

PARTE II

DOUTRINA

POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO PENAL: A POSSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS SOB O ENFOQUE DO GARANTISMO JURÍDICO

Alice Quintela Lopes Oliveira

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professora de Direito Penal e Processo Penal. Analista Judiciária do TRT-SP

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Políticas Públicas. 2.1. Judicialização das políticas públicas. 2.1.1. Procedimentalismo. 2.1.2. Substantialismo. 3. Políticas Públicas em Direito Penal: Sistemas penais. 3.1. Abolicionismo penal. 3.2. Movimento da Lei e da Ordem. 4. Garantismo Jurídico. 4.1. Prelúdio. 4.2. Modelo de direito: o Estado de Direito garantista. 4.2.1. Evolução político-ideológica do Estado. a) Estado de Direito. b) Estado Social de Direito. c) Estado Democrático de Direito. 4.3. Teoria do Direito: (i) legitimidade interna. 4.4. Filosofia política: (i) legitimidade externa. 4.5. Garantismo penal: o garantismo jurídico aplicado ao sistema penal e a política criminal minimalista. 5. A possibilidade de controle do Poder Judiciário sobre as políticas penais. 6. Conclusão.

1. Introdução

O edifício jurídico é obra inacabada, cujo esforço de construção deve ser permanente. A cada instante, no turbilhão de transformações sociais e de crescente radicalização ideológica, novos valores emergem, produzindo rápidas modificações culturais, que acabam gerando uma explosão de litigiosidade a clamar por tutela jurídica.

A velocidade com que se transmudam os cenários social, político e econômico, aliada à complexidade da sociedade contemporânea, tem demandado por uma remodelação do papel do Direito e das instituições jurídicas. O modelo jurídico de cunho marcadamente liberal vem sendo paulatinamente suplantado por um modelo de Estado de Direito Constitucional, que assume os direitos fundamentais e a dignidade humana como valores maiores do ordenamento.

A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garanti-la juridicamente. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma *ordem*

*fundamental, material e aberta de uma comunidade. É ordem fundamental eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional.*¹

A partir da constitucionalização dos direitos humanos, o Judiciário necessitou assumir a posição de verdadeiro guardião dos valores constitucionais, cabendo-lhe garantir sua aplicabilidade e respeitabilidade pelos demais poderes, pelas entidades privadas e pelos particulares.

A presente exposição voltará seu olhar para a (im)possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, máxime aquelas relacionadas com o direito penal. O pano de fundo da discussão será a teoria do garantismo jurídico de Ferrajoli, sobre a qual serão feitas as observações necessárias à compreensão da função do juiz no controle de políticas criminais.

2. Políticas Públicas

O interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo em simetria com o agigantamento do Poder Executivo, fenômeno iniciado no Estado social. Tanto que justifica um reexame da classificação tradicional dos poderes estatais, baseada na supremacia do Poder Legislativo e no papel secundário do Poder Executivo, deslocando o lugar de destaque da lei para as políticas públicas, ou seja, do Estado legislativo para o Estado social, que tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade.²

Pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos, numa clara substituição do "governo por leis" pelo "governo por políticas". O fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado

¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível**. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2006. p. 280.

² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. In www.jus.com.br. Acesso em 20 de julho de 2008.

pela obrigação de implementação dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva, ativa do Poder Público.^{3 4}

Impende asseverar que a política de Estado não se compõe unicamente por uma norma ou um ato jurídico. As normas e os atos jurídicos compõem a política do Estado, entendida esta como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinando.⁵ As normas, decisões e atos que integram a política pública têm na finalidade da política seus parâmetros de unidade. Isoladamente, as decisões ou normas que a compõem são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico próprio.

Deste modo, as políticas públicas representam o conjunto de planos e programas de ação governamental destinados a intervir no domínio social, por meio das quais são traçadas diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

No Estado Democrático de Direito, pautado pelas teses do neoconstitucionalismo, o desiderato dos poderes públicos consiste na concretização dos direitos fundamentais, não violando os direitos de liberdade e realizando os direitos a prestações através de políticas públicas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição.

Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève:

O Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. É para isto que se presta o Estado, é para isso que o legislativo legisla, é para isso que o Ministério Público atua, é para isso que o Judiciário judica, é para isso que o Executivo administra. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista trimestral de Direito Público**. n. 13. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 135.

⁴ Neste trabalho não será estudada a questão, mui atual, acerca dos custos dos direitos, tendo em vista refugir ao proposto.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: RT, 1997. p. 18.

deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.⁶

Controvérsia da maior importância repousa na análise acerca da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas; problema que será estudado a seguir.

2.1 Judicialização das políticas públicas

Com as idéias do neoconstitucionalismo, a normatividade e a vinculatividade das disposições constitucionais, mormente dos direitos fundamentais, encontram-se plenamente sedimentadas, assentadas. Diante disso, é compromisso do Estado de Direito a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Entretanto, de nenhuma valia será uma Constituição que enumera direitos fundamentais, atribuindo competências para os poderes públicos no sentido de torná-los efetivos, se não houver um órgão capaz de garantir a efetividade destas normas, punindo e responsabilizando aqueles que agirem em seu desrespeito.⁷

Não se pode, por certo, afastar a judicialização das políticas públicas sob o argumento de que consubstanciam questões exclusivamente políticas. As políticas públicas têm inegáveis contornos jurídicos, havendo um verdadeiro poder-dever do Judiciário em analisar sua legalidade e constitucionalidade.⁸

Do ponto de vista doutrinário, o controle jurisdicional de políticas públicas vem sendo discutido no âmbito de duas correntes contrapostas que se digladiam, a corrente procedimentalista, ancorada principalmente nas idéias de Habermas, e a corrente substancialista, que busca sustentação no pensamento jurídico e político de Dworkin.

2.1.1. Procedimentalismo

A partir da distinção entre política e direito, através da teoria do discurso, Habermas critica a politização do Judiciário. Alçado à posição

⁶ CLÈVE, C. M. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 388.

⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 294.

⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 5.

de centro do sistema jurídico, o Judiciário diferencia-se do Legislativo na medida em que age segundo o discurso de aplicação das leis, ao passo que o discurso político de justificação das leis ficaria ao encargo do Legislativo.⁹

Habermas defende um juiz integrado em uma comunidade de homens livres, que aplica o direito a partir do agir comunicativo, observando as pretensões de justiça da comunidade. A interpretação construtiva das normas jurídicas, na medida em que ela contraria o princípio democrático e a separação dos poderes, é assaz criticada pelo filósofo alemão.¹⁰

Caberia ao juiz, tão somente, realizar um acompanhamento procedimental da Constituição, de modo a garantir e proteger um processo de elaboração democrática do direito, através da pré-existência das condições necessárias ao exercício da democracia.

De fato, será possível considerar a Constituição de modo unicamente procedimental, como uma garantia de igual participação no discurso travado pela comunidade, em que se discutem os valores e as condutas a serem adotadas? Esta posição de alicerce formal da democracia é capaz de garantir justiça? E quando o Executivo não cumpre as diretrizes normativas fixadas pelo Legislativo, ou seja, pela comunidade livre de cidadãos, deixando de observar valores democraticamente eleitos como preponderantes naquele momento histórico, a quem recorrer se a perspectiva procedimentalista prevê tão somente o autocontrole dos poderes constituídos?¹¹

Isto posto, analisemos a corrente substancialista.

2.1.2. Substancialismo

A Constituição de 1988 encontra-se repleta de normas com pungente conteúdo material, axiológico, demonstrando opções políticas adotadas pelo constituinte ordinário. Muitas delas não estão

⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 155.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 278 e ss;

¹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 294.

relacionadas à garantia do processo democrático, mas fixam, até autoritariamente, determinados valores a serem observados por toda a comunidade.

A judicialização das políticas públicas funda-se na supremacia da Constituição, de cunho fundamental e superior a todos os poderes do Estado. Ao realizar um juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja garantir a prevalência da Constituição, criando o direito num caso concreto.

De fato, o juiz moderno, seja porque inserido num Estado Constitucional de Direito, que o obriga a aplicar a lei apenas quando constitucionalmente válida, seja porque se depara freqüentemente com conceitos jurídicos indeterminados (tanto na Constituição como nas leis ordinárias), tornou-se integrante do centro de produção normativa. Ele também “cria” o direito. Sendo a política a arte de governar a cidade, a função jurisdicional, na medida em que dá a moldura fina do que é válido juridicamente falando, é inegavelmente política. Mas política no sentido grego da palavra, não se confundindo com política partidária.¹²

O Estado constitucional impõe uma redefinição do papel e das funções do Poder Judiciário, porquanto, com a evolução do Estado das leis para o Estado das políticas públicas, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais e a progressiva marcha da sociedade para um ideal de justiça substancial.¹³

A jurisdicionalização de políticas públicas, ao contrário do que vem sendo afirmado na jurisprudência, não representa afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Na verdade, torna-o efetivo, já que por meio do controle jurisdicional se busca garantir a concretização dos direitos fundamentais, máxime aqueles de conteúdo positivo. A legitimidade do Poder Judiciário para examinar violações a direitos dos cidadãos não decorre do princípio político democrático; ressaí, expressamente, do texto constitucional, não devendo encontrar nenhum óbice legal.

¹² GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 47.

¹³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 8.

Como obstáculo ao controle jurisdicional das políticas públicas, argumenta-se a limitação orçamentária, bem como a reserva do possível, porquanto a implementação de direitos fundamentais positivos exige disponibilidade orçamentária.

O orçamento vincula-se à implementação das disposições constitucionais, expressa o planejamento das políticas públicas a serem levadas a cabo pela Administração Pública. Contém destinação das verbas, estimativa das receitas, fixação de despesas num dado exercício financeiro. Trata-se de um conjunto de atos normativos pelos quais são elaborados, avaliados e executados os programas governamentais, em todos os planos de atuação do Poder Público.¹⁴

É bem verdade que a escassez de recursos públicos, sobretudo em Estados periféricos como o brasileiro, revela o problema da escolha acerca de quais políticas públicas devem ser implementadas e quais devem ser olvidadas, uma vez que a parca disponibilidade financeira não comportaria o cumprimento dos direitos sociais na sua integralidade.

Uma possível solução é encontrada no postulado da ponderação ou da proporcionalidade, devendo-se privilegiar os valores fundamentais básicos trazidos pela Constituição. De fato, em um Estado onde o déficit de políticas públicas para o implemento de direitos sociais alcança níveis absurdos, sobremaneira espinhosa se mostra a discussão sobre a justiciabilidade de políticas públicas.

A Constituição é a baliza mestra da atuação do Poder Público. Vincula toda a ação do Estado e exige que tal ação esteja voltada à realização de suas disposições. O Estado se coloca perante a Constituição como instrumento de realização dos ditames constitucionais. Este é o verdadeiro fundamento de sua existência, sua fonte de legitimidade.¹⁵

Inaceitável, destarte, o preterimento da Constituição em nome da fidelidade a uma norma de nível infraconstitucional ou a uma conjuntura político-econômica desfavorável. A Constituição tem força

¹⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. cit. p. 10.

¹⁵ Idem, p. 10.

normativa, ativa e vinculante, exigindo a máxima atuação dos poderes constituídos para o seu fiel implemento.¹⁶

Os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, só se tornarão efetivos se houver uma prática jurisdicional que determine sua observância – seja na elaboração das leis, seja na adoção de políticas públicas, seja no cumprimento estrito das obrigações previstas nas normas, quando assim demandado pelo seu titular.

3. Políticas Públicas em Direito Penal: Sistemas penais

Conforme visto no tópico acima, é através das políticas públicas que o Estado organiza suas metas e estabelece sua estratégia de governo, priorizando valores de acordo com seus ideais, desde que se observe os imperativos constitucionais.

Neste sentido, o Estado organiza, seleciona e estabelece determinadas políticas voltadas à criminalidade. Como combater o crime, como preveni-lo, como melhor ressocializar o condenado, como reinseri-lo no meio social, são preocupações não apenas jurídicas, mas também políticas, que se adaptam às tendências do governo, tendo sempre como paradigma as normas constitucionais.

A política criminal representa, destarte, o conjunto de plano e programas destinados ao eficaz combate aos delitos que, como qualquer outra política pública, requer a alocação de recursos em todo o aparato do sistema penal, bem como no reforço aos mecanismos informais de controle do delito, como nas escolas, comunidades, centros recreativos, dentre outros.

A depender do momento histórico, e de tantos outros fatores, as políticas criminais podem se apresentar mais ou menos autoritárias, mais ou menos garantistas. Tendências que serão analisadas a seguir.

3.1. Abolicionismo penal

O abolicionismo, como o próprio nome já denota, representa um movimento cuja principal característica reside na abolição do direito penal e do sistema penal enquanto método de controle social e de solução dos conflitos oriundos do fenômeno da criminalidade.

¹⁶ MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista do direito do Estado**. Renavan, ano 2, 2007. p. 245.

Nascido após a Segunda Grande Guerra com Filippo Gramatica, o abolicionismo recusa validade e legitimidade a todos os princípios sobre os quais se assenta tradicionalmente a teoria do delito, propondo não apenas a extinção da pena ou do direito penal, mas a abolição de todo o sistema de justiça penal.

Negando qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre o comportamento desviado, o movimento assume determinadas particularidades diretamente relacionadas com o autor abolicionista a ser trabalhado.

Numa perspectiva radical, Max Stiner propõe a deslegitimação incondicional de qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. Considerado como detentor de uma posição anárquico-individualista, Stiner propugna pela desvalorização de quaisquer ordens ou regras, não apenas jurídicas, mas, inclusive, morais. *Transgressão e rebelião como livres e autênticas manifestações do egoísmo a-moral do ego*.¹⁷

As doutrinas mais difundidas, por outro lado, de viés jusnaturalista, não sustentam a supressão de toda e qualquer forma de controle social, apenas da pena criminal enquanto medida jurídica aflitiva e coercitiva. Seus principais defensores são: Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman, sobre os quais não recorreremos por fugir aos propósitos do presente estudo.

A grande contribuição das teorias abolicionistas repousa não exatamente na proposta apresentada (abolição do sistema penal) senão na crítica inflexível destinada ao sistema penal como um todo, que se tornou argumento fundante da criminologia crítica. Segundo seus autores, o sistema penal não é capaz de resolver eficazmente os conflitos sociais, subtraindo da vítima a possibilidade de uma solução que não implique castigo. De fato, o sistema penal valoriza expedientes que infligem a degradação aos processados e privilegiam soluções violentas e estigmatizantes, reproduzindo estereótipos e cindindo a sociedade de forma maniqueísta e seletiva.¹⁸

¹⁷ Apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hasssan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. p. 201.

¹⁸ MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 81.

Genericamente, o ponto convergente dos abolicionistas reside na tentativa de satisfazer diversas expectativas sociais durante a solução do problema criminal, tais como a conciliação entre os envolvidos, reparação do dano à vítima e à sociedade e, precipuamente, a pacificação das relações sociais.¹⁹

Ferrajoli identifica no abolicionismo o perigo de se transformar em uma proposta antigarantista, vez que, com a extinção das regras penais, os demais sistemas jurídicos as absorverão inevitavelmente, com o diferencial de que não apresentarão direitos e garantias materiais e processuais ao acusado, subvertendo, pois, o ideal da abolição.

Ademais, acrescente-se, com Zaffaroni, que a transição para o abolicionismo pressupõe a transformação da sociedade em algo mais fraterno, justo e solidário, o que, de fato, não aconteceu.²⁰ Até lá, os autores se “contentam” com o postulado do minimalismo penal.

