astronômico, entendendo-se a noite como o intervalo de tempo situado entre o crepúsculo da tarde e a aurora.

Pensa o autor Alexandre de Moraes,¹⁶ que a aplicação conjunta do critério físico-astronômico e do critério do período das 6 (seis) às 18 (dezoito) horas alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18 horas, desde que, ainda, não seja noite, como acontece, por exemplo, no horário de verão.

¹¹ *Comentários ao Código Penal – Vol. VI – arts. 137 a 154*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 222.

¹² *Direito Penal – Volume 2*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 181.

¹³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1998, p. 438.

¹⁴ *Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.363.

¹⁵ *Crimes contra a pessoa*, 1997, p. 264.

¹⁶ *Direito Constitucional*, 1999, p. 72.

Já para Damásio E. de Jesus,¹⁷ a melhor solução para o conceito de noite é deixar ao arbítrio do juiz, que deve analisar a existência da noite diante do caso concreto, mercê do local onde a violação de domicílio foi cometida. Este mesmo autor ressalta que há duas posições jurisprudenciais dominantes acerca do tema “noite”: 1ª- é o período de completa ausência de luz solar; o intervalo entre o pôr e o nascer do sol; 2ª- é o período da madrugada.

6. Proteção Penal à Inviolabilidade de Domicílio

Na Parte Especial do Código Penal, em seu Título I “Dos Crimes contra Pessoa”, Capítulo VI “Dos crimes contra a liberdade individual”, Seção II “Dos Crimes contra a Inviolabilidade de Domicílio”, exatamente no art. 150, está presente a proteção penal existente para concretizar a garantia constitucional do princípio da não violação de domicílio, *in verbis*:

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

O objeto jurídico do crime contra a inviolabilidade de domicílio é a Tranquilidade Doméstica, conforme ensina Damásio E. de Jesus.¹⁸

A importante questão pertinente ao tema do Sujeito Passivo deste crime é o que acontece quando há mais de um morador residindo numa casa e ocorre discordância entre eles quanto à entrada ou permanência de outrem na residência. Para regular este conflito, deve-se analisar os Regimes de Subordinação e de Igualdade, porventura existentes na casa.

O regime de subordinação ocorre quando há uma hierarquia na casa, havendo um superior e subordinados a ele, prevalecendo, então, a opinião do superior em detrimento da dos subordinados no que concerne à entrada ou permanência de alguém na casa, já que superior é titular do *jus prohibendi*.

¹⁷ *Código Penal Anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 486.

¹⁸ *Direito Penal – 2º Volume – Parte Especial*, 1999., p. 261.

O exemplo mais comum é o dos pais com relação aos filhos. Importante salientar que aos subordinados é garantido o direito de incluir/excluir terceiros nos aposentos a eles pertencentes, contanto que não haja oposição do superior, pois, se assim for, prevalece a opinião deste último. Por fim, na ausência do superior, titular do *jus prohibendi*, o direito de inclusão/exclusão de alguém na casa passa aos subordinados.

O regime de igualdade ocorre quando não há hierarquia entre os moradores de uma casa, é o que acontece, por exemplo, entre os cônjuges (cf. CF/88, art. 226, § 5º), numa república de estudantes ou num condomínio, onde todos são titulares do *jus prohibendi*.

Relevante destacar que nas habitações coletivas qualquer um dos moradores poderá impedir a entrada de estranhos não só nos seus aposentos como nos locais de uso comum, como exemplos: escadas, elevadores, terraços, etc., desde que não prejudique o direito dos demais moradores.

O problema reside na ocorrência do conflito de autoridade horizontal, ou seja, quando há mais de um morador com o direito de incluir/excluir outrem na casa e eles divergem quanto ao consentimento da entrada ou permanência de alguém.

A solução do conflito dá-se com a aplicação do princípio de que melhor é a condição de quem proíbe, *in re communi melior est conditio prohibentis*. Como consequência do conflito de autoridade horizontal, responde pelo crime o terceiro que insistir em entrar ou permanecer na casa alheia a despeito do dissenso de algum morador, ou então, resta ao terceiro demonstrar que agiu de boa-fé, não tendo praticado o fato com dolo.

No entanto, se a maioria dos moradores, em regime de igualdade, permitem a entrada ou permanência de outrem na casa, não se aplica o princípio de que melhor é a condição de quem proíbe, prevalecendo a vontade da maioria, não configurando, portanto, o crime de violação de domicílio.

No regime de igualdade, quando ocorre a ausência de algum morador que também possui o direito de incluir/excluir, mesmo que este não concorde com a entrada ou permanência de alguém, prevalece a opinião do morador que está presente na casa.

É o que acontece, por exemplo, entre os cônjuges que estão em regime de igualdade, então, se um não está presente em casa, mesmo que não concorde, cabe ao outro permitir ou não a entrada ou permanência de outrem em sua casa, mesmo para fins ilícitos ou imorais. Como já decidiu o STF:

CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. O CONSENTIMENTO DA ESPOSA DO CHEFE DA CASA, NA AUSÊNCIA DESTE, EXCLUI A AÇÃO CRIMINOSA DE QUEM PENETRA NO LAR, COM O CONSENTIMENTO DA MESMA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. RECURSO DE HABEAS CORPUS, A QUE SE DEU PROVIMENTO.

(STF, RHC-46151/SP, Relator Ministro Adalicio Nogueira, DJ-data: 25/10/68, Segunda Turma, "grifo nosso").

Em sentido contrário, encontra-se este julgado do TJ do Rio Grande do Sul:

JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA. ESTÁ EM SUA DEFESA PESSOAL O MARIDO QUE CHEGANDO EM CASA TARDE DA NOITE, ENCONTRA UM ESTRANHO NO SEU QUARTO E EM SUA CAMA, FAZENDO COMPANHIA A ESPOSA DELE. A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, PRESENTE O MORADOR, ENVOLVE PERIGO CONCRETO A PESSOA, NA SUA VIDA OU NO SEU CORPO, TANTO MAIS SE O ESTRANHO, VENDO-SE SURPREENDIDO, ATIRA- -LHE OBJETOS OU LHE DA PONTAPÉS. ENTRADA NA CASA. O DIREITO DE CONSENTIR QUE TERCEIRO ENTRE NA CASA, ESTANDO AUSENTE O MARIDO, PODE SER EXERCIDO PELA MULHER. ENTENDE-SE, PORÉM, QUE ESSE DIREITO DEVE REFERIR-SE A ENTRADA PARA FINS LÍCITOS. NÃO SE CONCEBE QUE UM DOS CÔNJUGES, SE O OUTRO ESTIVER FORA, TENHA LIBERDADE PARA PERMITIR O INGRESSO NA CASA, MESMO QUE PARA FINS CRIMINOSOS OU ILÍCITOS. VEREDITO CONFIRMADO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(TJRS, Apelação Crime nº 684056203, Relator Ladislau Fernando Ronhelt, Segunda Turma, julgado em 07/03/1985).

A conduta típica do delito em questão, o elemento objetivo do tipo é entrar ou permanecer em casa alheia sem o consentimento de “quem de direito”, já que com o consentimento o fato é atípico.

Entrar significa invadir, ingressar completamente, ou seja, com todo o corpo, não bastando o ingresso de parte dele, como, por exemplo, apenas de um braço, já que “quem introduz apenas uma perna ou permanece sentado em cima do muro ainda não consumou o delito em apreço, podendo responder por tentativa ou então outra infração penal”.¹⁹

Neste sentido, posiciona-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DESCCLASSIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FATO DESCRITO ADEQUADAMENTE NA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CONFIGURAÇÃO DE SEUS ELEMENTOS TIPIFICADORES. IRRELEVÂNCIA DE SE TRATAR DE CRIME MEIO E DE A PRETENSÃO INICIAL NÃO TER SIDO ATINGIDA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 150 DO CÓDIGO PENAL. TENTATIVA. POSSIBILIDADE. AGENTE QUE UTILIZA-SE DE ESCADA, ATRAVÉS DE JANELA, TENTA INGRESSAR EM RESIDÊNCIA, SENDO SURPREENDIDO COM UMA PERNA NO INTERIOR DA MESMA. CONDENAÇÃO PELO CAPUT DO ARTIGO. FATO OCORRIDO NA PARTE DA MANHÃ. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Tribunal de Alçada do RS, Apelação Crime nº 296039944, Relator Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, 1ª Câmara Criminal, julgado em 11/12/1996).

Permanecer pressupõe que o agente tenha ingressado licitamente, porém permaneceu na casa contra a vontade do morador, durante um certo lapso de tempo relevante.

Não basta para configurar o crime uma pequena resistência do agente quanto à sua saída da casa, retirando-se, porém, logo depois. É necessária uma duração juridicamente relevante desta resistência.

¹⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Crimes contra a pessoa*, 1997, p. 258-259.

Segundo o caput do art. 150 em análise, a entrada ou permanência pode ser franca, clandestina ou astuciosa. A entrada ou permanência é franca quando o agente entra ou permanece na casa às claras contra a vontade do morador.

A entrada ou permanência é clandestina quando o agente entra ou permanece na casa contra a vontade do morador às ocultas, às escondidas ou furtivamente.

A entrada ou permanência é astuciosa quando o agente entra ou permanece na casa mediante o emprego de fraude, artifício, ardis, etc., como exemplos: o agente que simula ser o empregado da companhia de energia que necessita ler o respectivo relógio.

O dissentimento na entrada ou permanência clandestina ou astuciosa é presumido, já que a vontade proibitiva é deduzida, presumida daquilo que normalmente acontece.

O Elemento subjetivo do tipo é o Dolo, que consiste na vontade de entrar ou permanecer na casa alheia, sem o consentimento do morador. Este delito não admite a modalidade culposa. Neste sentido, está o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

INTELIGÊNCIA DO PAR ÚNICO DO ART. 15 DO CÓDIGO PENAL, E DO ART. 150 DESSE DIPLOMA. A VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO SÓ É PUNÍVEL A TÍTULO DE DOLO.

(STF, RE-17315, Relator Ministro Rocha Lagoa, ADJ-data: 06/08/52, Segunda Turma).

Por fim, vale salientar que o delito de violação de domicílio não configura um crime subsidiário, mas sim um crime consunto, já que por vezes fica absorvido por outro delito mais grave, ao qual serve como meio de execução ou normal fase de realização. Este raciocínio é o mesmo que se depreende da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO-CRIME. INVASÃO DE DOMICÍLIO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONSTITUINDO A INVASÃO DE DOMICÍLIO O CRIME-MEIO PARA A PRÁTICA DO DELITO DE DANO, CRIME-FIM, E NÃO ESTANDO ESTE CAPITULADO NA DENÚNCIA, IMPÕE-SE A ABSOLVIÇÃO DO RÉU FORTE NO ART-386, III, DO CPP, TENDO EM VISTA QUE O CRIME DE INVASÃO DE DOMICÍLIO NÃO SE CARACTERIZA

COMO UM TIPO PENAL AUTÔNOMO. DECISÃO UNÂNIME

(TJRS, Apelação Crime nº 698570645, Relator José Antônio Hirt Preiss, Segunda Câmara Criminal, julgado em 25/02/1999, "grifo nosso").

O § 1º do art. 150 do Código Penal prescreve hipóteses de crime qualificado, *in verbis*: "§ 1º Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência". Lugar ermo é o deserto, desabitado, devendo o ser habitualmente e não ocasionalmente para ocorrer a incidência do crime qualificado.

O emprego de violência que qualifica o crime é o de violência física, não se incluindo a moral, pois o legislador quando se refere à violência moral utiliza a expressão "grave ameaça". Essas considerações são as mais pertinentes no tocante às figuras típicas qualificadas.

Já o § 2º do Código Penal prescreve causa de aumento de pena do crime em apreço, *in verbis*: "§ 2º Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder".

O abuso de poder ocorre quando o funcionário público comete excessos no cumprimento de seu dever legal, por exemplo, um oficial de justiça, ao cumprir um mandado de penhora, permanece na casa do executado, contra a vontade deste e desnecessariamente, além da hora legal.

O § 3º do art. 150 do Código Penal prescreve causas excludentes de ilicitude, que ressaltam as ressalvas à inviolabilidade de domicílio, previstas no inciso XI do art. 5º da CF/88. Devendo, portanto, este parágrafo em análise ser interpretado e aplicado em consonância com o mencionado inciso constitucional. O parágrafo em apreço prescreve:

§ 3º Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

O caput deste parágrafo emprega a expressão “não constitui crime”, ou seja, o fato é lícito, quando se configuram as hipóteses excludentes de ilicitude.

Na hipótese do inciso I, há exclusão de ilicitude do delito de violação de domicílio desde que haja a ordem judicial e que ocorra durante o dia, ou seja, “durante o dia, o funcionário público pode entrar ou permanecer em casa alheia, ou em suas dependências, para realizar qualquer diligência, seja de natureza policial, judicial, fiscal ou administrativa, desde que seja por determinação judicial”.²⁰

Em nossos tribunais, um caso bastante comum de flagrante delito (inciso II), excepcionando a proteção à inviolabilidade de domicílio, é o do tráfico de entorpecentes, tendo em vista que constitui um crime de natureza permanente, como já decidiu o STJ:

PENAL. PROCESSUAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. APREENSÃO EM DOMICÍLIO PARTICULAR. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL. “HABEAS CORPUS”.

1. A CF, art. 5º, XI assegura a inviolabilidade do lar, à exceção de hipóteses de prisão em flagrante, desastre, e prestação de socorro ou determinação judicial.

2. O tráfico de entorpecentes crime permanente, prescindindo, assim, da prévia expedição de mandado judicial. Não ilegal a apreensão de entorpecentes e arma ilegalmente mantida, efetuada quando da prisão em flagrante do acusado.

3. “Habeas Corpus” conhecido; pedido indeferido.

(STJ, Acórdão HC 11108/SP, Relator Min. Edson Vidigal, DJ-data: 21/02/2000, Quinta Turma, “grifo nosso”).

Importa destacar que também não há o crime contra a inviolabilidade de domicílio quando o fato é cometido em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, como exemplos: entrar na casa para interromper uma agressão a tiros contra um transeunte (legítima

²⁰ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*, 1999, p. 487.

defesa); ingressar na casa alheia para ajudar a extinção de um incêndio ali manifestado (estado de necessidade); a visita domiciliar do preposto de empresa fornecedora de energia elétrica para leitura do consumo mensal no registro (cumprimento de dever legal).

Por fim, vale ressaltar uma exceção prevista no art. 139, V, da CF/88, segundo o qual na vigência do estado de sítio poderá ocorrer a busca e apreensão em domicílio sem consentimento do morador mesmo sem mandado judicial e à noite. Trata-se de interesse público supremo ao interesse privado de inviolabilidade de domicílio, o que justifica tal exceção ao comando constitucional do inciso XI do art. 5º.

7. Conclusão

Após a elaboração da presente pesquisa na legislação, doutrina e jurisprudência, concluímos que o tema da inviolabilidade de domicílio é de grande relevância no seio da sociedade.

Por isso que constitui uma garantia constitucional, exatamente por visar proteger um bem que todos almejam seja resguardado, qual seja: a tranquilidade doméstica. As pessoas para sentirem-se felizes necessitam de um ambiente que propicie o nascimento da felicidade, portanto, livre de perturbações e inconveniências.

É por este motivo que o Direito Penal, como instrumento sancionador, prevê o crime contra a inviolabilidade de domicílio a fim de efetivar na prática esta garantia constitucional.

No entanto, da análise deste tema depreende-se que o direito à inviolabilidade de domicílio não é absoluto, comportando exceções. Estas existem, pois em determinadas situações há outros direitos em jogo que são mais importantes do que a inviolabilidade de domicílio, como, por exemplo, o direito à vida no caso de um desastre que ocorre no interior de uma casa.

Portanto, é de grande utilidade uma noção de quando ocorre uma hipótese de exceção, já que com a sua ocorrência não há o crime de violação de domicílio, sendo o fato atípico. E é dito uma noção porque não há como delimitarmos todos os casos em que ocorre exceção a esta garantia constitucional.