3.2. Movimento da Lei e da Ordem

O movimento da Lei e Ordem representa uma política criminal expansionista que encontra terreno em muitos países de todo o mundo, especialmente nos Estados Unidos da América.

Para os defensores deste movimento, o direito penal é vislumbrado como imprescindível à estratégia de combate à criminalidade e de controle social.

A fim de atingir tal desiderato, o direito penal deve passar por um radical processo de revisão de suas bases e de seus dogmas estruturais, em busca de uma nova estratégia intervencionista, caracterizada pela proteção a novos bens jurídicos, pelo afrouxamento dos princípios penais garantistas tradicionais, pela antecipação da tutela penal através de crimes de perigo abstrato e delitos por acumulação, além da responsabilização penal das entidades coletivas e da redução da maioria penal.

Para os adeptos da Lei e Ordem a missão do direito penal não consiste na proteção subsidiária e fragmentária a bens jurídicos, como

¹⁹ MARCHI JUNIOR, Antonio de Pódova. Abolicionismo criminal. In www.ufba.br/direito/artigos/385. Acesso em 20 de março de 2008, p. 02.

²⁰ **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 58.

tradicionalmente idealizado, mas a manutenção da ordem vigente, reprimindo de maneira severa os comportamentos que possam afetar o *status quo*.

Stratenwerth, nesta ordem de idéias, reivindica como função precípua do direito penal, o “asseguramento do futuro”. Neste ponto, é seguido por Schünemann que defende que o direito penal deve atuar na segurança das futuras gerações, aludindo que a teoria clássica do bem jurídico e do delito são responsáveis por uma perversa inversão de valores, dado que habilita o direito penal para a proteção de valores individuais egoístas, em detrimento da proteção de valores fundamentais para a garantia de condições saudáveis de desenvolvimento de toda a comunidade.²¹

Seguindo o movimento político-criminal da Lei e Ordem, Jakobs desenvolveu o chamado direito penal do inimigo, conferindo uma nova finalidade à pena criminal, não mais como instrumento de tutela de bens jurídicos fundamentais, mas meio de reforço da confiança social na norma jurídico-penal. Ancorada em singular noção de prevenção geral (e neste ponto se destaca do movimento da Lei e Ordem que se apresenta retribucionista), sustenta que a violação da norma penal compromete a estabilidade social. O delito, para Jakobs, é a frustração das expectativas sociais de boa convivência coletiva. A pena aplicada enseja a reafirmação da vigência dos padrões sociais, funcionando como resposta à segurança cognitiva da vigência da norma.²²

Nessa ordem de raciocínio, o comportamento desviado das expectativas sociais afeta a confiança na norma e o infrator penal tem o seu status de pessoa ameaçado. Quem se conduz na vida social constantemente como “satã”, não faz jus, ao menos neste ponto, ao tratamento condigno de pessoa humana.

O direito penal do inimigo trata, portanto, o acusado como “não-pessoa”, como uma fonte de perigo e, como tal, deve ser punido antecipadamente e de forma mais rápida e rígida. Aquele que se comporta como inimigo – ou “não-pessoa”, como prefere Jakobs –

²¹ Apud MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 180-181.

²² Apud GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, nº 32, p. 143, out./dez. de 2000.

merece ser tratado como um verdadeiro inimigo pelo Estado. Segundo o autor, um indivíduo que não vive num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa²³.

Em consonância com esta nova tendência, vem-se construindo uma legislação “de luta”²⁴ contra a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, os delitos sexuais e outras infrações penais de especial gravidade.²⁵ Elimina-se aquele que não ostenta condições mínimas de ser tratado como pessoa, já que assim não se comporta perante a sociedade, legitimando um tratamento segregatório e ríspido, uma vez que outro comportamento dele não se espera, devendo ser enxergado, antes de tudo, como fonte de perigo.

4. Garantismo Jurídico

4.1. Prelúdio

A teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi Ferrajoli, volta-se à construção das colunas mestras do Estado de Direito, cujo fundamento consiste na tutela do indivíduo em face das variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente o direito penal.

Inspirado no ideal ilustrado e liberal (ilustrado em filosofia e liberal em política), o garantismo, na verdade, representa um modelo ideal, “utópico” de Estado de Direito, que os Estados “reais” podem mais ou menos se aproximar. Não se cuida de um Estado de Direito com viés unicamente liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas, principalmente, de um Estado social, conclamado a tutelar também os direitos sociais.

A partir da constatação de uma crise nos sistemas penais hodiernos, Ferrajoli cria a teoria do garantismo penal como resposta à vasta diferença entre normatividade e efetividade.²⁶ Posteriormente, observando cuidar-se de uma crise estrutural, Ferrajoli propõe uma

²³ JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 10.

²⁴ Veja-se, no Brasil, a Lei dos Crimes Hediondos – 8.072/90, a Lei de Combate ao Crime Organizado – 10.217/07 e 11.343/06, dentre outras.

²⁵ JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.

²⁶ Op. cit. p. 683.

teoria geral do garantismo, com potencial de aplicabilidade a todos os ramos jurídicos, uma vez que vincula o poder público à perseguição da efetivação dos direitos fundamentais.

Deste modo, a teoria geral do garantismo abrange os aspectos filosóficos, jurídicos e políticos, podendo ser conceituada de três formas: como um modelo de direito, como teoria do direito e como filosofia política. Trataremos destas três conceituações nos tópicos que se seguem.

4.2. Modelo de direito: o Estado de Direito garantista

Um modelo de direito garantista relaciona-se diretamente com a existência de um Estado de Direito. Não pode haver sistema garantista, máxime um sistema penal garantista, onde não houver um Estado de Direito. Cuida-se de noções correlatas, quase idênticas.

Para haver um Estado de Direito, é mister que o governo seja *sub leges* e *per leges*, ou seja, o Estado deve ser submetido às leis e governado mediante leis gerais e abstratas.²⁷ O poder deve ser conferido pela lei e exercitado na exata forma que esta estabelece, formal e materialmente.

O Estado de Direito, sob a perspectiva formal, subordina-se ao princípio da legalidade (mera legalidade), posto que o poder público, ao exercer sua missão constitucional, encontra-se submetido ao disciplinamento dos enunciados prescritivos, vale dizer, o exercício de suas atividades encontra limites e delineamentos nas leis gerais e abstratas de sua própria autoria.²⁸

Por outro lado, substancialmente, o Estado de Direito vincula-se à salvaguarda dos direitos fundamentais, sendo-lhe vedado lesar os direitos individuais (direitos de liberdade) e obrigado concretizar os direitos sociais. A fonte de legitimação de um Estado de Direito garantista depende da conjugação destes dois fatores: vinculação à lei (mera legalidade) e aos direitos fundamentais (estrita legalidade). Trata-se da fonte de legitimação formal e substancial, respectivamente, em que a lei é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionada a determinados conteúdos substanciais.

²⁷ Conceituação sugerida por Bobbio e seguida por Ferrajoli. Op. cit. p. 687.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 687.

Buscando a conformação de um Estado de Direito garantista, arremata o autor que deve haver regras pré-estabelecidas sobre “quem” pode e “como” se deve decidir, bem como sobre “o que” se deve e “o que não” se deve decidir. As regras sobre quem decide e como decide revelam o caráter político do Estado que, segundo o autor, deve ser democrático. As demais denotam o aspecto jurídico, estabelecendo limites aos poderes decisórios.

4.2.1. Evolução político-ideológica do Estado

a) Estado de Direito

Antes de ser um Estado Democrático, o Estado Moderno nasceu como Estado de Direito, vale dizer, com regras limitadoras de seu exercício. Resultado da oposição histórica travada pelos burgueses contra os domínios da monarquia absolutista, autoritária e neutralizadora das manifestações individuais, a primeira faceta do Estado de Direito trazia em seu bojo o liberalismo como modelo econômico, propagando a limitação do poder do Estado à garantia da soberania e da inviolável majestade do indivíduo, o que implicava liberdade absoluta e separação dos poderes.

Enquanto o Estado de Direito se contrapôs ao Estado Absoluto, o Estado mínimo se contrapôs ao Estado máximo, em outras palavras, o Estado Liberal se afirmou na luta contra o Estado Absoluto em defesa do Estado de Direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, conquanto nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e politicamente.

Neste cenário exsurtem os direitos fundamentais de primeira dimensão, essencialmente individuais, civis e políticos. Identificam-se como direitos de liberdade, de dimensão negativa, de resistência ou oposição ao Estado (direitos de), impondo-lhe uma abstenção, obstando quaisquer ingerências na esfera privada dos cidadãos.

Todavia, não obstante o avanço alcançado no sentido da consecução das liberdades públicas, a sociedade tornou-se vítima de suas próprias estruturas e a pobreza e a marginalização tomaram conta do cenário europeu. O excesso de liberdade, portanto, acabou por gerar graves desigualdades sociais. Neste passo, nova revolução aconteceu, desta feita, tendo como mola propulsora a idéia de igualdade material, com a criação do Estado Social de Direito.

b) Estado Social de Direito

No domínio econômico, o Estado Liberal expunha os fracos à sanha dos poderosos. Desde a sua primeira fase, a revolução industrial evidencia a desumana espoliação do trabalho humano, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia com justiça equiparar.²⁹

A igualdade em que se arrima o Liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, um mundo de desigualdades de fato, no qual o homem explora o próprio homem, cuja liberdade consiste, unicamente, em submeter-se a seu alvedrio.

O surgimento do conteúdo social do Estado parte, pois, da constatação de que a não intervenção estatal nas relações individuais acarreta graves distorções sociais e que a função fomentadora da liberdade e da propriedade privada merece revisão profunda.

Percebendo o crescimento dos movimentos sociais que requestavam um maior comprometimento do Estado com a justiça social, o capitalismo transmutou-se, conferindo aos cidadãos direitos de índole positiva – ações, concernentes a prestações sociais estatais, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.³⁰

O Estado incorpora, por conseguinte, um caráter positivo, em detrimento da mera abstenção própria do modelo liberal. Enquanto no Estado Liberal protege-se a sociedade do Estado, através da idéia de inibição, no Estado Social protege-se a sociedade por meio do Estado, através da idéia de ação em forma de prestações sociais. O foco de atenção desloca-se, portanto, do indivíduo para o grupo social.

Neste contexto ganham relevo os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais, culturais e econômicos – direitos a), principalmente durante o período do segundo pós-guerra mundial, quando adquiriram foros constitucionais. Revelam a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, compatibilizando o capitalismo

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 45.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 56.

como forma de produção e a consecução do bem-estar social, elemento típico do chamado *welfare state*.

Deste período datam as primeiras noções de ordem econômica e social, quando as constituições passaram a discipliná-las de forma sistemática, despontando como marco inaugural a Constituição Mexicana de 1917.³¹

Os direitos sociais nasceram atrelados à idéia de igualdade material e consistem em atuações positivas estatais no sentido de possibilitar uma melhor condição de vida aos menos abastados e que por décadas foram objeto de exploração por seus pares.

Os direitos econômicos, por outro lado, dispõem de uma dimensão institucional, voltados à realização de uma determinada política econômica. Consistem no pressuposto de existência dos direitos sociais, uma vez que sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime social-democrático de conteúdo tutelar e paternalista.

Malgrado a nova concepção de direitos humanos originada pelo Estado de Bem-Estar Social, instituída através de uma ótica distributiva de direitos, com o desiderato de lograr-se uma sociedade mais humana e justa, o Estado Social, de *per si*, não foi capaz de concretizar as tão sonhadas igualdade e justiça social, nem a autêntica participação do povo no processo político, o que deu ensejo ao desabrochar do chamado Estado Democrático de Direito na segunda metade do século XX.

c) Estado Democrático de Direito

A configuração do Estado Democrático de Direito não se cinge à mera aposição das características do Estado Democrático ao Estado de Direito. Representa muito mais. Pressupõe conceitos novos, agregando conteúdos dos Estados Liberal e Social às conquistas democráticas, o que permite identificá-lo como Estado transformador do *status quo*.

Seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna por intermédio do Estado, tal qual perseguido pelo

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 285.

Estado Social, e passa a agir como fomentador da participação efetiva e operante do povo na perseguição desta dignidade.

No Estado Democrático de Direito a solidariedade é apensada à questão da igualdade, que assume caráter comunitário, de participação da sociedade na melhoria da qualidade de vida individual e coletiva dos cidadãos. Se nos regimes totalitários o Estado é tudo e, no Liberalismo, representa quase nada, na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca pelo bem comum.³²

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser por ele exercido, direta ou indiretamente. Há de ser um processo de liberação das formas de opressão, que não depende do reconhecimento formal de certos direitos, mas de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Despertam, nesta realidade, os direitos fundamentais de terceira dimensão, concernentes a direitos de fraternidade e de solidariedade, que trazem como nota distintiva o fato de se desvincularem do homem considerado individualmente, destinando-se à proteção de toda a sociedade, e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Trata-se de direitos que exprimem novas necessidades do homem, geradas, precipuamente, pelo avanço tecnológico experimentado no século passado, tais como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente livre, sadio e equilibrado, à conservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, dentre outros.

Não há que se olvidar, outrossim, que é da essência do Estado Democrático de Direito a sujeição à Constituição e à legalidade democrática, vale dizer, compromete-se o Estado a elaborar e cumprir leis que efetivamente realizem o princípio da igualdade material e da justiça social, perscrutando sempre as finalidades sociais das normas e cotejando-as com os princípios fundamentais.

³² SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal No Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41.

Tal como a vertente do Estado de Direito não pode, hodiernamente, ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado Democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de Direito. Assim como só existe um Estado de Direito Democrático, também só existe Estado Democrático de Direito, isto é, segundo regras jurídicas.³³

Segundo Ferrajoli, para que um Estado de Direito seja verdadeiramente democrático, é mister a coexistência de um aspecto formal, no sentido de um Estado político representativo, baseado no princípio da maioria, e um viés substancial, vinculado à existência de efetivas garantias, liberais e sociais (Estado Liberal mínimo e Estado Social máximo), que limitam a atividade política, já que *nem sobre tudo se pode decidir, nem a maioria*.³⁴

Conformado o Estado “Garantista” (Estado Democrático, substancialmente, de Direito) com um rol de direitos e garantias fundamentais bem definidos, o autor italiano constata a existência de uma questão aporética: quanto mais se incorpora num ordenamento direitos e garantias como deveres públicos, maior é diversidade entre normatividade e efetividade.³⁵

À medida que são formuladas ambiciosas promessas nos níveis normativos superiores, mais difícil se apresenta sua concretização nos níveis inferiores. É bem verdade que, mesmo nos ordenamentos jurídicos “mais perfeitos”, há sempre uma margem de inaplicabilidade dos direitos fundamentais (o que impulsiona a pessoa lesionada a procurar as instâncias judiciais, a fim de ver concretizado seu direito); problema desponta quando essa falta de aplicabilidade se mostra em níveis patológicos, dado que acarreta a ilegitimidade jurídica do Estado de Direito.³⁶

³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 231.

³⁴ Op. cit. p. 694.

³⁵ Op. cit. p. 695.

³⁶ Aduz Ferrajoli cuidar-se de uma aporia irreduzível nos Estados de Direito, já que nunca haverá aplicabilidade integral dos direitos fundamentais. Esta situação não se apresenta nos Estados Absolutistas, posto que, nestes, não há promessas a ser concretizadas. Op. cit. p. 696.

4.3. Teoria do Direito: (i)legitimidade interna

Tendo em vista a aporia irredutível do Estado de Direito, concernente à disparidade entre normatividade e efetividade, faz-se imperiosa uma análise dogmática do direito e de seus institutos, precipuamente da vigência, validade e eficácia, a fim de se perscrutar sua (i)legitimidade.

Se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio de sua positivação no Estado de Direito, tal não é concebível fora do positivismo jurídico.³⁷

Foi com o fenômeno do positivismo jurídico, quando, na Idade Moderna, o Estado passou a ter monopólio da produção jurídica, que se possibilitou o estudo dos institutos jurídicos sob o ponto de vista dogmático, do dever-ser.

A grande novidade do Direito Moderno não está nos conteúdos, mas na forma legal, convencional, artificial, positiva do direito vigente, permitindo-se, assim, uma real distinção entre direito como sistema de normas (direito positivo) e ciência do direito.³⁸

Subtraindo-se a análise filosófica e histórica do processo de positivação do direito, por não constituir objetivo do presente trabalho, o positivismo jurídico conferiu garantias aos cidadãos contra os arbítrios do Estado, máxime quando se trata da segurança jurídica ofertada pelo princípio da legalidade.

Juspositivismo dogmático, assim denominado por Ferrajoli, propugna por uma abordagem normativa do direito válido, o “dever-ser”, sem pretensões de observar sua efetividade. O realismo jurídico, por outro lado, pugna pelo “ser”, pelo direito como fato, faltando-lhe uma análise acerca da validade das normas. Por isso, tais modelos são criticados por Ferrajoli, taxando-os de modelos unidimensionais.³⁹

Numa perspectiva garantista, um ordenamento deve voltar-se igualmente ao direito válido e efetivo, distinguindo vigor, validade e efetividade e realizando, sempre que possível, uma crítica interna,

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 696.

³⁸ Idem, p. 697.

³⁹ Idem, p. 699.

jurídica para que seja legítimo. Dita abordagem é chamada pelo autor de juspositivismo crítico.

A legitimidade interna do ordenamento, em Pontes de Miranda⁴⁰, observa a passagem por três planos: a existência, a validade e a eficácia. A norma existe quando se encontra integrada no ordenamento jurídico, cumprindo-se todo o processo de produção normativa. Existir é simplesmente estar no mundo jurídico. É uma situação fática do mundo, independente de ser vigente, válida ou eficaz.

A validade, para o autor alagoano, constitui uma qualidade da norma jurídica existente, vista exclusivamente do ponto de vista dogmático, da perfeição da norma jurídica, da sua compatibilidade com a Constituição.⁴¹ Por sua vez, a eficácia consiste na possibilidade de produção concreta de efeitos porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para a sua observância, espontânea ou imposta – efetividade ou eficácia social – ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para a sua aplicação – eficácia técnica ou jurídica.⁴²

Para Ferrajoli, diferentemente do alvitrado por Pontes de Miranda, para que uma norma seja considerada vigente é imprescindível que satisfaça as condições de validade formal, ou seja, que seja produzida em consonância com o estabelecido. O juízo sobre a validade das normas, d’outra banda, vincula-se ao aspecto substancial, resguardando o conteúdo que se revele em conformidade com as normas de nível superior.⁴³

Analisando, por fim, o postulado clássico de que ao juiz cabe fidelidade às leis, Ferrajoli propõe uma releitura. Caberá ao juiz interpretar e aplicar uma lei ao caso concreto sempre que esta se apresentar *pari passu* com a Constituição. Do contrário, deverá o juiz dar aplicabilidade à Constituição, e aos direitos fundamentais, declarando a invalidade da norma inferior.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1999. p.58

⁴¹ Kelsen, por outro lado, não identifica o plano da existência, aludindo que a validade representa a criação da norma segundo o preceituado. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1995.

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 699.

Neste processo de “expansão” da Constituição sobre os demais ramos do direito, mormente do direito penal, reside a (i)legitimidade do direito. Quanto mais aproximado dos preceitos constitucionais mais legítima será a norma inferior. Inversamente, se a norma se afastar do prescrito pela norma superior, será eivada de invalidade e expurgada do sistema.

4.4. Filosofia política: (i)legitimidade externa

Questiona o autor, nesta terceira conceituação de garantismo, qual seria a justificação externa ou política do Direito. Com supedâneo em Luhmann, Ferrajoli pondera que há fontes de legitimação que “vêm de cima”, autopoieticas, e aquelas que “vêm de baixo”, heteropoieticas, e segue explicando.

Para um sistema político autopoietico, o Estado é um fim em si mesmo e encarna valores ético-políticos de característica supra-social ou supra-individual, cuja conservação deve ser buscada a qualquer preço, funcionalizando-se, inclusive, os direitos fundamentais. Para as doutrina heteropoieticas, ao reverso, o Estado se desvela como um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.⁴⁴

O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoietica do direito, separado da moral. Nega um valor intrínseco de direito somente porque vigente, demonstrando uma visão utilitarista e instrumental do Estado, voltado à satisfação das expectativas de concretização dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que os escopos e valores de justificação externa do Estado e do direito nunca são plenamente realizados, a legitimação política do poder, mais ainda que sua legitimação jurídica, apresenta-se inexoravelmente imperfeita.

Nos regimes absolutos, onde a legitimação provem “do alto”, a legitimidade do poder é absoluta, perfeita, já que incondicionada. Por outro lado, no Estado de Direito a legitimação relativiza-se, mensurando-se em graus. Garantismo e democracia consistem modelos normativos imperfeitos, irrealizáveis por completo. Por isso alude Bobbio:

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 706.

O garantismo é um modelo ideal, do qual nos podemos mais ou menos nos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente.⁴⁵

4.5. Garantismo penal: o garantismo jurídico aplicado ao sistema penal e a política criminal minimalista

Exposta a linha condutora do pensamento garantista, impende analisá-lo como técnica de política criminal, vale dizer, como uma forma de “fazer” direito penal alternativamente aos modelos estudados nos tópicos acima. Modelo este que, a nosso ver, é o que mais se compatibiliza com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

O direito penal garantista representa a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Sem olvidar os direitos da vítima ou da sociedade, um modelo garantista deve primar pela efetiva proteção das garantias materiais e processuais do réu.

Nos moldes do direito penal clássico, adotado tradicionalmente pelo nosso ordenamento, possui como postulado basilar o princípio da intervenção mínima, que impõe ao legislador uma rígida predeterminação durante o processo de qualificação do delito, autorizando-o a criminalizar comportamentos apenas quando houver graves ofensas aos bens jurídicos mais importantes e, igualmente, quando os outros ramos jurídicos não se mostrarem eficientes a tal desiderato.⁴⁶

A intervenção penal, além de exigir o respeito ao princípio da legalidade estrita, reclama e impõe a presença da ofensividade social como forma de legitimação de atuação, fundado no desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade do bem jurídico tutelado, figurando imprescindível o reconhecimento da dignidade penal e da necessidade de sanção, reveladores de sua concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal.⁴⁷

⁴⁵ No prefácio da obra. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 09.

⁴⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas: a imposição dos princípios constitucionais penais**. Recife: O Autor, 2006. p.122.

⁴⁷ REALE, Miguel. Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional. In www.realeadvogados.com.br, acesso aos 24 de janeiro de 2006. p. 14.

Figueiredo Dias entende que se deve açoitar a evolução do paradigma penal que ponha em xeque a defesa consistente e efetiva dos direitos humanos e o pluralismo ideológico e axiológico. Por isso, alude o autor que cumpre manter-se a recusa de qualquer concepção penal estribada na extensão da criminalização, onde o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual.⁴⁸

Vale dizer, qualquer movimento irracionalmente expansionista do direito penal que venha a olvidar o princípio da intervenção mínima deve ser taxado de ilegítimo, sob o rígido marco de um Estado de Direito Democrático, fundado na dignidade humana como axioma-mor.

Mais do que nunca se defende que o direito penal deve recusar guarida a movimentos inovadores que, sob o falsa aparência de promover a segurança social, destinam-se, na verdade, à flexibilização de seus conceitos estruturais garantísticos, sob o pálio de um sistema penal punitivista, incompatível com seu papel de protetor subsidiário de bens jurídicos e com os ideais democráticos a que presta serviço.

O direito penal só deve intervir se comprovada a lesividade concreta do bem jurídico criminal, em situação de afronta à coletividade. Impõe-se a produção de um dano ou de um perigo concreto de dano de forma significativa, capaz de afetar as condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade humana.

A conduta violadora deve comportar, inegavelmente, um juízo de danosidade material, capaz de abalar o sistema econômico-social. No entanto, a danosidade não se revela ainda suficiente para justificar a intervenção penal, impondo verificar se outro ramo jurídico poderá alcançar os objetivos pretendidos. Labora nesse sentido o conceito de carência de sanção penal que se manifesta através do princípio da subsidiariedade.

Sob a égide da política criminal minimalista (de intervenção mínima), o direito penal deve ser utilizado quando presentes condutas violadoras de um bem jurídico alçado ao patamar de dignidade penal

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n° 33, p. 52, jan./mar. de 2001.

(constitucional), sempre que se revelar impossível sua eficaz proteção por outros meios de controle social, formal ou informal. Atua, destarte, a dogmática penal de forma subsidiária, como *ultima ratio*, apenas quando esgotados todos os instrumentos de menor lesividade que aqueles proporcionados pelo direito penal.

Constatada a dignidade penal do bem jurídico que se almeja tutelar, bem como a ineficácia dos demais meios de controle social – carência de tutela penal, resta perscrutar se a utilização do aparato penal será apta ao atendimento da finalidade para a qual foi instituída, denotando adequação da tutela penal.

A legitimidade da proteção somente se perfaz quando se conclui pela sua eficácia ou aptidão para cumprir a finalidade que dela se espera. Exige-se, assim, uma escolha racional e justificada do instrumento mais adequado e menos oneroso ao cidadão.

Expostos os requisitos para a ostentação do epíteto ilícito penal, impõe-se, segundo Palazzo, a realização de um processo de descriminalização de condutas atentatórias à ordem econômica que não contem com suficiente mérito para ostentar a categoria de ilícito penal, vale dizer, para aquelas condutas que não sejam merecedoras de tutela penal ou não apresentem necessidade de pena impõe-se a descriminalização.⁴⁹

Resumidamente, essas seriam as bases para um direito penal garantista, protetor dos direitos e garantias fundamentais, que serviria de base para uma política criminal garantista. Vale dizer, respeitando os postulados alvitados, o Estado encontra-se “livre” para adotar medidas de combate à criminalidade. Nas palavras de Franz Von Liszt: *o direito penal consiste na barreira infranqueável da política criminal*.⁵⁰

5. A possibilidade de controle do Poder Judiciário sobre as políticas penais

Estabelecidos os delineamentos de um direito penal garantista e das políticas criminais admissíveis num Estado Democrático de Direito,

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002. p. 66.

⁵⁰ Apud HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma política criminal. Três temas de direito penal*. Porto Alegre: FESMP, 1993.

resta a questão: pode o Poder Judiciário intervir na política criminal adotada?⁵¹

Seguindo a linha de pensamento adotada no decorrer deste trabalho, no sentido de que pode e deve o juiz intervir em políticas públicas para conferir aplicabilidade aos direitos fundamentais, como muito mais razão a intervenção judicial nas políticas penais, desde que voltada à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

No campo penal, e dentro do âmbito de um processo penal, é que o “ativismo”⁵² judicial se desvela premente e inexorável, uma vez que se trata do ramo jurídico que impõe a consequência mais gravosa ao cidadão, qual seja, a privação da liberdade.

Neste sentido, não pode o juiz ficar “amarrado” à opção política adotada quando esta escolha contrarie e viole os direitos fundamentais do acusado, porquanto seu comprometimento maior é com o Estado Democrático de Direito e com a Constituição que adota, ainda que implicitamente, um modelo de direito penal e processual garantista.⁵³

Sempre que, com objetivos oportunistas e eleitoreiros, o legislador expandir o direito penal para áreas que não lhe compete atuar, o juiz, realizando um juízo de constitucionalidade, deverá dar guarida à Carta Maior e recusar aplicabilidade à norma maculada, posto que, como diz Ferrajoli:

O que significa de fato que uma lei existe ou está em vigor? Significa apenas que está expressa por um texto legislativo não anulado e pode ser portanto aplicada mediante providencias válidas relativamente a ela. Mas isto não tolhe que ela possa ainda não ser aplicada, toda vez que o juiz a considere inválida. Em tal caso, dever-se-ia mesmo dizer que estes *devem* não aplicá-la, (...) ⁵⁴

Nunca é demais mencionar que a Constituição representa não apenas um paradigma de interpretação, mas, precipuamente, limite da

⁵¹ No âmbito penal as políticas públicas assumem a particularidade de serem expressas, em regras, através de lei em sentido estrito, em face do princípio constitucional da legalidade.

⁵² DELLA VÍA, Alberto. Los jueces frente a la política. In **Doxa**. p. 22.

⁵³ Muitas dessas violações podem ser encontradas no direito brasileiro, tais como a redação original da Lei 8.072/90, 10.217/07, 11.343/06, dentre outras.

⁵⁴ Op. cit. p. 700.

atuação do Poder Público. Vincula a ação do Estado em todos os sentidos e impõe que tal ação esteja voltada à realização de suas disposições, ou seja, dos direitos fundamentais. O Estado deve se pôr como instrumento de concretização destes direitos.

Deste modo, sempre que o legislador, em seu mister constitucional, violar a Constituição restringindo indevidamente direitos dos acusados, deverá o Poder Judiciário fazer prevalecer a supremacia da Constituição.

6. Conclusão

A temática do presente trabalho se desenvolve no entorno de uma teoria da Constituição capaz de se sobrepor a situações político-econômicas, e de confirmar uma ordem constitucional pautada na supremacia da Constituição, na força normativa e vinculante dos direitos fundamentais e na consolidação do Estado como instrumento de efetivação das normas constitucionais.

Neste contexto, mostra-se crucial o papel do Poder Judiciário, enquanto protetor dos direitos e garantias fundamentais, conformando, se necessário, a própria atuação administrativa e legislativa dos poderes constituídos. O Estado Democrático de Direito impõe a existência de um Poder Judiciário imbuído de vontade de Constituição, consciente de seu importante desiderato na efetivação das normas constitucionais, que não se furte em decidir acerca da adequação das ações governamentais para o implemento dos direitos fundamentais.

Este ativismo judicial também é esperado no campo penal, devendo o magistrado conformar o direito e as políticas criminais aos postulados constitucionais, vale dizer, não pode descurar que a dignidade penal e a carência de pena criminal representam o elemento nuclear de legitimação da intervenção penal.

Fundadas no desvalor da ação, do resultado e no elevado grau de lesividade do bem jurídico tutelado, a dignidade penal e a necessidade de sanção, revelam a concepção fragmentária, proporcional e de intervenção mínima do direito penal que consolidam a existência de Estado Democrático de Direito pautado na dignidade da pessoa humana, ideais estes defendidos pelo Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antonia Eliane de Farias

Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Maceió – CESMAC

Rafael da Rocha Gomes

Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Maceió – CESMAC

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Instituição Ministério Público. 2.1. Considerações gerais. 2.2. Princípios constitucionalmente institucionais. 2.3. Garantias do Ministério Público. 3. O papel da polícia judiciária na investigação criminal. 3.1. Breves considerações. 3.2. O trabalho investigativo feito pela polícia judiciária. 4. O controle externo das atividades policiais. 4.1. O Ministério Público e o Poder para investigar criminalmente. 4.2. Limites do Ministério Público para fazer investigações criminais. 5. Direito comparado dá razão ao Ministério Público. 6. Conclusão.