A legislação, a doutrina e a jurisprudência fornecem-nos várias hipóteses excepcionais e diretrizes para sua identificação, mas não de maneira exaustiva por não ser possível, já que depende da análise do caso concreto a averiguação da ocorrência da exceção, tendo em vista que cada caso possui suas peculiaridades que precisam ser analisadas com cautela a fim de não deixar de proteger o direito à inviolabilidade de domicílio nem imputar a alguém o crime de violação de domicílio quando este não ocorreu por estar presente uma exceção.

Conclui-se que a inviolabilidade de domicílio é um tema ainda muito atual e polêmico, o qual gera muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Portanto, o caso concreto deve ser apreciado minuciosamente para somente deixar de ser protegida a inviolabilidade de domicílio quando outro direito mais relevante estiver ameaçado, já que todas as pessoas necessitam de tranquilidade doméstica e de sua intimidade preservada para terem e disseminarem mais felicidade e paz.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO ELEITORAL

Magno Alexandre F. Moura

Promotor de Justiça, Professor Universitário e secretário Executivo do
CEFAF do MP/AL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da defesa do processo eleitoral pelo Ministério Público. 3. O Ministério Público e a fiscalização da propaganda eleitoral. 4. Da atuação do Ministério Público na área cível e administrativa junto a Zona Eleitoral. 5. Da diligência do Promotor Eleitoral no momento de registros de candidaturas. 6. Do registro de candidatura – Inelegibilidade por rejeição de contas. 7. Da atuação do Ministério Público contra diplomação. 8. Da representação por abuso do poder econômico ou de autoridade – Investigação judicial. 9. Da Ação de impugnação de mandato eletivo. 10. Da atuação do MP na área penal no Juízo Eleitoral. 11. Dos instrumentos procedimentais legais de direito eleitoral de participação e/ou manejo do Ministério Público. 12. Conclusão.

1. Introdução

O constituinte de 1988 deu ao Ministério Público, também, a função da defesa da ordem democrática e da ordem jurídica. Neste contexto encontra-se a defesa do processo eleitoral, como parte da defesa do princípio democrático, ou do Estado Democrático de Direito. Com isto, encontra-se a legitimação do Ministério Público¹

¹ Não há, com assento constitucional, um Ministério Público Eleitoral, próprio, com carreira específica e quadro institucional distinto, como ocorre com o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Militar. A atividade eleitoral do Ministério Público é, assim, uma função do Ministério Público Federal – integrante do Ministério Público da União, por força do que dispõe o Art. 72 da Lei Complementar nº 75/93. O exercício dessa função está disciplinado na Lei e não é exclusivo do Ministério Público Federal, o que, em Alagoas, por convênio entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Alagoas, existe a delegação das funções ao Promotor de Justiça, Órgão do Ministério Público do Estado, que passa a exercer as funções de Ministério Público Eleitoral, por designação, o que geralmente ocorre

em ações de natureza eleitoral, junto a Justiça Eleitoral. Os instrumentos processuais legais disponíveis são de fundamental importância saber operacionalizá-los para o escopo que se quer alcançar diante das situações de fato que apareçam, naturalmente, durante ou até mesmo antes do processo eleitoral, no que pela sua urgência, em razão de prazos exíguos, requer atuação expedita do órgão do Ministério Público que atua junto a Justiça Eleitoral.

2. Da defesa do processo eleitoral pelo Ministério Público

O processo eleitoral pode estar escoimado de vícios capazes de deformá-lo, exsurgirá como eficiente paladino da lei o MP com instrumentos destinados a preservar o caráter genuíno da participação popular, e, portanto, a dotar o regime representativo de uma escoreita base de sustentação, como bem observa Fávila Ribeiro, na consagrada monografia: “O Abuso de poder no Direito Eleitoral”.

No curso do processo eleitoral, o Ministério Público, endereçando suas promoções à Justiça Eleitoral, seja como parte, ou fiscal da lei, pode no exercício de tais missões, em muito contribuir para a construção do processo democrático. A sua participação, ou melhor intervenção no processo eleitoral ocorre em todas as suas fases, seja ela a preparatória, a de votação, a do escrutínio, e da diplomação. Inclusive, com atuação em Instâncias superiores. No Tribunal Regional Eleitoral, o Ministério Público nesta corte é o Procurador Regional Eleitoral², membro do Ministério Público Federal, com atribuições junto ao Tribunal Regional Eleitoral.

junto a uma Promotoria de Justiça onde o agente ministerial é titular, numa Comarca onde também funcione uma Zona Eleitoral e um Juiz de Direito com atribuições de Juiz Eleitoral. Contudo, a prerrogativa da designação do Promotor Eleitoral é do Procurador-Geral de Justiça, por força do que dispõe o Art. 10, Inc. IX, letra “h”, primeira parte, e art. 73, *caput*, da Lei nº 8.625/93.

² Dentre outras, são funções do Procurador Regional Eleitoral: 1) ajuizar ação de impugnação de mandato eletivo; 2) interpor recursos contra a diplomação; 3) representar ao Tribunal Regional Eleitoral sobre atividades irregulares, de natureza político-eleitoral; 4) promover ação penal em matéria eleitoral; 5) fiscalizar a expedição de diplomas eleitorais.

Em verdade, nada, nenhum feito, mesmo os de ordem administrativa, devem ficar fora da órbita de atuação do Ministério Público Eleitoral, em qualquer de suas instâncias. Não é outro o magistério de Joel José Cândido:

Órgão da lei eleitoral, fiscal de sua execução, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tem, o Ministério Público, como escopo especial nessa atividade, ainda, a defesa ou a fiscalização dos interesses extrapartidários; vale dizer, dos assuntos que estiverem fora da restrita esfera ideológica de interesse dos partidos políticos, coligações e candidatos³.

Destarte, no curso do processo eleitoral, deve o Ministério Público impedir que o abuso do poder de autoridade, ou o uso indevido do poder econômico instaure no pleito, indesejável situação de anormalidade. Para alcançar esse objetivo genérico, é preciso, antes de mais nada, que o órgão do *Parquet*, investido de funções eleitorais, impugne os pedidos de registro de candidatura, quando se deparar com situação enquadrável na lei geral de inelegibilidades, pois, omitindo-se nessa fase, ensejará, inexoravelmente, a consumação de preclusão, em ordem a impedir a discussão da matéria no momento da diplomação, de acordo com iterativa orientação doutrinária e remansosa jurisprudência emanada do Colendo Tribunal Superior Eleitoral.⁴

3. O Ministério Público e a fiscalização da propaganda eleitoral

Ao Ministério Público impõe-se, ainda, fiscalizar a propaganda de candidatos, de partidos e de coligações, para mantê-la ajustada às disposições legais que a regem e aos fins que justificam a sua veiculação.⁵ A propaganda, portanto, tende a favorecer a

³ CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral brasileiro*. 5. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Edipro, 1995, p. 67.

⁴ Recursos contra a expedição de diploma 412, Classe Quinta, Amazonas, rel. Min. Américo Luz, in DJU, Seção I, 6.691, p. 7.621; 431, Classe Quinta, Tocantins, rel. Min. Américo Luz, in DJU, Seção I, 20.06.91, p. 8.368; e 453, Classe Quinta, Pará, rel. Min. Américo Luz, in DJU, Seção I, 20.6.91, p. 8.367).

⁵ Enquanto técnica de conquista de outras pessoas, sugerindo-lhes idéias semelhantes àquelas expostas pelo propagandistas, a propaganda funciona

conquista dos cargos públicos, pelos candidatos interessados, melhoram-lhes a imagem perante o eleitorado, a sedimentar o Governo constituído ou a fazer-lhe a crítica desfavorável, sem se desviar, em qualquer dessas situações, das perspectivas dos seus pontos de contestação ou de sustentação. Diz Eduardo Antônio Dantas Nobre:

como essa propaganda precisa ter um nítido caráter educativo, deve realizar-se de forma a não criar ficções com a ordem pública, a evitar o surgimento de situações enganosas em detrimento de pessoas rústicas ou inexperientes, a preservar os padrões de higiene e estética urbanas, a manter a incolumidade da honra das pessoas por ela atingidas e, em especial, a não criar desigualdades entre partidos ou candidatos⁶.

Ao Ministério Público, então cumpre velar pelo efetivo respeito a essas finalidades, seja promovendo a responsabilização dos culpados por práticas delituosas, inclusive daquelas que vierem a compaginar-se nos tipos definidores dos delitos de calúnia, difamação ou injúria, pois são de ação pública as infrações penais de natureza eleitoral (CE, art. 355), seja adotando as providências necessárias a ajustar das candidaturas e princípios partidários aos ditames do bem comum, seja, finalmente, vindicando ao poder Judiciário as providências conducentes a evitar a utilização, direta ou indireta, de bens ou recursos públicos na difusão do programa de ação administrativa ou política de qualquer protagonista da pugna eleitoral.

Lembra Dantas Nobre⁷ que neste momento exige-se que a instituição assuma, diante de casos assim, posição ativa, representando ao judiciário contra os comportamentos que exsurjam em desacordo com os padrões legais, ou que se afigurem em discrepantes do interesse público. Exemplifica que não se deve tolerar a divulgação de determinada obra governamental, seguida da

como meio de apresentação de argumentos e opiniões ao público, estruturado de molde a permitir conclusões e conceitos favoráveis aos seus enunciantes.

⁶ NOBRE, Eduardo Antônio Dantas. O Ministério Público no Processo Eleitoral. *Revista da Procuradoria-Geral da República*. São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, n. 3, p. 73, abr./maio/jun. 1993.

⁷ Ob. cit., p. 74.

afirmação, ou mesmo do disfarçado induzimento de que ela só terá continuidade se o pleito for vencido pelo candidato que o disputa com o prestígio das hostes situacionistas, e, também, a participação de exercentes de cargos executivos, em horário pago a empresa de comunicação social, para, sob pretexto de mostrar suas realizações, desenvolver o proselitismo do candidato que conta com a sua preferência⁸.

Destarte, cabe ao Ministério Público a função fiscalizadora da propaganda eleitoral, do direito de propaganda dos partidos políticos, candidatos e coligações, representando ao Juiz Eleitoral responsável pela fiscalização da propaganda eleitoral nos casos de excessos e irregularidade, buscando a cessação e ou retirada da propaganda irregular, ilegal ou criminosa, requerendo, quando for o caso, também a aplicação da respectiva multa e abertura do processo criminal na última hipótese.

4. Da atuação do Ministério Público na área cível e administrativa junto a Zona Eleitoral

O art. 24 do Código Eleitoral já estampa uma exemplificativa gama de promoções do Ministério Público Eleitoral, junto ao 1º grau de jurisdição, a saber: o acompanhamento dos pedidos de alistamento de eleitores e os pedidos de transferência de títulos, bem como os cancelamentos de inscrição, com vista dos autos, quando se levanta dúvidas quanto à identidade do eleitor ou qualquer outro requisito para o alistamento, requerendo, representando, recorrendo e contrarrazando nos autos.

Nos termos do Art. 64 e parágrafos do Código Eleitoral, o MP pode representar contra atos do preparador, se necessário for. Em

⁸ Há na jurisprudência eleitoral, sobre propaganda, registrada no TSE, ao ensejo da edição da Resolução nº 13.380, em cujo voto, o eminente Min. William Patterson, contando com a adesão dos demais Ministros daquela Corte, manifestou-se com o seguinte voto: "Assim sendo, a participação de qualquer pessoa em programa de rádio e ou televisão, no citado período, não pode ser excluída, pura e simplesmente, do campo eleitoral, circunstância que conduz à necessidade do exame de tal participação, de sorte a avaliar se ela implica, direta ou indiretamente, propaganda eleitoral" (cf. in BE 428/185 – 186).

relação aos partidos políticos, a representação deve ser endereçada ao Procurador-Geral Eleitoral para fins de cancelamento do registro daquele partido, se houver incidência das hipóteses previstas no Art. 28, da Lei nº 9.096, de 19/09/95; além do mais, em se tratando de eleições municipais o Promotor Eleitoral deverá ter vistas dos autos em que se fez o balanço contábil dos órgãos municipais dos partidos políticos, referente ao exercício findo, encaminhado ao Juiz Eleitoral até o dia 30 de abril do ano seguinte, com a abertura de vistas dos autos ao Ministério Público deverá o Promotor Eleitoral verificar se houve observância dos requisitos previstos nos arts. 33 e 34, da Lei nº 9.096, de 19/09/95, pedindo abertura de investigações, em caso de desrespeito às normas citadas (art. 35 e parágrafo único, da lei referida); ainda mais, pode-se abrir procedimento de investigação, ou requerer sua abertura sobre a aplicação de recursos oriundos do fundo partidário, em caso de inobservância dos termos do art. 44, da Lei acima referida. Pode também o MP instaurar e acompanhar todos os processos de aplicação de multas eleitorais, promovendo as respectivas execuções (art. 367 e segs. do Código Eleitoral).

Quanto aos atos preparatórios da votação, cabe ao MP Eleitoral fiscalizá-los, quanto às seções eleitorais, mesas receptoras e suas localizações (art. 135, § 7º, CE). Outrossim, acompanhar o processo de nomeação de mesários, escrutinadores e auxiliares, oficiando nos pedidos de dispensa e recusa dos serviços eleitorais (art. 39 e 120, § 4º, do Código Eleitoral), impugnando, motivadamente, quando for o caso e na forma do art. 36, § 2º e art. 121, do Código Eleitoral. O que não é diferente em relação aos membros das juntas eleitorais, o que deve acompanhar a nomeação dos mesmos, representando ao Procurador Regional Eleitoral, nos casos de impugnação dos nomeados.

No dia da eleição, deve o Promotor Eleitoral acompanhar, com exclusividade, a votação, visitando as seções para inibir irregularidade e fraudes, mantendo vigilância quanto a qualquer fato que vicie a votação. A atuação do membro do *Parquet*, no dia da votação, referente às impugnações e recursos, poderá opinar, oralmente ou por escrito, em todos os casos surgidos no dia da votação, inclusive em matéria criminal e, sendo o caso, promover as medidas de atribuição do Ministério Público, visando a inibir e punir os infratores; mesmo que isso implique impugnar a atuação dos

mesários, fiscal ou delegado de partido ou coligação, pleiteando sua destituição quando houver atuação contrária a lei eleitoral, sobretudo em relação a ilegal composição da mesa receptora de votos; em se tratando do eleitor poderá impugnar, sendo o caso, a identidade do mesmo (art. 147, § 1º, CE).

Nos atos administrativos preparatórios do pleito, a presença vigilante do MP é indispensável, dirigindo suas atenções fiscalizadoras quanto a entrega de urnas, certificando-se se todas seções encerraram em horário legal o recebimento de votos e, sendo o caso de violação de urna, tomar as providências do art. 165, § 1º. I a V do Código Eleitoral. O Órgão Ministerial pode providenciar, quando não determinado pelo Juiz Eleitoral, designação de policiamento para guardar as urnas em local seguro, desde o lacre das mesmas até a apuração (art. 155 § 1º e 2º, CE).

Em relação às juntas eleitorais, o MP como Oficial da Lei deverá fiscalizar a sua instalação e a regularidade de seu desmembramento em turmas. Observando a abertura de urnas e havendo indícios de violação proceder na forma do art. 165 e incisos do Código Eleitoral, mesmo em se tratando de urnas eletrônicas.