1. Introdução

Desde 1521, com as Ordenações Manuelinas, e 1603, com as Ordenações Filipinas, se ouvia falar em um direito lusitano, o qual influenciou o surgimento, no Brasil, do chamado Ministério Público, não como instituição, mas visando à figura de um Promotor de Justiça, cujo papel era fiscalizar a lei e promover a acusação criminal.

À medida que o tempo foi passando, o Ministério Público, aos poucos, se tornava efetivamente uma instituição, regulada pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal. Mas foi a codificação do Direito nacional que permitiu o crescimento institucional do Ministério Público, em especial do Código de Processo Penal de 1941, quando foram atribuídas várias funções à instituição que conquistou, nesse caso, o poder de requisição de inquérito policial e de diligências, sendo regra a titularidade na promoção da ação penal pública.

Vieram as demais Constituições, Leis Complementares, ditadura, restabelecimento da democracia, Lei Federal, Emendas Constitucionais, Ação Civil Pública e, finalmente, a Constituição de 1988, regulando em capítulo específico as Funções Essenciais à Justiça, tendo tipificado, em

seu artigo 127, que: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis”.

A Constituição da República de 1988 define o *Parquet* como instituição funcional independente, una e indivisível de quaisquer dos três Poderes. Vale lembrar que José Afonso da Silva¹ sob essa ótica sustenta a tese de que não é aceitável ver na instituição um quarto poder do Estado:

porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima (art. 127), são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, [...] desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, com plena liberdade funcional estabelecidas na Constituição e em leis especiais. *Como a Lei n. 8.625/93, e a Lei Complementar n. 75/93, e as diversas leis existentes em cada Estado* (grifo nosso).

O papel do Ministério Público (MP) não é simplesmente de guardião da lei. Sua missão, embora inclua o aspecto da legalidade, vai além desse campo, abarcando a guarda da promoção da cidadania, da democracia e da justiça, da moralidade, além dos interesses da sociedade de uma maneira geral, como as etnias oprimidas, o meio ambiente, o patrimônio público e os direitos humanos. O MP é fruto do desenvolvimento do Estado brasileiro e da democracia, defendendo um Estado Democrático de Direito contra possíveis ataques de má-fé praticados pelo particular.

Pode, ele, agir por iniciativa própria, sempre que considerar que os interesses sociais estejam ameaçados. Ou, então, pode ser acionado por qualquer cidadão que considerar que algum direito ou princípio jurídico esteja sob ameaça.

Diante disso, em novembro de 2006, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) contra a Resolução n. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público

¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 598.

(CNMP). A entidade quis impedir a investigação criminal por parte de membros do Ministério Público².

No Brasil, o tema é bastante polêmico quanto ao poder investigatório do Ministério Público. Objeto de nossa dedicação e esforço, esta monografia está assentada, basicamente, sob as seguintes hipóteses: existência ou não de previsão constitucional e legal para o exercício de tal atividade; subsistência ou não de um monopólio da Polícia Judiciária para investigar crimes, e possibilidades de o Ministério Público aglutinar as funções investigatória e acusatória.

Não se coaduna apenas em competência para investigar, seja civil, seja criminalmente, e sim democratizar o direito penal num momento delicado como este que vivemos, com o crime violento e organizado se alastrando pelo território nacional.

Alemanha, França, Portugal, Itália, EUA, já permitem que o MP investigue por conta própria, sem prejuízo das investigações policiais, o que vem reforçando, e muito, o desempenho da polícia judiciária local.

O momento é delicado e a sociedade precisa ser retribuída, ou melhor, precisa de respostas quanto ao poder investigatório no Brasil, se exclusivamente da Polícia Judiciária ou se, realmente, o Ministério Público poderá fazer certas investigações, colaborando com os princípios da razoabilidade e da ponderação, pois o Direito carrega, na ponta da espada, o real sentimento de justiça e constrói uma sociedade cheia de esperança e tranquilidade no que se refere à balança do Direito Penal, tentando fornecer tratamento igualitário quanto aos anseios da sociedade.

Nesse prisma, é de fundamental importância a participação do Ministério Público no âmbito das investigações criminais no que tange ao princípio da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade, demonstrando, ainda, tal legitimidade a partir do perfil institucional que lhe foi delineado pela Constituição Federal de 1988.

Para enfrentar o assunto, num primeiro momento, realizar-se-á um breve exame da instituição Ministério Público, analisando seus princípios constitucionais e suas garantias. Logo em seguida, algumas palavras sobre o papel da polícia judiciária na investigação criminal e

² Ação em andamento, Inq. n. 1968-2, DF.

seus supostos argumentos e, por fim, a participação do Ministério Público no âmbito da realização dos atos investigatórios criminais no que tange o princípio da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade, já que possui o controle externo da atividade policial.

Ao nos debruçarmos nesse fabuloso debate, queremos demonstrar a importância de uma reconstrução do Estado Democrático de Direito, calcado sobre bases constitucionais.

2. A Instituição Ministério Público

2.1 Considerações gerais

A Constituição da República Federal do Brasil, objetivando dinamizar a atividade jurisdicional, tornando o juiz conservador de uma atitude estática e imparcial, consagrando a sua inércia como garantia de equilíbrio, traz o poder constituinte originário, no bojo da máxima *nemo iudex sine actore*, que significa que não há juiz sem autor e somente funcionará, quando provocada, a institucionalização da atividade profissional, seja ela pública ou privada, atribuindo, em seu texto constitucional, a denominação Funções Essenciais à Justiça, que trata exclusivamente do Ministério Público, da Advocacia pública, do Defensor público e do Advogado privado. Nenhuma dessas instituições ou órgãos faz parte do Poder Judiciário, ou seja, são órgãos que atuam perante o Judiciário e também têm de ser provocados porque, se não, seria um Poder acima dos outros, devido à possibilidade de atuar de ofício. Ademais, agindo sozinho, teria força para paralisá-los inteiramente, a seu livre arbítrio.

Destarte, é desejável que existam órgãos com capacidade postulatória que atuem em juízo em defesa dos interesses gerais da população, como é o caso da Instituição Ministério Público, que se destaca dentre as atividades jurisdicionais, procuratórias e propulsoras, detentora da titularidade da ação penal pública e investida em diversas outras competências fundamentais para a proteção da sociedade.

Como uma questão tópica, passaremos a entender o que seria uma Instituição. O termo Instituição³, derivado do latim *institutio*, de

³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 438.

instituire, é o vocábulo usado na terminologia jurídica em vários sentidos, todos eles mais ou menos equivalentes

O termo Instituição⁴, derivado do latim *institutio*, de *instituire*, é o vocábulo usado na terminologia jurídica em vários sentidos, todos eles mais ou menos equivalentes. Vamos nos ater no sentido de que a instituição já se promove pela direta ação da vontade, que se manifesta, por si mesma, como a própria fonte criadora do que se estabelece, se constrói ou se forma. Nesse sentido, a instituição se apresenta, notadamente, como a fundação ou a criação de alguma coisa, com finalidades próprias e determinadas pela vontade fundadora ou criadora. Em sua principal significação, instituição quer exprimir a criação ou a constituição de alguma coisa, que se personaliza, segundo plano ou bases preestabelecidas, isto é, sob imposição de regras que passam a regê-las, enquanto existentes. Instituição, em sentido estrito, calcado em sua acepção de ato de dispor ou de ação de estabelecer, exprime ainda o sentido de imposição ou deliberação de encargos a respeito de certos bens ou de múnus públicos.

Falando em Instituição, vale as palavras de Calamandrei, citado por José Afonso da Silva em sua obra⁵:

O Ministério Público, o mais difícil entre todos os órgãos, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.

Como é sabido, desde a Constituição de 1988, o Ministério Público, além de ter se desvinculado institucionalmente do Poder Executivo, foi elevado à condição de órgão detentor de autonomia funcional e administrativa, como bem nos ensina JJ. Canotilho⁶:

⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 438.

⁵ SILVA, José Afonso, 2006, p. 602.

⁶ CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.684

O Ministério Público é um poder autônomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder, incluindo os juizes [...] é aquele que colabora no exercício do poder jurisdicional, sobretudo através do exercício da acção penal e da iniciativa de defesa da legalidade do Estado Democrático de Direito.

Da concepção clássica da tripartição dos poderes à aplicação contemporânea da teoria pelos Estados modernos, muito se distingue sem que se distancie da essencialidade da separação do poder estatal. A compreensão das funções das quais o Estado está encarregado de exercer tem disposto essas incumbências para além dos poderes estatais.

A propósito das recentes releituras da teoria da separação dos poderes, Luziânia Carla Pinheiro Braga e Allan Carlos Moreira Magalhães⁷ interagem:

A vetusta separação dos poderes corresponde a uma divisão das tarefas do Estado. A democracia faz as perspectivas do poder assumirem novas dimensões. Não se trata apenas da opressão às liberdades individuais. São esbatidas todas as espécies de opressão, sobretudo a política e a econômica. O poder é uno e incindível, todo ele emanado do povo, exercido diretamente ou por meio de seus representantes, nos termos da Constituição (Parágrafo único do Art. 1º da Constituição Federal de 1988). De tal forma, o Poder Constituinte, em seu conteúdo de legitimidade, confere o exercício de determinadas funções, tarefas e prerrogativas a diversos órgãos, encarregados de bem desempenhá-las. Novas instituições nascem fora do paradigma tradicional, a saber, os tribunais de contas, as defensorias públicas, as procuradorias públicas, os ministérios públicos etc.

A concepção da separação dos poderes no hodierno Estado Democrático há de incluir, além dos três poderes estatais, outros institutos/instituições que visam a garantir a segurança jurídica, a moralidade, o controle eficiente da representação democrática dentro das complexas relações que o Estado apresenta no seio do próprio poder e entre este e o povo de quem o poder emana.

Antes mesmo do surgimento das instituições como função essencial à Justiça, a clássica separação dos poderes se encontrava

⁷ BRAGA, Luziânia Braga Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A Advocacia-Geral da União como função essencial à justiça. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7262>> Acesso em: 20/08/2007.

mitigada pela complexidade de prerrogativas democráticas absorvidas pelo Estado. Em verdade, revelam Luziânia Braga e Allan Magalhães⁸ ter o princípio da separação dos poderes assumido novo viés dentro do Estado Democrático, ao passo que prenunciam:

Eis o desafio: o agir do Estado, procurando conciliar os imperativos práticos de eficiência, gestão prestacionista e direcionamento político com os postulados fincados pelo seu Texto Constitucional. A missão há de ser assumida em plenitude por todas as peças engendradas na organização institucional política. Tal desiderato contempla a expressividade das novéis funções essenciais à Justiça.

A Constituição Federal, em plena harmonia com o sistema de “freios e contrapesos”, instituiu o Ministério Público como um órgão autônomo e independente, não subordinado a qualquer dos Poderes da República, constituindo em autêntico fiscal da nossa Federação, da Separação dos Poderes, da moralidade pública, da legalidade, do regime democrático e dos direitos e garantias constitucionais.

O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesse coletivos, afirma José Afonso da Silva. E esse mesmo autor faz um esboço histórico da passagem da instituição Ministério Público nas diversas Constituições, senão vejamos:

A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a Lei 1.030, de 1890, já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁹.

Vale lembrar que o professor constitucionalista José Afonso da Silva, calcado exclusivamente na Constituição da República Federativa

⁸ *Op. cit.*

⁹ SILVA, José Afonso. 2006, p. 597-8.

do Brasil de 1988, define que a instituição Ministério Público é uma instituição funcional, independente, una e indivisível de qualquer dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

2.2 Princípios constitucionalmente institucionais

A questão relativa aos princípios que regem o Ministério Público nos coloca a pensar em uma instituição que, por possuir uma estrutura orgânica multifária e diversificada, realiza, em seu bojo, desde a exposição de motivos da Comissão que elaborou o anteprojeto da antiga Lei Orgânica do MP (Lei Complementar 40/81) e consagrado na atual Lei 8.625/93, ao modo como as instituições ali mencionadas, no artigo 128 da Constituição de 1988, pertencessem unicamente ao Ministério Público. De modo que, o Ministério Público, em sua estrutura básica, fosse uma só instituição, quer atuando no âmbito Federal quer no âmbito Estadual, Distrital e Territorial.

O Professor Frederico Marques¹⁰, nos brinda com ilustre observação feita à instituição Ministério Público quando se trata da organização federativa:

No Brasil, em virtude da organização federativa, pode-se dizer que há um parquet em cada Estado, além do que constitui o Ministério Público Federal e dos que funcionam junto às jurisdições especiais. Dentro de cada parquet existe a unidade e a indivisibilidade que estruturam a instituição como um corpo hierarquizado. De parquet para parquet, há apenas unidade funcional sob a base da lei, pois na aplicação do direito existem laços de coordenação e igualdade.

Diante do exposto, começaremos a analisar cada um dos princípios, apontados por Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino¹¹, sem aprofundamento, apenas para ilustração da metéria estudada.

Prelecionam os autores que o princípio da unidade significa que seus membros integram um só órgão, sob única direção de um procurador-geral. Contudo, esse princípio deve ser visto como “unidade dentro de cada Ministério Público”. Não existe, em face do tratamento constitucional, unidade entre o Ministério Público Federal e os Ministérios dos estados, tampouco entre o Ministério Público de um

¹⁰ SILVA, José Afonso. 2006, p. 601.

¹¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 664-6.

estado e o de outro, e nem mesmo entre os diferentes ramos do Ministério Público da União.

O princípio da indivisibilidade enuncia que os membros do Ministério Público não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, de acordo com as regras legais, sem nenhum prejuízo para o processo. A indivisibilidade resulta do princípio da unidade, pois o Ministério Público é uno, não podendo subdividir-se em outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros. A atuação dos membros do Ministério Público é atuação do órgão, indivisível por expressa disposição constitucional. Da mesma forma que o princípio da unidade, a indivisibilidade também não pode ser efetivada entre os diferentes Ministérios Públicos, devendo ser compreendida como existente somente dentro de cada um deles.

Já o princípio da independência funcional, o que reportamos ser o mais importante, justifica que o Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não estando subordinado a qualquer dos Poderes (Legislativo, Executivo, ou Judiciário); seus membros não se subordinam a quem quer que seja, somente à Constituição, às leis e à própria consciência. No exercício de suas competências constitucionais, o MP não se sujeita a ordens de ninguém, de nenhum dos Poderes do Estado; seus membros não devem obediência a instruções vinculante de nenhuma autoridade pública. Nem mesmo seus superiores hierárquicos (Procurador-Geral, por exemplo) podem impor-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira em um determinado processo, haja vista que a relação de subordinação existente entre eles é meramente administrativa, e não funcional.

E, por fim, o princípio do promotor natural. A jurisprudência do STF já deixou assente que o princípio do promotor natural tem sede constitucional. Senão, vejamos a ementa do HC 67759/RJ, tendo como rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 06.08.1992, acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

Ementa: Habeas corpus – Ministério Público – sua destinação constitucional – Princípios Institucionais – A questão do Promotor Natural em face da Constituição de 1988 – Alegado excesso no exercício do Poder de denunciar – Inocorrência – Constrangimento injusto não caracterizado – Pedido Indeferido. – O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao

sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável¹².

Desse modo, segundo o postulado, somente o promotor natural é competente para atuar no processo, como meio de garantia da imparcialidade de sua atuação, e como garantia da própria sociedade, que terá seus interesses defendidos, privativamente, pelo órgão constitucional técnico e juridicamente competente. O princípio do promotor natural impõe que o critério para a designação de um membro do Ministério Público para atuar em uma determinada causa seja abstrato e pré-determinado, que seja baseando em regras objetivas e gerais, aplicáveis a todos os que se encontrem nas situações nelas descritas, não podendo a chefia do Ministério Público realizar designações arbitrárias, decididas caso a caso, tampouco determinar a substituição de um promotor por outro, fora das hipóteses expressamente previstas em lei, sem contar que lhes são assegurados à autonomia administrativa, afirmam os autores¹³.