Em se tratando da apuração não eletrônica, deve acompanhar a apuração pessoalmente, requerendo as medidas necessárias para coibir a fraude e ilegalidades da parte de escrutinadores, auxiliares, fiscais, candidatos e delegados do partido, inclusive, impugnando fiscal ou delegado de partido político com credencial irregular ou com atuação inconveniente ou abusiva. Impugnando os votos a medida que forem sendo apurados (art. 169, CE) e, em caso de discordância com a decisão da Junta, interpor recurso verbal ou por escrito, que deverá ser fundamentado no prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que tenha seguimento (art. 169. § 2º, CE). A atuação como *custos legis* nas impugnações dos votos, o MP oferece parece, escrito ou oral, sobre impugnação e recursos de terceiros. (Art. 24, IV, do Código Eleitoral). Quanto a expedição de boletins, mapas e atas, sua vigilância na observação da correção na expedição do boletim de urna pelo Juiz Eleitoral, mesmo sendo informatizado o processo, mantendo a fiscalização na transposição dos dados coletados pelos escrutinadores para o referido boletim, com vistas a evitar a fraude, no processo tradicional de apuração, o chamado mapismo; nos locais onde houver o chamado voto eletrônico, fiscalizar a instalação dos

trabalhos de apuração informatizado, sobretudo a incolumidade dos computadores e programas; receber, conferir e assinar boletins, mapas e atas eleitorais emitidas pela Junta Eleitoral, requerendo as medidas necessárias para impedir irregularidade (art. 179. § 4º, CE).

Havendo necessidade, o MP pleiteará recontagem de votos nas hipóteses previstas na lei eleitoral vigente e naquelas previstas no Código Eleitoral (art. 179, § 8º e 180, II), para preservar o interesse público e a legitimidade do resultado das eleições, sobretudo em caso de omissão deliberada de possíveis interessados, devendo o Ministério Público intervir obrigatoriamente no feito, sob a pena de nulidade da decisão.

Outro fator importante é a observância do coeficiente eleitoral quanto ao cálculo à expedição de diplomas eleitorais, zelando pela coincidência de dados com os resultados da totalização expedidas pela Junta Eleitoral.

O Órgão do Ministério Público eleitoral deverá participar da sessão de diplomação realizada pela junta eleitoral, com assento à mesa, sendo dela previamente notificada (art. 41, IV e XI, da Lei n. 8.625/93).

Não se pode olvidar que em sendo necessário o MP pode pedir a anulação da votação nas hipóteses do art. 220, CE e, sendo o caso, nas demais previstas nos arts. 221 e 222, CE, observadas as regras insertas nos seus arts. 219, 223 e 224.

5. Da diligência do Promotor Eleitoral no momento de registros de candidaturas

Praticamente, o processo eleitoral começa com o prazo de registro de candidaturas, neste momento, em se tratando de eleições municipais, deve o Promotor Eleitoral verificar e anotar as hipóteses de suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado⁹, para propositura de ação de

⁹ Sobre suspensão dos direitos políticos, bastante esclarecedora é a Súmula nº 09 do TSE: “ a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos” , contudo, se o condenado estiver em gozo de suspensão condicional da pena, prevalece a suspensão dos direitos políticos, como

impugnação ao registro, ou se já não for mais o caso, o recurso contra a diplomação.

É indispensável a manifestação individual do Promotor Eleitoral em todos os pedidos de registro de candidaturas de prefeito, vice-prefeito e vereadores, o que poderá requerer, se for o caso, diligências necessárias imprescindíveis; sendo o caso, na condição de *custos legis* ofertará sua manifestação quanto as impugnações oferecidas por candidatos, partidos políticos ou coligações;

Poderá o MP impugnar pedido de registro de candidaturas, na forma do art. 3º e seguintes da LC n. 64, de 18/5/90, pela falta de documentos comprobatórios das condições de elegibilidade do requerente ou pela verificação de causas de inelegibilidade (art. 14, § 3º a 7º e art. 1º da LC n. 64, de 18/5/90); bem como exigir, ao analisar o pedido de registro de candidatura, a apresentação dos documentos comprobatórios da elegibilidade do candidato (art. 14, § 3º, CF/88), tais como: a certidão de nascimento ou afim, para comprovar a cidadania brasileira e idade mínima; o título de eleitor (alistamento eleitoral); a prova de filiação partidária e do domicílio eleitoral; a ata da convenção partidária; certidão criminal circunstanciada da Justiça Comum, Federal, Militar e Eleitoral (comprovação do pleno exercício dos direitos políticos); sendo o candidato ex-Prefeito Municipal, Governador de Estado ou Presidente da República, certidão do Poder Legislativo respectivo, certidões negativas de irregularidades nas prestações de contas (art. 1º, I “g”, da LC n. 64/90), e do Tribunal de Contas da União; sendo ex-Presidente da Câmara, Assembléia Legislativa, Congresso Nacional, certidão do mesmo teor do Tribunal de Contas do Estado; a

decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1795502-6 SP, Pleno, por maioria, rel. Ministro Moreira Alves, j. 31/05/95, DJU 08/09/95, em aresto assim ementado: “Condição de elegibilidade. Cassação do diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do Art. 15, III, da Constituição Federal. Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período de suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

apresentação do pedido de desincompatibilização protocolizado no órgão competente, até a data prevista na lei, das pessoas indicadas no art. 1º e 2º da norma citada.

6. Do registro de candidatura – Inelegibilidade por rejeição de contas

Se a inelegibilidade decorrer de rejeição de contas (art. 1º, I, “g”, da LC n. 64, de 18/5/90) aplica-se a Súmula n. 1 do TSE no sentido de que *“proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade”* contudo, recomenda-se, ainda, a observância das seguintes orientações: 1) se a ação proposta ataca todos os pontos da rejeição de contas, pois, em caso contrário, permanece a decisão; 2) se a verba é estadual ou federal o parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado e da União, respectivamente, concluindo pela rejeição das contas por irregularidade insanável, é suficiente para gerar a inelegibilidade referida (arts. 71, II, CF/88 e art. 76, II, da Constituição Estadual/89), independentemente de qualquer apreciação por parte da Câmara de Vereadores; 3) se a decisão é do Tribunal de Contas da União, a interposição de recurso de revisão previsto no art. 35, da Lei n. 8.443/92 não suspende a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas por irregularidades insanáveis; 4) Se a verba é municipal, o Tribunal de Contas Estadual emite parecer, mas as contas são julgadas pela Câmara Municipal, assim, a ação judicial prevista na alínea “g” do citado artigo deverá ser proposta contra o Órgão Legislativo.

7. Da atuação do Ministério Público contra diplomação

O Ministério Público pode interpor recurso contra diplomação, quando for o caso (art. 262, CE), em se tratando de inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato, errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional, erro de direito ou de fato na apuração final, quando da determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou sua contemplação sob determinada legenda ou concessão ou denegação de diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, na hipótese do art. 222, CE.

8. Da representação por abuso do poder econômico ou de autoridade – Investigação judicial

Havendo utilização indevida dos meios de comunicação social, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade (arts. 19 e 22, da LC n. 64/90), de se representar ao Juiz Eleitoral pedindo abertura de investigação judicial, para fins de ser cassada a candidatura do infrator e a declaração de sua inelegibilidade. Se a representação não for julgada antes da eleição, recomenda-se ao Promotor Eleitoral ajuizar ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14 § § 10 e 11. CF/88) ou interpor recurso contra diplomação (art. 262, IV, do Código Eleitoral), podendo invocar os mesmos fundamentos; se os atos configuradores do abuso de poder forem praticados por autoridades ou candidatos, cuja competência para processo e julgamento competir aos tribunais eleitorais (TRE e TSE), comunicar, com urgência, os fatos ao órgão do Ministério Público Eleitoral, com tal atribuição (Procurador Regional Eleitoral e Procurador-Geral Eleitoral), narrando-lhe os fatos e indicando-lhes provas para fins de instauração do procedimento legal cabível.

9. Da Ação de impugnação de mandato eletivo

O MP deve propor ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14 § 10, CF/88), no prazo preclusivo de quinze dias contados da diplomação, apresentando, desde logo, provas ou pelo menos dados inequívocos da ocorrência de abuso de poder econômico e de autoridade, corrupção e fraude. Em caso de discordância com os atos e decisões dos juízes e juntas eleitorais recomenda-se à interposição de recurso, no prazo de três dias contados da publicação da decisão, se a lei não fixar prazo especial (art. 258, CE).

Dado importante de observação que deve ter o Promotor Eleitoral é a observação quanto à contagem dos prazos. Observar que o TSE, ao editar Calendários para eleições, costuma determinar que tanto o Cartório Eleitoral como as Secretarias dos TSEs permaneçam abertos sábados, domingos e feriados, a partir de noventa dias antes das eleições, período em que tem curso a contagem dos prazos eleitorais.

10. Da atuação do MP na área penal no Juízo Eleitoral

Na promoção das ações penais eleitorais, de ser observado as seguintes diferenças de rito com a ação penal comum:

- a) recebida a denúncia e citado o acusado, terá este o prazo de 10 (dez) dias para contesta-la, podendo juntar documentos e arrolar testemunhas, inexistindo, portanto, a fase de interrogatório (art. 359, Ce);
- b) após oitiva das testemunhas e requerimento de diligências, o prazo de alegações finais é de 5 (cinco) dias (art. 360, CE), seguindo-se a sentença no prazo de 10 (dez) dias (art. 361, CE);
- c) O prazo recursal é de 10 (dez) dias (art. 362, Ce).

Ao receber *notitia criminis*, representação ou peças informativas, deve ser dada seguimento às mesmas de conformidade com os arts. 355 e seguintes do Código Eleitoral. Requisitando inquéritos policiais (art. 356.º 2º, CE) à Polícia Judiciária da União, quando não houver possibilidade de oferecer, desde logo, a denúncia; não obstante o exercício da Polícia Judiciária da União seja privativo da Polícia Federal (art. 144, § 1º, CF/88) e, tendo em conta as dimensões dos Estados e o quantum das penas da maioria dos delitos eleitorais ser de pouca monta, o que pode dar ensejo à prescrição, é aceitável que a requisição seja destinada à autoridade policial estadual. Notar que esse tipo de comportamento constitui mera irregularidade que não contamina a ação penal; a jurisprudência tem tolerado e, portanto, entendido como legal, a lavratura de prisão em flagrante por autoridade policial que, em tese, não detém a prerrogativa de investigar o ilícito cometido (exemplo: Polícia Civil e prática de crime federal em comarca que não é sede de polícia Federal). Não restam dúvidas da aplicação do Art. 89, da Lei n. 9.099/95 nos crimes eleitorais.

Em se tratando de crime eleitoral praticado por Prefeito, o procedimento correto do Promotor Eleitoral, em razão do foro por prerrogativa de função, é comunicar ao Procurador Regional Eleitoral, para fins de requisição de inquérito policial ou instauração da ação penal.

Por derradeiro, quando temos o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, baixados ao autos, o MP promoverá a

execução penal, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 363, CE), contados da data da vista ao Ministério Público.

11. Dos instrumentos procedimentais legais de direito eleitoral de participação e/ou manejo do Ministério Público

Das iliceidades cometidas num pleito encontram, na investigação eleitoral, que constitui eficaz instrumento destinado a depurar o pleito das deformações que possam viciá-lo, um remédio para sua pronta e cabal repressão.

A investigação judicial eleitoral¹⁰, que, antes, circunscrevia-se à coleta de provas para serem usadas no recurso contra a diplomação, teve alargados os seus objetivos, com a sobrevivência da Lei Complementar 64/90.

A investigação judicial, à semelhança da medida prevista no art.237 e § § do Código eleitoral, não constitui uma ação, porque, enquanto esta contém um pedido certo e determinado, aquela pode redundar em um ou em outro efeito, conforme o seu resultado venha ser conhecido antes ou depois das eleições.

É forçoso reconhecer, contudo, que se trata de um procedimento investigatório atípico, que se desenvolve de forma dialética, isto é, com escrita observância, conseqüentemente, nenhuma atitude inquisitorial, por isso que à sua conclusão é reconhecida, por força da lei, uma densa carga decisória.

Fixados estes pontos, tenha-se presente que se os trâmites da medida investigatória vierem a exaurir-se antes das eleições, ao seu feito condenatório consubstanciado na inelegibilidade dos culpados para as eleições que se realizarem nos três anos subseqüentes, associa-

¹⁰ Para processar a investigação, foi outorgada competência reservada ao órgão jurisdicional que detém a presidência do pleito (TSE, Repr. Sob n. 10058-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, in DJU, Seção, 18.4.90, e 12.451-SP, rel. Min. Lorena Jardim, in DJU, Seção 1, 28.5.92, p. 7.655), pouco importando que o fato envolva autoridades como Governador de Estado ou Prefeito Municipal, que têm foro privilegiado, por prerrogativa de função, no STJ e no TRE, respectivamente(cf. STF, CJ 7. 004-PE, Pleno unânime, ref. Min. Néri da Silveira, in DJU, Seção 1, 7.9.92, p.11.799; e Ccomp 3º Seção, unânime, rel. Min. Édson Vidigal, in DJU, Seção 1, 25.5.92, 7.335).

se uma consequência constitutiva, de natureza negativa, que se perfectibiliza com a cassação do registro deferido ao candidato beneficiado. O Ministério Público, sem prejuízo da aludida declaração de inelegibilidade, receberá cópia dos autos para: 1) interpor recurso contra a expedição de diploma, com fundamento nos arts. 262, IV, e 222, do Código Eleitoral; 2) propor ação de impugnação de mandato eletivo, com fulcro no art. 14, §§ 10 e 11, do Código Eleitoral; 3) ou se for o caso, promover a responsabilização criminal dos culpados, propondo a ação penal correspondente.

A medida, para cujo manejo estão legitimados, em concorrência com o Ministério Público, candidatos, partidos políticos e coligações revela-se eficaz para apurar, dentre outras, as ocorrências adiante discriminadas: 1) as transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários (Lei nº 5.682/71, art. 93, § 2º); 2) o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico; 3) o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer esfera de poder; 4) a indevida utilização de veículos (Lei 6091/74); e 5) a realização de propaganda proibida, levada a efeito com o concurso, ainda que indireto, de agentes do Poder Público.

Por derradeiro, em rápidas considerações acerca da ação de impugnação de mandato eletivo, prevista no art. 14, §§ 10 e 11, da CF, que, segundo o magistério do acatado Tito Costa¹¹, “o Ministério Público pode propor em concorrência com os partidos políticos, os candidatos ou qualquer eleitor”. sempre que puder atribuir o resultado do pleito à eficiência do abuso do poder econômico, da corrupção ou da fraude.

Deve ter atenção para o fato de que o texto Constitucional emprega, por duas vezes, o vocábulo ação, com o fito de indicar que se trata de uma criação no âmbito do Direito Eleitoral, até então inexistente no nosso ordenamento jurídico.

Por isso, projete-se, a ação em causa não pode ser confundida com o recurso contra a diplomação, cujo cabimento, ademais de

¹¹ COSTA, Tito. *Recursos em Matéria Eleitoral*. 3. ed. São Paulo, RT, 1990, p. 172.

confinar-se nas hipóteses prevista no art. 262, I a IV, do Código Eleitoral, está sujeito à observância do prazo exíguo de três dias.

Doutro lado, o vocábulo impugnação não deve conduzir a descabidas confusões com o ato de impugnar, que na seara do Direito Eleitoral, tem significação vária, podendo referir-se à oposição manifestada ao pedido de registro de uma candidatura, à filiação do eleitor a determinado partido, à validade de um voto ou de toda uma votação, conforme disposições inscritas no Código Eleitoral e em leis extravagantes.

A ação, convém repetir, destina-se à obtenção de um decreto judicial, pronunciando a invalidade do diploma, em razão da existência de um dos vícios referidos na *Lex Legum*: abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

O processamento dessa ação, à mingua de lei especial que o discipline, deve sujeitar-se, enquanto não surgir o provimento legislativo infraconstitucional, a disciplina estabelecida pelo Código de Processo Civil¹², à qual se acrescentam duas peculiaridades: a) a observância do segredo de justiça; e b) prazo de 15 dias para sua propositura, que tem, indistintamente, natureza decadenal.

A ação em causa tem o seu julgamento afeto, com exclusão de qualquer outro órgão do Estado dotado de parcela de poder judicante, à Justiça Eleitoral, fixando-se essa competência em favor do seu segmento, monocrático ou colegiado, que expede o diploma.