2.3 Garantias do Ministério Público

Como agentes políticos, os membros do Ministério Público precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções, não sendo privilégios pessoais as prerrogativas da vitaliciedade, a irredutibilidade de subsídio e a inamovibilidade, que se lhes reconhecem, a todos, mas garantias necessárias ao pleno exercício de suas elevadas funções que incluem até

¹² Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência: HC 67759. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 15/082007.

¹³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. 2007, p. 666-7.

mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais. Admite-se, contudo, a remoção por motivos de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público. Senão vejamos resumidamente nas palavras dos professores Vicente e Alexandrino¹⁴ as principais garantias dos membros do Ministério Público:

Os membros do Ministério Público adquirem vitaliciedade após dois anos de efetivo exercício na carreira, mediante aprovação em concurso de provas e títulos, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado. Importante ressaltar que a vitaliciedade vale muito mais que a mera estabilidade, sobretudo porque a vitaliciedade esta condicionada a perda do cargo à existência de sentença judicial que a imponha. Já a estabilidade limita-se a garantir a realização de regular processo administrativo (LOMP, art. 38, I). Quando a inamovibilidade, uma vez no cargo, os membros do Ministério Público somente podem ser removidos ou promovidos por iniciativa própria, e não de ofício, isto é, não por iniciativa de qualquer autoridade, salvo em uma única exceção: por motivo de interesse público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa. O subsídio é irredutível. Essa irredutibilidade é nominal, não real, e não impede a incidência ou aumento de tributos sobre o valor do subsídio, isto é, a garantia é constitucional, prevista no art. 128, §5º, I, “c”, da CF/88 com as seguintes ressalvas previstas nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, §2º, I *apenas citaremos os artigos, pois não interessa no momento estudá-las* (grifo nosso).

Destarte, acompanhar a evolução do Direito, as mudanças sociais e conhecer a realidade brasileira são pressupostos para a compreensão do atual papel político do Ministério Público, pois, assim como não se organiza uma Justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um País de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais, da mesma forma não se pode conceder um Ministério Público desvinculado dos problemas nacionais¹⁵.

Ao reconhecer a importância do seu papel e atribuições, e conceder-lhe as indispensáveis garantias, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, para exercê-las com independência

¹⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. 2007, p. 671-2.

¹⁵ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. **Ministério Público: Instituição e Processo: perfil constitucional, independência, garantias, atuação processual, civil e criminal**. São Paulo: Atlas, 1997, p.33.

e autonomia, não, porém, sem a observância de uma unidade institucional, a Carta de 1988 marcou o início de uma nova etapa na história da Instituição: conceder, ao Estado Democrático de Direito, a defesa social tendente à proteção e efetivação dos direitos sociais e individuais indisponíveis sufragados na ordem constitucional, convertendo-se em documento fundamental de segurança jurídica e em instrumento básico de defesa das liberdades civis e de proteção das franquias democráticas.

Nesse sentido, e sob bases principiológicas, nasce o devido processo legal que se aplica genericamente a tudo que diz respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade¹⁶.

No entanto, sob todas essas considerações, temos, como pressuposto lógico da prática de um crime, a atuação do Estado, calcada na existência de um prévio processo penal, configurando, assim, o princípio do devido processo legal. Nesse sentido, para a instauração desse prévio processo, faz-se necessário que o acusador tenha um mínimo de prova como os tradicionais indícios da autoria e da prova da materialidade.

Nas palavras de Rogério Sanches da Cunha¹⁷, esses elementos mínimos de prova são obtidos, via de regra, por intermédio do inquérito policial. E conceitua o autor que o inquérito policial é um procedimento administrativo que tem por objetivo reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e sua autoria, a fim de propiciar a propositura da denúncia ou queixa.

Em conseqüência, passa-se ao exame dos fundamentos que legitimam o exercício do poder investigatório criminal, se pertencente à Polícia Judiciária ou ao Ministério Público detentor do controle externo das atividades policiais.

Nesse terceiro capítulo, chamaremos a atenção dos leitores para uma observação crítica que será feita em capítulo próximo, dos pesados argumentos feitos pela Ordem dos Advogados do Brasil, seguida pela

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2006, p. 33.

¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Muller; FERRAZ, Maurício Lins; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal prático**. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 22.

manifestação do senhor Ministro Relator Marco Aurélio e, também, do então, ex-Ministro aposentado, Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal.

3. O papel da polícia judiciária na investigação criminal

3.1 Breves considerações

Enquanto houver investigação, no procedimento administrativo, os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da publicidade não serão aplicados, apenas o princípio da oficialidade. E, seguindo a ótica processual, o devido processo legal está intimamente ligado à atividade exercida pela polícia, a de presidir o inquérito policial. E, ainda, para a boa formação da *opinio delicti*, consistente com a autoria e materialidade do delito, procedimento este investigativo, o Ministério Público terá como base subsídio suficiente para o início de uma ação penal, no qual, agora, serão aplicados os princípios mencionados acima.

Quanto às polícias judiciárias brasileiras, entende-se que são uma instituição de direito público destinado a manter a paz pública e a segurança individual. Seu objetivo, portanto, é apurar a ocorrência de crimes ou contravenções penais e suas respectivas autorias, procurando juntar o maior número de elementos para que seu destinatário direto, seja o Ministério Público, seja o ofendido, ajuíze a ação penal correspondente.

Vale lembrar que o inquérito policial é, sem sombra de dúvidas, o principal instrumento de investigação e o maior auxiliar do Ministério Público na persecução da ação penal.

Contudo, o art. 39, § 5.º, do Código de Processo Penal, diz: o “Órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, nesse caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”.

Diz, portanto, o mencionado artigo, que o inquérito policial é peça meramente informativa podendo ser automaticamente dispensável.

Por outro lado, o *caput* do art. 4º, do mesmo diploma legal, preleciona que a investigação preliminar, em princípio, é policial e amplia a competência para outras autoridades administrativas em seu parágrafo único:

Art. 4º. A Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único: A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Guilherme de Souza Nucci¹⁸, debruçando sobre o polêmico assunto referente à impossibilidade do representante do Ministério Público produzir e conduzir sozinho inquérito ou investigação penal, nos ensina que:

Embora seja tema polêmico, comportando várias visões a respeito, cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal, assuma a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquérito visando à apuração de infrações penais e de sua autoria. A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome *polícia judiciária* – na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144, da CF/88).

Continua o autor dizendo que o que lhe foi conferido foi a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento, salvo o excepcional caso reservado à vítima, quando a ação penal não for intentada no prazo legal, como se verifica no artigo 5º, inciso LIX, da nossa Constituição Federal, dispondo que: “será admitida ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. E, seguido ainda do artigo 29 do Código de Processo Penal:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

No entanto, os argumentos contrários à possibilidade de o Ministério Público poder fazer investigações criminais estão calcados no reconhecimento da própria instituição de não lhe serem atribuídos tais poderes na área criminal, tendo, para tanto, que ser aprovada uma

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 73.

Emenda Constitucional para o feito. De acordo com o princípio da legalidade, os adeptos dessa teoria entendem que a um órgão público é assegurado fazer somente o que está expressamente permitido pela legislação; além disso, não seria legítimo conceber um MP “policial”, quando a própria Constituição permite investigações exclusivamente civis, além, ainda, de lhe outorgar o controle externo das atividades policiais. Dessa forma, não faria sentido controlar uma atividade que também desenvolva. A tese defendida pelos aliados dessa teoria está calcada na experiência demonstrada à sociedade de que as investigações criminais pelo Ministério Público comprometem a neutralidade na apuração dos fatos, cujo resultado tem a finalidade de fundamentar o sistema acusatório.

Nota-se, ainda, que tem fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal que prevê a possibilidade do promotor elaborar inquérito civil, mas jamais inquérito penal.

De conformidade com a leitura do art. 144 da Constituição Federal, a nossa Carta Magna estabelece tão somente que haja a repartição de atribuições entre os diversos órgãos de polícia, incumbindo à Polícia Federal a apuração de crimes federais, com exclusão das polícias civis, com o escopo de evitar o conflito de atribuições. Desse modo, com o inciso IV, § 1º do mesmo artigo da Constituição supra citado, no âmbito federal as funções de polícia judiciária são exercidas, com exclusividade, pela Polícia Federal.

Deixaremos os comentários para o quarto capítulo desta obra, no qual nos debruçaremos mais intensamente sobre o assunto.

3.2 O trabalho investigativo feito pela polícia judiciária

Como já temos condições de vislumbra, a essa altura, o entendimento de que o sistema processual penal brasileiro tem natureza acusatória e é composto por uma fase preliminar, destinada à apuração da infração penal e sua respectiva autoria, denominada de investigação policial, formalizada através do inquérito policial que é elaborado pela Polícia Judiciária (Polícia Civil). Tal atividade, por sua vez, é eminentemente administrativa e decorrente do poder de polícia do Estado, ou seja, é evidente que as atividades policiais encontram-se unidas ao Poder Executivo, isto é, na Administração, representada por um Delegado de Polícia de Carreira. Sendo assim, na realidade, temos a Administração Pública a serviço do Direito Processual Penal.

Essa fase preliminar é conhecida também como fase extrajudicial, que é destinada à formação preliminar da culpa, sendo, via de regra, desenvolvida pelo Poder Executivo, por meio da polícia civil, e formalizada no inquérito policial. Este, como verdadeiro procedimento que é, também produz provas que deverão ser repetidas em juízo para tornarem-se definitivas, todavia nem todas essas provas poderão ser repetidas, como é o caso das perícias.

Existem a coleta e a produção de prova no inquérito policial, vez que, algumas provas, tais como a perícia feita no local do crime ou no objeto utilizado para o cometimento do delito, são irrefutáveis na medida em que não podem ser refeitas, via de regra, em juízo, assumindo um caráter definitivo. É o que diz o professor Guilherme de Souza Nucci¹⁹:

Admite-se sejam válidas em juízo somente as provas periciais, impossíveis de serem postergadas, como ocorre com o exame de corpo de delito. E, mesmo assim, estão sujeitas ao crivo da defesa, que, em juízo, pode pedir o seu refazimento, quando necessário e demonstrado o prejuízo ao réu.

Apesar das injustas críticas que o inquérito policial recebe, ele ainda é um instrumento democrático, uma vez que garante ao cidadão que não sofra as amarguras de uma denúncia infundada, por mera suspeita. Atualmente, a polícia só investiga notícia de crime com respaldo em inquérito policial, exatamente para não ferir o sistema de garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, entre essas o direito ao devido processo legal. Não é por outra razão que invariavelmente, em todas as investigações procedidas pelo órgão, invoca-se o questionado sigilo, com notório desrespeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório e, conseqüentemente, do devido processo legal, revestindo-se, assim, em inegável inconstitucionalidade.

É o inquérito policial um verdadeiro processo legal, previsto no Código de Processo Penal e na nossa Carta Política, como já analisado, sob cujas normas de procedimento são colhidas as provas legais e lícitas, sob rigoroso controle legal e constitucional. Corrobora com esse entendimento o princípio da verdade real que se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. 2004, p. 69.

infração penal e nos exatos limites de sua culpa, numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes.

Assim sendo, fica sob a responsabilidade do delegado de polícia conduzir as investigações e reunir nos autos do inquérito as provas que encontrar nas suas investigações, tendo como principal objetivo apurar a verdade dos fatos, espelhando-se no trabalho do magistrado ao proceder sua tarefa, isto é, com total imparcialidade. Afinal, tanto o representante do Ministério Público como o Advogado de Defesa do acusado utilizarão, de regra, as mesmas provas colhidas pela Polícia Judiciária no inquérito, ainda que sejam repetidas no curso da ação penal. Comete grave erro o delegado que desprezar qualquer prova do fato e de suas circunstâncias, pois todas deverão ser incluídas nos autos. Além disso, à autoridade policial é proibido arquivar inquérito (artigo 17 do Código de Processo Penal - “Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”), devendo cumprir os prazos estabelecidos para concluir as investigações, ao término dos quais fará remessa dos autos ao juiz (controle jurisdicional), que dará vistas ao Ministério Público (controle externo). Se insatisfeito com os resultados das investigações, o representante do Ministério Público, poderá requisitar novas diligências, indispensáveis ao oferecimento da denúncia.

O inquérito policial é, sim, um instrumento hábil e eficaz para a investigação criminal, pois o trabalho da polícia está duplamente vigiado. Senão, vejamos o que diz o professor Guilherme de Souza Nucci²⁰:

O que se colhe na fase policial, durante o inquérito, não é fruto de atividade interna da polícia, que somente interessa aos seus órgãos correccionais e ao Poder Executivo, ao qual está vinculada a autoridade policial. Ao contrário, o desenvolvimento das ações policiais investigatórias, segundo a lei processual penal em vigor, concerne, sobretudo, ao Juiz de Direito e ao Promotor de Justiça. O primeiro é, ainda segundo o Código de Processo Penal, o órgão do Estado encarregado de diretamente fiscalizar a atividade da polícia judiciária, que aliás possui tal designação (judiciária) não por mero acaso, concedendo-lhe prazo, propiciando-lhe diligências, autorizando-lhe atos, emitindo ordens de prisão, de busca, de apreensão, de quebra de sigilo telefônico, entre outras, bem como requisitando diligências. O segundo é o titular da ação penal, formando a sua *opinio delicti* baseado

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. 2004, p. 99-100.

justamente nas provas colhidas pela autoridade policial, já que não detém, no Brasil, a presidência dos inquéritos, esta constitucionalmente entregue à Polícia Civil ou à Polícia Federal, conforme a natureza do crime investigado.

E, nesse sentido, se encontra a posição de parte da Corte, com o Relator Ministro Marco Aurélio acompanhado do Ex-Ministro Nelson Jobim em não admitir a competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas apenas de requisitá-las à autoridade policial competente. Vejamos o informativo 325 do Supremo Tribunal Federal, que transcrevemos, sob o título “Ministério Público e Poder de Investigar”, no Inq. 1968²¹, julgado em 15.10.2003:

Iniciado o julgamento de inquérito em que se pretende o recebimento de denúncia oferecida contra deputado federal pela suposta prática de fraudes contra o Sistema Único de Saúde - SUS, levantadas a partir de investigações efetivadas no âmbito do Ministério Público Federal. O denunciado, em sua defesa, alega a atipicidade da conduta, a inépcia da denúncia, bem como a falta de justa causa para a ação penal, porquanto o Ministério Público Federal não deteria competência para proceder à investigação de natureza criminal, incumbindo-lhe apenas, a teor do disposto no inciso VIII do art. 129 da CF, requisitar diligências e a instauração de inquérito policial. O Min. Marco Aurélio, relator, considerando que os elementos que serviram de base à denúncia provêm exclusivamente de dados obtidos em investigação criminal realizada pelo Ministério Público, proferiu voto no sentido de rejeitar a denúncia, por entender que o Ministério Público, embora titular da ação penal, não possui competência para realizar diretamente investigações na esfera criminal, mas apenas de requisitá-las à autoridade policial competente, no que foi acompanhado pelo Ministro Nelson Jobim.

Sob os argumentos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a criação, pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, pela Resolução n. 13/2026, de uma outra forma de investigação, conduzida exclusivamente pelos membros do Ministério Público, denominada de “procedimento investigatório criminal”, paralela ou suplementar ao inquérito policial, não se encontra

²¹ Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência: Inq. 1968-2/DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo325.htm#Ministério%20Público%20e%20Poder%20de%20Investigação>. Acesso em: 16/08/2007.

amparada em qualquer hipótese de investigação trazida pela Constituição da República ou pelo Código de Processo Penal, criando legislação autônoma sobre as investigações das infrações criminais, o que é – de todo – inaceitável e inconstitucional, por afrontar a própria Constituição.

Para tanto, trazemos, resumidamente, o que pesam os adeptos dessa teoria, tendo como principal autor o Conselheiro da OAB, Cezar Bittencout²²:

1) Em primeiro lugar, não se trata de disciplinar o que não existe, pois nem a Constituição Federal nem a Lei Orgânica do Ministério Público, em nenhum momento, deram ao MP atribuições para investigar matérias criminais, apenas investigação civil (art. 129, III);

2) Quem investiga, não pode acusar depois, porque “há um desequilíbrio entre a acusação e a defesa”. “Como quem investiga não pode ser parte e quem é parte não pode investigar preliminarmente, cria-se uma incompatibilidade, pois afasta a impessoalidade e a imparcialidade que o Ministério Público tem que ter como parte”;

3) Além disso, o relator da matéria da OAB nacional lembrou que, na Assembléia Constituinte em 1988, todos o pedidos que falavam sobre a investigação criminal do Ministério Público foram recusados. Também diz que a Constituição não deixa lacunas sobre o assunto e deixa bem claro que o poder de investigar é da polícia civil. Por isso, o CNMP, além de não ter legitimidade para legislar a respeito, não poderia decidir em questão que está sob júdici no Supremo Tribunal Federal;

4) Os argumentos contrários à possibilidade de o Ministério Público poder fazer investigações criminais estão calcados no reconhecimento da própria instituição de não lhe serem atribuídos tais poderes na área criminal, tendo, para tanto, que ser aprovada uma Emenda Constitucional para o feito;

5) Art. 144, §1º, IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

²² BITTENCOUT, Cezar; LIVIANU, Roberto. Visão Jurídica: Enfoque: O Ministério Público pode fazer investigações criminais?. São Paulo, n. 10, p. 6-7, setembro/2007.

4. O controle externo das atividades policiais

4.1 O Ministério Público e o Poder para investigar criminalmente

Inicialmente, faz-se necessário vislumbrar uma importante diferença, pouco analisada por todos, referente ao inquérito policial e a realização de diligências investigatórias no âmbito criminal. A primeira é uma espécie do gênero investigação criminal, sendo apenas considerada atividade exclusiva da Polícia. Porém, as diligências investigatórias, no âmbito criminal, podem ser compreendidas como qualquer conjunto de atos de natureza processual instrumentalizadoras ou preparatórias de eventual futura ação penal²³. A partir daqui, o estudo adentra no plano da interpretação, que pode dar-nos diversos sentidos, o que não é objeto deste trabalho.

Num primeiro momento do nosso debate, no que se refere à exclusividade da Polícia em investigar sob o que dispõe o artigo art. 144, §1º, IV: “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União” se encontra a posição de Eugênio Pacelli²⁴ e utilizando uma hermenêutica clássica onde não haveria impedimento às investigações ao Ministério Público dos Estados explica as razões do exercício de investigações preliminares:

A palavra exclusividade, que se encontra no citado art. 144, §1º, IV, da CF, nada mais faz que esclarecer que, no âmbito das polícias da União – Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal – , caberia apenas à primeira (a Polícia Federal) a função de Polícia Judiciária. Nada mais. [...] a Constituição da República reconhece no MP a titularidade para o exercício de investigações preliminares (antes do processo). Essas investigações, evidentemente, deverão ter curso em regular procedimento administrativo de sua competência, conforme previsto em lei complementar (art. 129, VI, CF), ela está, a todas as luzes, autorizando o exercício direto da função investigatória a quem é o verdadeiro legitimado à persecução penal.

²³ PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da ilegalidade da investigação criminal exercida, exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil. Disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.br>> Acesso em: 03/06/2007.

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 63-64.

O princípio da universalização da investigação criminal representa o aumento do leque de pessoas e entidades legitimadas a participar no trabalho de investigação criminal. Contrapondo-se, assim, ao monopólio policial. Tanto no plano federal quanto no estadual, o Ministério Público passou a realizar investigações criminais, especialmente em casos rotulados como rumorosos, sem requisitar a instauração de inquérito à autoridade policial. Ao Ministério Público é atribuída a função de investigar, sem, entretanto, qualquer privatividade.

Entretanto, podemos citar alguns exemplos em que ocorre a ulterior subsidiariedade da atuação do Ministério Público, quanto às investigações, ou seja, à concorrência de atribuições, as quais não ostentam a finalidade dirigida à persecução penal, senão vejamos: as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, tipificadas no §3º do art. 58 da CF/88 que possuem “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, prevê que as referidas Comissões terão poderes investigatórios próprios das autoridades judiciárias e a investigação a ser praticada pelo próprio órgão ministerial, através do inquérito civil para o ajuizamento da ação civil pública, Lei 7.347/85, art. 8º, § 1º²⁵.

O que se pode impedir, em qualquer caso – de investigação policial dirigida contra magistrado ou membro do Ministério Público -, é o indiciamento do investigado, sem autorização expressa do órgão de jurisdição competente para o julgamento da matéria.

²⁵ Nesse sentido, cabe transcrever trecho do voto do ministro Joaquim Barbosa quando do julgamento do Inquérito 1968-2/DF, em 1º/09/2004. Cf. <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/VotoBarbosaInq1968.pdf>>. Acesso em: 03/06/2007.

“O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim, o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao Parquet. Não raro, a devida valoração do fato somente ocorrerá na sentença! Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença, quem a faz é o legislador, ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a pena, subsidiária e a mais gravosa). Assim, parece-me lícito afirmar que a investigação se legitima pelo fato investigado, e não pela ponderação subjetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta” (sem grifo na origem).

Nas esferas penal e civil, o autêntico defensor da sociedade tem a incumbência de zelar pela moralidade e pela probidade administrativa. Nesse sentido, o legislador proferiu, no art. 129, um rol exemplificativo das funções do Ministério Público:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva²⁶;
- VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior (regulado pelos arts. 3º e 9º da LC 75/93);
- VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

²⁶ A lei complementar requerida pelo inciso VI adveio, em 20 de maio de 1993, sob o número 75, e cuidou de especificar as matérias-objeto do poder requisitório, que compreendem: a) as diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 7º, II); b) a instauração de procedimentos administrativos (art. 7º, III); c) a notificação de testemunhas e a sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; d) as informações, os exames, as perícias e os documentos de autoridade da Administração Pública direta ou indireta (art.; 8º,I);e) os serviços temporários dos serviços da Administração Pública e os meios matérias para a realização de atividade específicas (art. 8º, III); f) as informações e os documentos de entidades privadas (art. 8º,IV); g) a expedição de notificação e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar (art. 8º VII), e h) o auxílio de força policial (art. 8º, IX). No mesmo sentido, o artigo 26, inciso I, “a” e “b”, II e IV, da Lei 8.625/93.

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Vale lembrar que outras competências poderão ser outorgadas ao Ministério Público pelo legislador, desde que sejam compatíveis com a missão constitucional do órgão. Especialmente o art. 129, VII, atribuiu ao Ministério Público a função institucional voltada à defesa da sociedade e de seus interesses, dotando-lhe de instrumentos suficientes para o cumprimento de tão elevado mister.²⁷

Sob análise do art. 129, VIII, veja também, art. 8º, V, da LC 75/93 e art. 26, da Lei 8.625/93:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:... V – realizar inspeções e diligências investigatórias...

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los...

Atividade-fim do Ministério Público no âmbito criminal, a promoção da ação penal, do inciso I, do artigo em comento, também está prevista no inciso III do artigo 25 da Lei n. 8.625/93 e no inciso V do artigo 6º da LC 75/93. Destacamos que a citação desses artigos não se coaduna em mera redundância e, sim, deixa claro, comprovadamente fundamenta, na lei, as atuações do Ministério Público. Senão vejamos:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na lei orgânica e em outras leis, incube, ainda, ao Ministério Público:

III – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

V – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

²⁷ De acordo com Guilherme Costa Câmara, “intentou o constituinte de 1988 criar um sistema precípua de fiscalização, um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigida à melhor coleta dos elementos de convicção que se destinam a formar a *opinio delicti* do promotor de Justiça, fim último do inquérito policial”. (CÂMARA, Guilherme Costa. O controle externo da polícia. Revista Eletrônica Júris Plenum, n. 74. nov.-dez. 2003, v.2.)

Em relação aos membros do Ministério Público e magistrados, Eugênio Pacelli²⁸ enumera que a legislação ainda prevê que:

Na hipótese de constatado, no curso de investigação, indício da prática de infração penal por quaisquer um deles, a autoridade policial, civil ou militar, deverá remeter imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça (no caso de infração imputável a membro do Ministério Público dos Estados, conforme art. 41, parágrafo único, da Lei n 8.625/93), ao Procurador-Geral da República (quanto aos crimes atribuíveis aos membros do Ministério Público da União, conforme art. 18, parágrafo único da Lei Complementar n. 75/93) e, finalmente, no que diz respeito à suspeita de crimes praticados por magistrados, os autos deverão ser remetidos ao tribunal ou órgão especial do tribunal (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar n. 35/79), para fins de prosseguimento das investigações.

Consoante com o princípio da Interpretação conforme a Constituição, a solução da questão, longe de tratar-se de inconstitucionalidade dos apontados dispositivos legais, reside na identificação do juiz natural, competente para o processo e o julgamento de eventual ação penal, bem como do órgão do Ministério Público que exerça as suas atribuições.

Sob a ótica do art. 129, inciso IX da CF/88, dispõe expressamente sobre a possibilidade do exercício de “outras funções que lhe forem conferidas”, de acordo também com o art. 5º, inciso VI da LC 75/93, deixando, ainda, assente em seu inciso XIV, a promoção de “outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais”. Exemplo de tais funções conferidas por legislação hierarquicamente inferior é justamente a realização, e não mera requisição, de inspeções e diligências investigatórias²⁹. Por óbvio, as funções em tela devem ser submetidas a condicionantes. O Procurador da República, Paulo Fontes, em nota técnica distribuída recentemente aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pela Associação Nacional

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. 2006, p. 72.

²⁹ Art. 8º da LC 75/93. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:
V- realizar inspeções e diligências investigatórias (sem qualquer restrição a determinado âmbito de atuação).

dos Procuradores da República, citando Streck e Feldens, explicita as três condicionantes mencionadas pela doutrina pátria, a saber:

- a) proveniência legal da função (limitação formal); b) compatibilidade da função legalmente conferida com a finalidade institucional do Ministério Público (limitação material afirmativa); c) vedação de qualquer função que implique a representação judicial ou a consultoria jurídica de entidade pública (limitação material negativa)³⁰.

Contudo, a lacuna legislativa não tem o condão de afastar a possibilidade de investigação. Os demais argumentos, por seu turno, derivam da exegese das normas constitucionais e infraconstitucionais, pelo que merecem ser analisada separadamente, mas com aplicação em conjunto.

Importante destacar os ensinamentos do E. TRF da 4ª Região, em decisão da relatoria do Desembargador Federal Fábio Rosa, na 7ª. Turma em Recurso em Sentido Estrito n. 2002.04.01.052347 -6/RS:

[...] A Constituição da República não pode ser interpretada às tiras, completamente descontextualizada do seu conjunto. Como se pode observar dos fundamentos exagerados no parecer do MPF, a Carta Magna não alijou o parquet da atividade investigatória; ao contrário, conferiu-lhe amplos poderes para a realização de diligências (art. 129, VI e VIII) que poderão auxiliá-lo na formação da *opinio delicti* [...] ³¹.

É um grave precedente, pois caso limitado o poder do Ministério Público de realizar investigações, num país de tamanha impunidade como o Brasil, aumentará, ainda mais, esta certeza da falta da efetiva aplicação da lei penal em relação às pessoas que se consideram acima da lei.

De conformidade com Valter Foleto Santin³², calcado em princípios administrativos nos ensina que:

³⁰ STRECK, Leni Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 82.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. 2006, p. 64.

³² SANTIN, Valter Foleto. Tendência mundial: investigação criminal não é atividade exclusiva da Polícia. Disponível em:
< <http://conjur.estadao.com.br/static/text/29943,1>> Acesso em: 03/07/2007.

A investigação pelo Ministério Público deve se pautar pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inerentes à Administração Pública (artigo 37, caput, CF), preservando os interesses da sociedade e do investigado, em atendimento aos preceitos legais, agindo de forma similar ao procedimento adotado pela autoridade policial no inquérito policial, com os poderes e instrumentos especiais do Ministério Público, sem prejudicar ou beneficiar deliberadamente o investigado, uso de meios morais e éticos, de forma pública e transparente, na busca de celeridade e melhor resultado, inclusive em co-participação com órgãos policiais, tudo sob controle judicial próprio.

Não obstante, cabe ao Ministério Público buscar a efetivação da igualdade de oportunidade, na conquista da justiça social, na fiscalização e no controle dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como também nas demais forças estatais, como a atividade policial. Se o Ministério Público exerce o controle externo da polícia, que pode requisitar investigações, se pode requisitar diligências, não há como não reconhecer que quem pode o mais pode o menos. Dentre os poderes implícitos do Ministério Público está o de levar a cabo investigações paralelas. Essa, aliás, é uma tendência mundial.

Como se pode observar, o Ministério Público detém um relevante papel no desempenho da função principal que deve ser exercido em toda a estrutura administrativa do Estado, sobretudo na atuação dos Poderes da República.

Diante do exposto, podemos conceituar o controle externo da atividade policial como um sistema de normas que organizam o relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, e que tem como principal finalidade a fiscalização do processo investigatório. Assim, tem-se como garantia a legalidade dos atos investigatórios, os direitos fundamentais das pessoas envolvidas, como também, a eficiência do material encontrado para a formação da *opinio delicti*, função institucional conferida pela nossa Carta Política de 1988 ao Ministério Público, que remeteu à legislação complementar específica, leis orgânicas federais ou estaduais, o dever de discriminar e especificar a sua forma de efetivação e atuação. Senão, vejamos algumas Leis que atribuíram expressamente ao Parquet a atividade de investigação criminal diretamente.

A Lei 8.069/90, que regula o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei 10.741/03, do Estatuto do Idoso, ambas tendo o Ministério Público competência para instaurar sindicância para apurar ilícitos penais (art. 201, VII e art. 74, VI, respectivamente), bem como o art. 356, § 2º, do Código Eleitoral e o art. 29 da Lei n. 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional:

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

VII – instaurar sindicância, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude.

Art. 74. Compete ao Ministério Público:

VII - instaurar sindicância, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso.

Art. 356.

§ 2º Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos de convicção, deverá requisitá-los diretamente de quaisquer autoridades ou funcionários que possam fornecê-los.

Art. 29 O Órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.

Veja também o art. 27 da Lei orgânica n. 8.625/1993:

Art. 27, Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

I – pelos poderes estaduais e municipais;

II – pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

I – receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas;

II – zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos.

Nesse contexto, a Lei Complementar 75/93 fazendo uma abordagem mais clara e ampla em relação ao tema, preceitua que esse controle será exercido por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, podendo, os membros do *Parquet*, ter livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais, ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial, representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder, requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial e promover a ação penal pública de maneira exclusiva.