No tangente às provas, exige-se que a peça promocional da ação seja instruída com provas do abuso do poder econômico, da corrupção ou da fraude. Isto não significa, contudo, que outras provas não possam ser produzidas no curso da ação, porquanto essa vedação implicaria, em derradeira análise, em vedar-lhe a propositura quando o conjunto probatório não pudesse, desde logo, ser oferecido à apreciação do julgador.

Essa ressalva carece do condão de conduzir ao outro extremo, qual seja, o de que ao aforamento de uma ação dessa natureza, com todas as suas consequências e repercussões, bastam meras alegações de abuso de poder econômico, de corrupção ou de fraude. A sua

¹² DA COSTA, Adriano Soares. *Direito Processual Eleitoral*. Belo Horizonte, Ed. Ciência Jurídica., 1996, p. 203.

propositura requer, isto sim, um mínimo de *fumus boni juris*, pois, do contrário estrepitosos serão os comentários a seu respeito especialmente porque o seu ajuizamento dá-se quando ainda crepitam as paixões eleitorais, suscitando, não raro, descontentamentos e vinditas, em tais reações o direito não pode ensejar. Nem a Justiça há de ser palco onde insatisfações desse jaez possam, livre e impunemente, manifestar-se.

12. Conclusão

Não restam dúvidas da importância do Ministério Público no processo eleitoral, em razão de sua missão constitucional de assegurar a ordem jurídica e o regime democrático, como paladino da Lei, braço da defesa da cidadania, pois, o Ministério Público tem atribuições também no âmbito da legislação eleitoral, com atribuições próprias e inerentes à instituição. Assim, em todas as atividades da Justiça Eleitoral em que há violação da lei, decretos e atos emanados dos poderes públicos, ou cujos legítimos interesses forem prejudicados, sem falar na perpetração de crimes, aí estará sempre presente o Ministério Público para as providências legais cabíveis, acionando, se necessário, o mecanismo judiciário eleitoral, no desempenho de sua nobre função. Com as rápidas e modestas considerações acima, penso haver contribuído para evidenciar o papel que o Ministério Público, em obséquio ao seu perfil constitucional, restou reservado ao processo eleitoral.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DO DIREITO DE FILIAÇÃO

Sidney Silva de Almeida

Defensor Público do Estado de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Evolução histórica do Direito à filiação.
3. O direito civil brasileiro e a filiação.
4. Conclusão.

O presente estudo tem o modesto propósito de analisar, ainda que de forma concisa, a evolução histórica do direito de filiação e a modernização da legislação brasileira nesse campo do Direito de Família.

A concepção tradicional sedimentada pela doutrina acerca da filiação a define como uma relação que une uma pessoa àquelas que a geraram. Seu estudo, portanto, é indissociável de institutos como paternidade e maternidade.

Sílvio de Salvo VENOSA¹ diz que “Todo ser humano tem pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata. Desse modo, o Direito não se pode afastar da verdade científica. A procriação é, portanto, um fato natural”.

O surgimento de modernas técnicas de reprodução assistida, entretanto, aliado ao avanço da legislação correlata ao direito de filiação no mundo todo, tem promovido uma significativa alteração nos conceitos de maternidade e paternidade que, muitas vezes, podem estar dissociados das relações meramente biológicas.

O uso das mencionadas técnicas de reprodução promoveu, por exemplo, a derrocada de um dos mais sagrados dogmas do direito de

¹ *Direito Civil – Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 265.

filiação (*mater semper certa est*). No direito tradicional, vigente até próximo ao fim do século XX, essa foi uma verdade dogmática².

Hodiernamente, tanto a mulher que desenvolve um novo ser em seu ventre como a que o gerou podem disputar a sua maternidade.

Em razão de fenômenos dessa natureza, a doutrina mais moderna vem encarando a filiação sob os prismas natural, jurídico e afetivo, o que, de certo modo, representa um retorno às noções de filiação encontradas nos primórdios das civilizações, quando os laços de consangüinidade não assumiam relevância para as relações familiares.

Naquele período da história humana, o fator de união entre os membros de um clã era a religião do lar. Um grupo familiar não se distinguia dos demais pelo nascimento, mas pelo culto de seus deuses domésticos. Assim, um filho que renunciasse a crença professada pelos seus pais não tinha qualquer importância para aquele grupo; já um desconhecido, que se inserisse no culto familiar, passava a ser considerado um filho.³

A exclusão do filho pela sua renúncia ao culto doméstico importava, inclusive, a perda de direitos sucessórios. Do mesmo modo, o estranho inserido no grupo familiar pelo fator religioso herdava os bens do chefe do grupo, que detinha poder de vida e morte sobre os demais.

A estrutura familiar dos povos germânicos era diversa, pois os filhos não eram totalmente dependentes do chefe da família. Os professores Orlando Gomes e Nélson Carneiro, na obra *Do reconhecimento dos filhos adultérios* (Rio de Janeiro, Forense, 2002) relembram que os filhos adquiriam personalidade jurídica própria quando capazes de viver por conta própria. O filho ilegítimo, porém, era tratado com severidade, e não tinha direitos em relação ao pai, devendo viver no seio da família materna.

² Sílvia de Salvo Venosa, 2003.

³ Fustel de Coulanges. *A cidade antiga*. Lisboa, Livraria Clássica, 1954, p. 22 e ss.

Imprescindível em qualquer relato acerca da evolução do direito de filiação é a análise desse instituto no Direito Romano, ainda que em apertada síntese.

Nos primeiros passos dados pelo Império Romano, a composição do grupo familiar era regulada pela vontade do *paterfamilias*,⁴ que permitia o ingresso de pessoas estranhas, e excluía seus próprios descendentes. O culto religioso era a fonte de direitos, e não a consangüinidade.

Como a titularidade desse culto era transmitida apenas aos varões, menciona Jean Imbert que somente a descendência que se originava na linha paterna tinha importância. Assim, um filho oriundo de relações extraconjugais, em princípio não se ligava a seu pai e não possuía direitos sucessórios, mas, se seu pai não tivesse descendentes que perpetuassem seu culto, poderia adotá-lo, e ele seria considerado seu filho.

No período clássico da civilização romana, destacavam-se duas espécies de filhos:⁵

a) os *iusti* (ou *legitimi*): eram os oriundos de relação matrimonial, bem como os adotivos e os legitimados. Possuíam amplos direitos e deveres em relação a seus pais.

b) os *vulgo quaesiti* (ou *spurii* ou *vulgo concepti*): eram oriundos de uniões ilegítimas. Não integravam a família do pai.

Posteriormente (período pós-clássico), surgiu a categoria dos *naturales liberi*, oriundos de relações concubinárias, que adquiriam o direito de ser legitimados, vinculando-se ao pai e igualando-se aos *legitimi*.

O surgimento da figura da legitimação deveu-se ao Imperador Constantino, que, influenciado pelas idéias do Cristianismo,

⁴ Jean Imbert. *O direito antigo e sua projeção no direito moderno*. Coimbra: Almedina, 1966, p. 96-97.

⁵ José Carlos Barbosa Moreira Alves. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t.2, p. 379 e ss.

possibilitou aos pais que viviam em concubinato legitimar seus filhos naturais através do matrimônio posterior.⁶

Sob o Império de Justiniano, passou-se a exigir, para a legitimação, que o casamento dos pais fosse possível à época da concepção, que fosse feito um contrato de casamento e que se o filho fosse capaz, exprimisse sua concordância à legitimação. Para a hipótese de não ser possível o casamento, foi prevista a legitimação por escrito do Imperador, a pedido do pai ou do filho, se morto aquele.

Neste período, ganha importância a noção de consanguinidade, que veio a prevalecer no direito moderno. Quando Roma inicia sua expansão conquistadora, os filhos adquirem personalidade jurídica própria e libertam-se do jugo do poder paterno. Com o fortalecimento do poder central romano, e instituição do monopólio da justiça pelo Estado, houve o enfraquecimento o poder do *paterfamilias*.

O Estado passou a editar leis e regulamentar as relações familiares, distribuindo direitos entre os demais membros do grupo familiar.