Cabe ressaltar que não há incompatibilidade entre a realização de diligências investigatórias e posterior oferecimento da ação penal, pois o próprio art. 257 do CPP dispõe que: “o Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”; tendo, assim, como natureza jurídica não mais uma função, mas, sim, como um dever de velar pela correta aplicação da lei. É o que já dizia o enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça n. 234, que dispõe que: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. Isso quer dizer que toda vez que os direitos da sociedade, difusos e coletivos, e do cidadão, principalmente os direitos e garantias fundamentais e os direitos individuais indisponíveis, forem objeto de violação, supressão ou ameaça, por parte da autoridade policial, tem o membro do Ministério Público o dever de atuar, seja de ofício ou seja mediante requerimento do ofendido.

Destarte, por ser de suma importância para o Ministério Público o trabalho realizado pela polícia judiciária, nada mais justo e legítimo que capacitar e municiar o Ministério Público de meios e instrumentos para exercer um certo controle na atividade policial, facilitando o acesso aos inquéritos policiais e ajudando nas diligências investigativas. Portanto, o trabalho da polícia judiciária e do *Parquet* são decisivos para uma possível condenação penal; por isso, essas duas instituições devem trabalhar de maneira harmônica e independente, ambas contribuindo para o real sentido enfatizado pela Constituição de 1988, respeitando a legalidade e a licitude dos trabalhos investigativos desenvolvidos pelos órgãos detentores da segurança estatal, exercendo, dessa maneira, o Ministério Público, o controle externo das atividades policiais.

Com base no que foi exposto e no que pesem opiniões em contrário, bem como fundamentado nos argumentos legais apresentados, não nos restam dúvidas, portanto, de que o Ministério Público é detentor do poder investigatório criminal que se habilita a subsidiar a ulterior propositura, ou não, de ação penal, pois, no posicionamento de Eugênio Pacelli³³: “a Constituição de 1988 é um instrumento normativo amplamente oxigenado pelos ares da democracia, e que teve a nítida e reconhecida finalidade de romper como os traços autoritários da ordem política e jurídica anterior”. Continua o autor dizendo que “não há como não conceder uma leitura constitucional que permita a investigação ao Ministério Público dos Estados e a vede ao Ministério Público Federal; ambos pertencem a uma mesma instituição, a quem cumpre zelar pela defesa da ordem jurídica”.

Vale deixar claro nossa posição quanto ao Ministério Público poder fazer tais investigações, porque, dessa maneira, permitindo que a instituição Ministério Público investigue criminalmente, o que vai mudar é a qualidade dos réus e os verdadeiros interessados em limitar esse poder do MP são justamente os políticos, os banqueiros, os administradores públicos, os grandes empresários que fraudam o erário, dilapidam o patrimônio público, cometem crimes graves, assaltam os cofres do estado.

Nossa Carta Magna adotou o sistema da correta aplicação das normas seguindo sempre a manutenção da paz social. Dessa maneira, para combater a criminalidade no país é necessário, primeiramente, definir como alvo estratégico o topo da pirâmide da criminalidade, onde se situa o crime organizado. O nível intermediário deve permanecer sob o enfoque policial, mas é urgente que se enfrente o capitalista do crime, aquele que o alimenta, pois, do contrário, nenhum êxito será alcançado. Por mais eficiente que possa ser o combate policial nos níveis intermediário e na base da pirâmide, se não houver essa mudança de estratégia proposta, de conhecimento e cooperação de outras instituições, o crime e a violência continuarão crescendo no Brasil.

4.2 Limites do Ministério Público para fazer investigações criminais

Em uma penúltima análise desse polêmico assunto, temos a plena aceitação da tese de que em nenhuma parte de nossa Constituição Federal está escrito que o Ministério Público não pode fazer

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. 2006, p. 63.

investigações criminais. Desde 1985, quando foi instaurada a Lei de Ação Civil Pública, seu dever é defender os interesses coletivos. É um contra-senso que possa investigar questões civis, mas seja impedido de colher provas criminais, uma vez que é o destinatário do trabalho policial. Seu modelo é absolutamente compatível com o perfil de quem investiga, já que desempenha uma função essencial à Justiça de forma independente e fiscalizadora. Além disso, está expresso na doutrina e na lei que o inquérito policial é dispensável e, portanto, não é saudável que a investigação criminal seja monopólio da polícia.

Ao deixar as polícias federal e civil com a responsabilidade para apuração das infrações penais e exercer as funções de polícia judiciária (artigo 144, §§ 1º e 4º da Constituição Federal de 1988), o legislador constituinte limitou o poder do Ministério Público, ao tratar da investigação criminal, à requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (artigo 129, VIII, da Constituição Federal de 1988)³⁴.

Não é bem assim que pensam os opositores como Guilherme de Souza Nucci³⁵, quando esclarece para a sociedade tratar dos requisitos do órgão ministerial:

Enfim, ao Ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar sua opinião, optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz.

³⁴ Proposta de Emenda Constitucional n. 197/2002, intentada por parlamentares do Partido Trabalhista, no mês de setembro de ano 2003, cujo objetivo é dar nova redação ao inciso VIII do artigo 129 da Constituição da República, o qual, então, passaria a vigor da seguinte forma: Cabe ao Ministério Público promover investigações, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. 2004, p. 73-74.

Cabe, nesse sentido, à polícia um importante papel, mas este não impede que o Ministério Público também investigue casos que julgar necessários, como aqueles em que a isenção policial é questionável, pois a natureza da investigação é inquisitória. Até pela eficiência administrativa, é interessante que o promotor sustente sua acusação com o levantamento de provas.

A grande questão referente ao dilema, investigação criminal pelo Ministério Público, está calcada no procedimento a ser adotado pelas autoridades elencados no parágrafo único do art. 4º do nosso Código de Processo Penal. Segundo o Ex-Ministro Nelson Jobim, no julgamento do Inq. 1968-2/DF, “há um vazio legislativo quanto ao tempo de produção e o modo de se fazer. Não há regra que assegure pelo menos o encerramento do procedimento”.

Com a finalidade de sanar essa lacuna, surge o Conselho Superior do Ministério Público Federal, aprovando a Resolução 77/2004, que veio regulamentar o art. 8º da LC n. 75/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal. Nesse ponto, a OAB nacional já se manifestou contrária a tal resolução, pois entende que afronta diretamente a Constituição e, portanto, seria inconstitucional, por pertencer, ainda, à competência privativa da União tal procedimento de elaboração.

É muito importante lembrar que a Polícia Judiciária se sujeita ao controle externo do Ministério Público; mas, se o *Parquet* desempenhar o papel da Polícia, a quem caberá fiscalizá-lo? A resposta é simples: à Lei.

É na Lei que está todo o conteúdo para o bom cumprimento das funções que venham a exercer cada uma das instituições e, preocupada com um possível excesso no exercício de suas funções a Emenda Constitucional 45/04, criou o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A da CF/88), incumbido da realização do Controle Externo da Instituição, à semelhança de idêntica proposição voltada para o Poder Judiciário, calcada no sistema de freios e contrapesos.

Portanto, o fato da Constituição Federal de 1988 ter atribuído ao Ministério Público o exercício do controle externo das atividades policiais não faz da Polícia uma instituição subordinada ao *Parquet*, apenas incumbiu-lhe de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública. Se o trabalho dos

promotores incomoda alguns setores da sociedade, é sinal que funciona. E, de conformidade com o princípio da razoabilidade, é preciso harmonizar os diversos valores previstos pela Constituição e ponderá-los com as reais necessidades da sociedade antes de impedir um trabalho de relevância inquestionável.

Em relação à questão dos limites do poder de investigar do Ministério Público, se encontra suspensa em parte, pelo Supremo Tribunal Federal ter remetido para competência da Justiça do Maranhão, o julgamento do inquérito policial, que, em tese, imputaria a prática de ações criminosas ao deputado Remi Trinta (Inq. 1968, Rel. Marco Aurélio), no qual se nega a nulidade da suposta investigação feita pelo Ministério Público, pois contaminaria todo o procedimento judicial que lhe fosse subsequente.

Daí surgem duas indagações, ou melhor, consequências jurídicas apontadas pelo penalista Eugênio Pacelli³⁶. Vejamos:

Uma primeira consequência seria o trancamento de procedimentos administrativos investigatórios em curso, quando, então, o interesse – não só o investigado, mas qualquer outro, já que, se irregular o procedimento, por que a observância de suas exigências? – poderia se recusar a comparecer e/ou participar da investigação. Uma outra consequência, já mais relevante, diz respeito ao exame da influência da diligência já realizada pelo parquet numa futura ação penal.

Como se vê, o tema é bastante polêmico no Brasil e, sob a índole do direito penal, não se quer afirmar aqui que haja a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público; pelo contrário, queremos demonstrar que o Parquet, em função de sua história, tem amplas possibilidades para fazer tais investigações, fazendo com que a sociedade tenha mais um pouco de confiança na Justiça de nosso País. Nesse sentido, há vasta possibilidade dos membros do Ministério Público presidirem a investigação criminal, criando-se, dessa forma, a figura do Promotor - Investigador.

5. Direito comparado dá razão ao Ministério Público

Contudo, a Organização das Nações Unidas – ONU, o Conselho da Europa e instituições como a Medel (Magistrados Europeus para a

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. 2006, p. 66.

Democracia e as Liberdades), têm apontado para a necessidade de que seja reconhecido o poder investigatório do Ministério Público, pois o trabalho desenvolvido pelo Instituto no decorrer da história do Brasil tem contribuído, e muito, para a boa formação da opinião pública no esclarecimento de crimes de extrema gravidade³⁷.

Sob análise do Direito comparado, temos que saber sobre os dois principais sistemas europeus de investigação criminal. São eles: o inglês, pelo qual a incumbência é da polícia; e o continental, onde o Ministério Público dirige a investigação e dispõe diretamente da polícia judiciária.

Nesse sentido, “nos países europeus, o MP participa das investigações e do processo e ninguém acredita que haja vício ou nulidade”, diz Roberto Livianu³⁸, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. E acrescenta que:

Há três anos, o Brasil subscreveu o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Entre várias cláusulas, estabelece que o MP se posicione como instituição investigatória na área criminal. Parece uma aberração que o país tenha diferentes posturas no plano internacional e no interno.

De acordo com as lições de Manuel Sabino Pontes³⁹, nos países onde uma versão do juizado de instrução ainda é adotada, o que ocorre é

³⁷ Amparados pelas garantias e prerrogativas conferidas pela Constituição de 1988, os promotores e os procuradores têm conseguido investigar e promover a responsabilidade civil e criminal de incontáveis “figurões”, ostentadores de poder político e/ou econômico, que até então pilhavam impunemente o patrimônio público. Apenas para ilustrar, podem ser citados os casos do desvio de verbas na construção do TRT de São Paulo – “Caso do Juiz Nicolau dos Santos”; da “Máfia da Previdência”, que era comandada pela advogada Jorgina de Freitas; do “Escândalo do Propinoduto” no Rio de Janeiro; da “Operação Anaconda” em São Paulo; da “Máfia dos Combustíveis em Minas Gerais, etc. NOTA oficial elaborada pela CONAMP. Brasília, mar. 2004.

Disponível em: <<http://www.amprgs.org.Br/textos/Nota%20Ministro.doc>>. Acesso em: 04/06/2007.

³⁸ BITTENCOUT, Cezar; LIVIANU, Roberto. Op. cit.

³⁹ PONTES, Manuel Sabino. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8221&p=1>> Acesso em: 04/02/2008.

uma divisão de funções. Existe um magistrado incumbido de gerenciar a coleta de provas, decidindo as questões legais surgidas na fase investigatória, bem como de decidir pela existência de lastro probatório mínimo para o início da ação penal, afirma o autor. O magistrado, nesse caso, não procede diretamente à coleta de provas, apenas fiscaliza a investigação. Recebida a denúncia, o processo é encaminhado para outro magistrado, que julgará o caso.

Neste ponto, é importante observar, ainda que de forma breve, as características dos países que mais influenciam o direito brasileiro, sob o enfoque de Manuel Pontes⁴⁰; senão vejamos:

O Ministério Público da **Espanha** é denominado *Ministerio Fiscal* e atua sempre na defesa da legalidade, seja como promotor da ação penal, seja como *custus legis*. É papel do *Ministerio Fiscal* velar pelas garantias processuais do imputado e pela proteção dos direitos da vítima e dos prejudicados pelo delito. A investigação criminal fica a cargo da polícia, que é órgão auxiliar do *Ministerio Fiscal* e do Judiciário, sendo obrigada a seguir suas instruções, entretanto, existe crescente corrente doutrinária posicionando-se pela investigação ministerial direta.

Na **Itália**, as investigações preliminares são conduzidas pela polícia e pelo Ministério Público, sob o controle direto de um juiz específico para esta fase. A polícia oferece notícia crime, com todas as informações disponíveis, ao Ministério Público, em até 48 horas. A partir deste momento, toda investigação se canaliza através do Ministério Público, que dispõe totalmente da polícia judiciária.

O Ministério Público da **França** é o titular da ação penal pública e fiscal da lei, entretanto, os seus membros não gozam da estabilidade conferida aos magistrados e estão eles hierarquicamente subordinados ao Ministro da Justiça. A polícia judiciária é subordinada ao Ministério Público, sendo este responsável pelo acompanhamento da investigação e, excepcionalmente, pela sua condução.

Em **Portugal**, os membros do Ministério Público são denominados magistrados do Ministério Público e possuem a função de praticar todos os atos e assegurar todos os meios de prova necessários à comprovação da existência do crime, à identificação dos agentes e à delimitação das responsabilidades. A função do juiz de instrução é tipicamente garantista, passando por ele todas as decisões da investigação. Já a polícia judiciária,

⁴⁰ PONTES, Manuel Sabino. Ob. cit.

realiza todas as diligências determinadas pelo Ministério Público. Este, por sua vez, pode realizar diretamente determinadas diligências autorizadas expressamente por lei.

Na Alemanha, igualmente a Portugal, a investigação criminal fica sob a reserva de competência do Ministério Público.

Nos Estados Unidos, ao Ministério Público (*District Attorney*) cabe, por exemplo, proceder a negociações com os acusados, celebrar acordos e manter em sigilo o nome de testemunhas. Tais atribuições, cuja origem se associa à necessidade de combate à alta criminalidade, tornam-no "senhor" da conveniência e oportunidade da propositura e exercício da ação penal. Daí revela-se sua ampla competência investigatória.

Uma tendência mundial é o que parece ser mais seguro afirmar quando pensamos na eficiência da persecução criminal, chegando a ser indispensável um Ministério Público e uma Polícia Judiciária fortes e independentes, com qualificação e mentalidade garantista, atuarem juntas, mantendo a imparcialidade, a objetividade e o dever de ser um órgão técnico na apuração das provas necessárias à investigação criminal.

6. Conclusão

Ao final desta pesquisa, resta-nos saber se a polêmica constituída sobre o poder investigatório criminal do Ministério Público foi resolvida.

Cumprе ressaltar, em tese oposta, que o artigo 144 da CF, em sua atual redação, não atribuiu ao MP poderes de investigação criminal, tarefa que compete prioritariamente (ou exclusivamente) à Polícia Judiciária. Ademais, dentre as suas atribuições (artigo 129) não se encontra a de promover investigação criminal paralela ou complementar. O controle que pode ser exercido não chega ao extremo de permitir a presidência de uma investigação, cabendo ao Parquet apenas acompanhá-la.

Por outro lado, encontramos quem defenda a possibilidade de se atribuir ao MP poderes investigatórios, no âmbito criminal. O artigo 129 da CF, seguido de diversos dispositivos existentes na Constituição e em Leis especiais, é o principal fundamento dessa tese. É com base nesses preceitos e na teoria dos poderes implícitos que os adeptos dessa corrente defendem o exercício da atividade investigativa pelos membros do Parquet. Salientam que, se o mais é possível, ou seja, requisitar

diligências, não há fundamento para que se proíba o menos que, no caso, é proceder pessoalmente às investigações.