3. O direito civil brasileiro e o direito à filiação

No direito civil brasileiro pré-codificado é clara a influência da forte tradição católica, presente desde a colonização. Sob a ótica do cristianismo, o casamento era a única forma válida de legitimar uniões entre pessoas de sexos opostos. Portanto, os filhos havidos em justas núpcias mereciam qualificação distinta daqueles oriundos de relações fora do casamento. Somente os primeiros tinham amplos direitos em relação a seus genitores.

Na vigência das Ordenações Filipinas admitiu-se o reconhecimento de filhos ilegítimos, sendo-lhe permitida apenas a sucessão testamentária, porque vedada estava a sucessão legítima. Os filhos espúrios (incestuosos e adulterinos) podiam investigar sua paternidade, mas o único direito que lhes assistia era o de alimentos.⁷

⁶ Jean Imbert, 1966.

⁷ Márcio Antônio Boscaro. *Direito de Filiação*. São Paulo: RT, 2002, p. 61.

Proclamada a independência, a Constituição Imperial de 1824 consagrou o princípio da igualdade de todos perante a lei. Porém, a doutrina mantinha dúvidas se a distinção entre nobres e peões, para fins sucessórios ainda persistia, pois sua previsão nas Ordenações do Reino ainda estavam em vigor.

A Lei 463, de 2/9/1847 veio colocar um fim entre as distinções entre filhos de nobres e filhos de peões, para fins sucessórios. Sob sua égide, os filhos espúrios passaram a desfrutar de direitos iguais aos conferidos aos filhos naturais, mas o seu reconhecimento só poderia ser feito por meio de escritura pública ou testamento.

O Decreto 181, de 24/1/1890, admitiu que a filiação natural poderia ser provada por confissão espontânea ou pelo reconhecimento em escritura de notas, ou no ato do nascimento, ou em outro documento autêntico oferecido pelo pai.

O Código Civil em vigor a partir de 1917, e atualmente revogado, representou um retrocesso no direito de filiação em relação à legislação esparsa anterior.

Em seu texto foram abolidas as possibilidades de reconhecimento involuntário da filiação ilegítima, bem como de ajuizamento de ação de investigação de paternidade, em se tratando de filiação adulterina ou incestuosa. Foram consagradas as distinções entre filhos legítimos e ilegítimos, pelo simples fato de serem ou não casadas entre si as pessoas que os geraram.

Os filhos ilegítimos foram classificados em naturais (aqueles cujos pais não tinham impedimentos matrimoniais quando os geraram) ou espúrios (subdivididos em adulterinos ou incestuosos, conforme os impedimentos matrimoniais entre seus pais resultassem, respectivamente, do fato de serem anteriormente casados, ou de laços de parentesco). Somente os filhos naturais podiam ser legitimados pelo subsequente casamento de seus pais.

Traço marcante do Código Civil revogado é o sistema de presunções de paternidade concernente a filhos concebidos na constância de um matrimônio, e de presunção de concepção, para os

filhos nascidos pelo menos 180 dias após a constituição da sociedade conjugal, ou nos 300 dias subseqüentes à sua dissolução.⁸

Tão sagradas eram tais presunções que o homem casado só poderia opor-se à condição de pai do filho de sua esposa se provasse que se achava impossibilitado fisicamente de coabitar com esta nos primeiros 121 dias ou mais, dos 300 que precederam o nascimento da criança, ou que a este tempo o casal já estava legalmente separado.

A legitimidade para o ajuizamento de ação de filiação foi conferida apenas ao filho, transmitindo-se, contudo, a seus herdeiros, se ele morresse menor ou incapaz e, se iniciada por ele, poderiam os herdeiros dar-lhe prosseguimento.

Ainda outras normas constantes do Código Civil de 1917 refletiam um sentimento dominante, no sentido de preservar a família fundada no matrimônio, resguardando-a de ameaças externas, como por exemplo, a proibição de ação de investigação tendente a atribuir prole ilegítima a mulher casada, e a possibilidade de qualquer pessoa com justo interesse contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade.

Com a outorga da Constituição de 1937, e o advento de novas leis esparsas, o rigoroso tratamento destinado aos filhos extramatrimoniais sofreu mitigações. Neste processo, o posicionamento dos Tribunais assumiu relevante papel, impulsionando a elaboração de leis mais consentâneas com a realidade social.

O Decreto-lei 4.737/42 permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos após o desquite. Posteriormente, a Lei 883/49 permitiu tal reconhecimento após a dissolução da sociedade conjugal por qualquer modo. Esses textos legais foram frutos das profundas e acalouradas discussões doutrinárias realizadas na época, que se fizeram acompanhar de tímidas decisões judiciais.

Importantíssimo avanço legislativo resultou da edição da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), que permitiu a qualquer dos cônjuges, ainda na vigência do casamento, reconhecer o filho havido fora dele, por meio de testamento cerrado.

⁸ Art. 339 do Código Civil de 1917.

Em 1984, a Lei 7.250/84 possibilitou o reconhecimento de filhos extramatrimoniais, em ação de investigação, desde que a separação de fato dos cônjuges perdurasse por mais de cinco anos.

Coroando toda essa evolução histórica e legislativa do direito de filiação surgiu para o Brasil a Constituição Cidadã de 1988, pondo fim às desigualdades entre filhos oriundos ou não de justas núpcias, além de proibir designações discriminatórias relativas à filiação.

A plena possibilidade de reconhecimento para qualquer filho havido fora do casamento foi garantida com a edição da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), que também previu ser o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, exercitável sem qualquer restrição. Ao tratar da adoção, o ECA também regulou o direito sucessório entre adotado, seus descendentes e adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais, até o quarto grau.

Posteriormente, a Lei nº 8.560/92 ampliou as formas pelas quais pode dar-se o reconhecimento da paternidade, permitindo-o até mesmo por instrumento particular, a ser arquivado em cartório, ou por confissão perante o juiz. Criou também a investigação oficiosa de paternidade, que ocorrerá sempre que uma criança não contenha, em seu registro, o nome do pai, devendo o oficial do registro civil enviar certidão desse fato ao juiz competente.

Outra inovação desse diploma legal foi a atribuição de legitimidade concorrente ao Ministério Público para propor a ação de investigação de paternidade, como substituto processual da parte, e até mesmo contra a vontade desta, desde que haja elementos suficientes.

O mais recente diploma legislativo a tratar da filiação é o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) que, após um longo período de tramitação no Congresso Nacional, entrou em vigor já padecendo de inúmeras imperfeições, lacunas e até mesmo inconstitucionalidades, reclamando necessárias alterações em seu texto.

4. Conclusão

O Novo Código Civil manteve-se excessivamente preso a conceitos e formas existentes no Código de 1917, ao mesmo tempo

em que não tratou de situações que mereciam uma maior preocupação do legislador.

Não podemos deixar de reconhecer, todavia, que esse novo diploma legislativo representou inegáveis avanços e progressos no disciplinamento legal do direito de filiação.

No capítulo intitulado “Da filiação”, que substituiu os capítulos “Da filiação legítima” e “Da legitimação”, do Código Civil de 1917, o legislador do Novo Código Civil fez questão de declarar, o que já havia sido feito pela Constituição Federal de 1988, a impossibilidade de distinção de direitos e qualificações entre espécies de filhos, a partir do nascimento ou não da relação de casamento.

Trata o NCC, ainda, de novas formas de presunção da concepção na constância do casamento, admitindo que são filhos do casal aqueles havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O conteúdo do art. 1.598 representa uma novidade em nosso direito civil e estabelece presunções de paternidade nos casos em que a mulher viúva, ou que teve a sociedade conjugal desfeita por anulação do casamento, contrai novas núpcias e tem filho.

Outra importante inovação, que veio pôr fim ao dissídio jurisprudencial existente acerca do prazo para a interposição de ação judicial objetivando a contestação da paternidade, diz respeito à expressa previsão de imprescritibilidade da pretensão de impugnação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher.

Essas e outras mudanças, introduzidas pelo Novo Código Civil, revelam uma clara modernização da legislação nacional no tocante à filiação. O direito de filiação, indiscutivelmente, tem sofrido graves e importantes transformações e a evolução da ciência e do conhecimento humano têm representado um enorme desafio aos operadores do direito, porque a cada dia estabelecem situações novas que reclamam uma regulamentação legal ainda inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.