Já numa análise feita no Direito comparado, percebemos que a imensa maioria dos países dá razão à investigação criminal feita pelo Ministério Público quando os seus membros desempenham um papel ativo no procedimento penal.

No Brasil e no Mundo, convivemos com o aumento, em massa, da criminalidade. Os mecanismos de repressão ao crime já se mostram insuficientes devido à falta de políticas públicas de segurança responsável com a defesa social. Nesse modo, paralelamente, cresce a impunidade, o crime organizado aperfeiçoa seu modo de atuação e o caos toma conta da imensa maioria da sociedade que se vê fragilizada, pois não encontram, nos órgãos de segurança, a confiança necessária para sua defesa.

Assim, as instituições que combatem essa criminalidade, tais como, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Polícia Judiciária e Militar, entre outras, têm que estar fortalecidas e trabalhando de forma harmônica e independente, visto que, com uma atividade em conjunto, torna-se mais eficaz o combate à criminalidade.

Nessa pesquisa, visamos exclusivamente a analisar a atuação do Ministério Público nas investigações criminais. Com essa concepção, o problema não é acabar com a Polícia Judiciária, que não exerce o monopólio das investigações, e, sim, fazer com que o órgão do Ministério Público amplie suas atribuições, principalmente para investigar criminalmente, no que pesem opiniões em contrário, pois o Brasil necessita de coragem para democratizar o direito penal, fazendo com que todos sejam realmente iguais perante a lei.

Cercear esse poder eleva o País a um retrocesso tremendo, pois, num momento delicado como este que vivemos, não devemos restringir, e, sim, incentivá-los. Não obstante opiniões em contrário, o certo é que tal atribuição transparece suficientemente clara à luz dos textos constitucionais, além de outros textos legais.

Não restam dúvidas de que conseguimos atingir nosso objetivo nesta pesquisa, sendo de inteira responsabilidade dos operadores do Direito ficarmos atentos para o que possa acontecer nos Tribunais, pois, se adotarem uma interpretação lógico-sistemática, o Ministério Público

poderá, sim, fazer certas investigações colaborando com a Polícia Judiciária, além de ser uma proteção a mais para a sociedade no combate à criminalidade.

Segundo Manuel Sabino Pontes⁴¹:

Deve-se esclarecer desde já que o Ministério Público já investiga crimes há décadas, no que sempre mereceu o suporte da jurisprudência amplamente majoritária. Assim, a polêmica atual não diz respeito a uma mobilização dos promotores e procuradores para aumentar seus poderes, mas para os manter.

No Brasil, o tema é bastante polêmico, quanto ao poder investigatório do Ministério Público, e tem provocado choques impetuosos de opiniões nos Tribunais. Não se coaduna apenas em competência para investigar, seja civil, seja criminalmente, e, sim, democratizar o direito penal num momento delicado como este que vivemos, com o crime violento e organizado se alastrando pelo território nacional. Para que esse combate se torne legítimo e juridicamente válido, dando uma maior segurança à população, é preciso que se inicie com uma investigação séria e rápida para se chegar à materialidade do crime e de sua autoria.

No momento, apenas temos que esperar, pois, ainda, neste ano, o Supremo Tribunal Federal colocará um ponto final nesta polêmica que assola os Tribunais, mas a tendência mundial, lembramos, é a de que o Ministério Público, imbuído de todas as suas prerrogativas, possa fazer as devidas investigações criminais.

⁴¹ PONTES, Manuel Sabino. Ob. cit.

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS NA ÁREA DA SAÚDE

Ariane Mattos de Assis

Advogada, pós graduada em Economia de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas e pós graduanda em Direito Público.

SÚMÁRIO

1. Introdução. 2. A proteção dos direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público. 3. O direito à vida digna e à saúde. 4. As decisões dos Tribunais Superiores. 4.1. Superior Tribunal de Justiça. 4.2. Supremo Tribunal Federal. 5. Considerações Finais.

1. Introdução

O direito à saúde, decorrência lógica do direito à vida, é direito fundamental e está intimamente relacionado à dignidade humana. É dever do Estado, em todas as suas esferas e Poderes, fazer com que todos os indivíduos tenham acesso ao sistema de saúde.

No entanto, em algumas situações especiais, determinadas pessoas precisam de tratamentos diferenciados que nem sempre estão à disposição no Sistema Único de Saúde – SUS. Para fazer valer o seu direito à vida digna e à saúde, tais pessoas são obrigadas a demandar contra o Estado, solicitando o tratamento diferenciado de que necessitam. Em alguns casos, tais demandas têm sido promovidas pelo Ministério Público, em sua função de protetor dos direitos individuais indisponíveis.

Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça julgou diversas demandas relativas à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas destinadas à efetivação do direito à saúde de pessoas individualmente consideradas. O STF, por sua vez, admitiu e julgou um recurso especial sobre a questão no ano passado.

De uma forma geral, as demandas levadas à análise dos tribunais superiores tinham por objetivo o fornecimento de medicamentos ou tratamento médico diferenciados a idosos, portadores de deficiência ou

menores, com a finalidade de garantia do direito à saúde e à vida digna desses indivíduos.

O presente artigo busca analisar a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas destinadas à efetivação do direito à saúde de pessoas individualmente consideradas, em consonância com as recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

2. A proteção dos direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público

A legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesses sociais e individuais indisponíveis é garantida pelo artigo 127, *caput*, da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Embora possua conteúdo indeterminado, a norma do artigo 127 é dotada de autoplacabilidade independentemente de interferência do legislador infraconstitucional. É de se lembrar que todas as normas, ainda que genéricas, contêm alguma eficácia, suficiente para inovar na ordem jurídica preexistente. O preceito contido no artigo 127 da Constituição tem força normativa suficiente para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é atribuída, conferindo ao Ministério Público a legitimidade para intervir nas causas em que estão em jogo interesses individuais indisponíveis¹.

O neoconstitucionalismo constitui um fator adicional favorável à ampliação da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais, apontando para a autoaplicabilidade do artigo 127 da Constituição, que deve servir de base para a atuação do Ministério Público. Tal atribuição é reforçada pelo artigo 129, incisos II e IX, da Constituição Federal, os quais dispõem, respectivamente, sobre a função institucional do Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, provendo as medidas necessárias para a sua garantia, e sobre a possibilidade do Ministério Público exercer

¹ Vide a respeito o voto do Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do Resp 822.712/RS.

quaisquer funções que lhe sejam conferidas além das tratadas nos incisos anteriores do mesmo artigo, desde que compatíveis com a sua finalidade.²

É importante destacar que a função de proteção dos direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público não é excludente da proteção aos hipossuficientes desempenhada pela Defensoria Pública. Vale dizer, ainda que a Defensoria Pública estivesse plenamente instalada e organizada em nosso país, tal fato não impediria o *parquet* de agir em defesa de uma pessoa que tivesse direito indisponível violado.

No entanto, a ausência de Defensoria Pública completamente organizada em vários Estados da federação, entre os quais o Estado de Alagoas, é circunstância adicional a justificar a atuação do *parquet* na defesa de direitos individuais indisponíveis. Nos locais em que não há defensores públicos, muitas vezes o promotor de justiça é o único meio de que dispõem as pessoas hipossuficientes de acesso à justiça.

O direito indisponível a que se refere o artigo 127 da Constituição é aquele concernente a um interesse público, dentro do qual pode ser incluído o direito à vida e o direito à saúde. São as hipóteses em que o Ministério Público atua, quer como parte, quer como fiscal da lei, na defesa de direitos de incapazes ou de direitos que, ante a sua relevância, ultrapassam a esfera de disposição da parte. Seus respectivos titulares não detêm qualquer poder de disposição, pois são irrenunciáveis e em regra intransmissíveis. Onde há direitos indisponíveis em jogo, o Ministério

² O neoconstitucionalismo é uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição, que busca superar as barreiras de interpretação impostas ao Estado pelo positivismo legalista, que se apegava essencialmente à lei. Nessa nova forma de interpretação, a lei deixa de ser a principal fonte e a Constituição ganha destaque, passando a ser o ponto de partida da interpretação do direito. O ponto central para o neoconstitucionalismo é a efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos. Vide a respeito ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social**, in CHAVES, Cristiano, ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ROSENVALD, Nelson (coordenadores), **Temas Atuais do Ministério Público – A Atuação do Parquet nos 20 Anos da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 21-23.

Público pode atuar, seja em relação à coletividade ou a um simples indivíduo.³

Hugo Nigro Mazzilli, ao se referir à defesa dos direitos da criança e do adolescente, coloca com precisão o tema:

Dado o caráter indisponível dos interesses das crianças e adolescentes, a lei comete ao Ministério Público não só a sua defesa coletiva, como até mesmo sua defesa individual. Assim, o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública não só para a defesa de interesses transindividuais como até mesmo de uma única criança ou de um único adolescente (como assegurar-lhe atendimento médico ou vaga em escola).⁴

Antônio Cláudio da Costa Machado acrescenta ao conceito de direito indisponível a noção de essencialidade. Para ele, não é o fato de o direito vincular uma relação jurídica de direito público ou de direito privado que caracterizará a sua indisponibilidade, mas sim se a norma que lhe serve de instrumento for uma norma de interesse social e caráter público, da qual se possa extrair essencialidade social.⁵

Ressalte-se que não se trata da tutela de direitos individuais homogêneos, tampouco de representação processual, mas sim de legitimação extraordinária (substituição processual) decorrente do próprio sistema constitucional para a defesa de direitos individuais indisponíveis. Quando o Ministério Público atua na defesa de um direito indisponível pertencente a uma única pessoa, seja ela um menor, um idoso ou um portador de deficiência, ela atua em nome próprio na defesa de direito alheio.⁶

³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O Aspecto Legal da Legitimidade do Ministério Público para a Defesa do Direito Individual Homogêneo**, artigo publicado em www.mundojuridico.adv.br em 13.04.2003, acesso em 10.04.2010.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 623.

⁵ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de & GONÇALVES, Samuel Alvarenga. **Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada**. In De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8, jan./jun. 2007, p. 601-602.

3. O direito à vida digna e à saúde

O direito à vida, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, é o mais fundamental dos direitos e condição para o exercício de todos os demais. José Afonso da Silva coloca que não adiantaria o constituinte assegurar outros direitos fundamentais se não incluísse a vida como um desses direitos⁷. O constitucionalista ensina ainda que o conceito de direito à vida envolve os direitos à dignidade da pessoa humana, à privacidade, à integridade físico-corporal, à integridade moral e, especialmente, à existência.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro (artigo 1º, III, da Constituição), valor supremo de toda a sociedade. É “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”⁸.

Nesse sentido, a saúde é direito indissociável do direito à vida digna, qualificando-se também como direito fundamental. O artigo 196 da Constituição Federal assegura ser a saúde direito de todos e dever do Estado. O Supremo Tribunal Federal entende que a saúde é direito público subjetivo, prerrogativa indisponível assegurada a todas as pessoas por força do artigo 196, sendo o Poder Público responsável por formular e implementar políticas públicas que visem a garantir aos cidadãos o pleno acesso à saúde⁹.

Todos os direitos fundamentais possuem máxima eficácia por força do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição. Há um núcleo essencial, um mínimo existencial que deve ser assegurado a todos os seres humanos, sob pena de desrespeito aos princípios e garantias da Carta Maior e à força normativa da Constituição.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 29ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 198.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

⁹ Nesse sentido, vide RE 393.175-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 2-2-07.

O direito à saúde, incluído entre os direitos sociais, representa uma garantia constitucional das condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna. Na opinião de Dirley da Cunha Junior, o princípio da dignidade da pessoa humana é o melhor fundamento para a aceitação de um direito subjetivo público aos recursos materiais mínimos concernentes à saúde.¹⁰

4. As decisões dos Tribunais Superiores

4.1. Superior Tribunal de Justiça

Partindo do pressuposto de que os direitos à vida digna e à saúde são indisponíveis e fazem parte do chamado mínimo existencial, na hipótese de violação, o Ministério Público tem legitimidade extraordinária para a defesa destes direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento transcrito no parágrafo acima tem sido o adotado em diversas demandas propostas pelo Ministério Público com o intuito de assegurar o fornecimento de medicamentos a hipossuficientes, na maioria das vezes idosos, menores ou portadores de deficiência.

Um dos casos que gerou mais discussão entre os Ministros¹¹ foi o julgamento do recurso especial n. 830.904, pela Segunda Turma. Transcreve-se parte da ementa, que sintetiza com clareza e objetividade o entendimento que prevaleceu:

(...)2. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, tem natureza indisponível em função do bem maior comum a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica – matéria própria da Defensoria Pública –, mas da qualidade de indisponibilidade jurídica do direito-base (saúde). 3. Ainda que a ação concreta do parquet dirija-se à tutela da saúde

¹⁰ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 701.

¹¹ Embora o posicionamento não seja unânime no tribunal, a Primeira Turma do STJ já vinha decidindo nesse sentido anteriormente. Alguns precedentes no mesmo sentido: recursos especiais 688.052, 699.599, 716.512, 918.010, embargos de declaração no recurso especial 662.033.

de um único sujeito, a abstrata inspiração ético-jurídica para seu agir não é o indivíduo, mas a coletividade. No fundo, o que está em jogo é um interesse público primário, dorsal no sistema do Estado Social, com o porta-voz que é o do sonho realizável de uma sociedade solidária, sob a bandeira do respeito absoluto à dignidade da pessoa humana.(...)

Para o Superior Tribunal de Justiça, o caso se resolve com a aplicação do artigo 127 da Constituição Federal, norma autoaplicável que atribui ao Ministério Público legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis. Em seus julgados, a Corte afirma ainda que o direito à vida e à saúde de que tratam os artigos 5º e 196 da Constituição possuem natureza de interesse indisponível. Por este motivo, a legitimidade ativa para a sua defesa não está relacionada à defesa de direitos individuais homogêneos, e sim à defesa de direitos individuais indisponíveis. O Ministro José Delgado, em seu voto, chega a dizer que “negar legitimidade ao *parquet* no caso concreto, além de negar o próprio direito constitucional, é negar o desenvolvimento do direito processual vigente à pessoa humana”.

Após o julgamento do recurso especial 830.904, a Segunda Turma voltou a decidir no mesmo sentido no recurso especial 716.712, cuja ementa diz que ainda que esteja tutelando o interesse de uma única pessoa, o direito à saúde não atinge apenas o requerente, mas todos aqueles que se encontram em situação equivalente. Trata-se, portanto, de interesse público primário, pertencente à sociedade ou à coletividade como um todo, indisponível.

4.2. Supremo Tribunal Federal

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, em 2009, admitiu o recurso extraordinário 407.902, interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual havia decidido pela ilegitimidade ativa do Ministério Público desse Estado para o ingresso de ação civil pública para a tutela de interesse individual (fornecimento de medicamento a determinada pessoa). O Supremo entendeu que a questão de fundo envolvia o dever do Estado relacionado à saúde, discriminado no artigo 196 da Constituição, e que a legitimidade do *parquet* estaria assegurada para a defesa desse direito em juízo com base nos artigos 127 e 129, II da Constituição.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os referidos dispositivos constitucionais é no sentido de que “A Carta Federal

outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129).¹²

Nas palavras do eminente Ministro Celso de Mello, “o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.¹³ Ainda é cedo para dizer que o entendimento acima é posição pacificada no Supremo Tribunal Federal. No entanto, o julgado é importante porque demonstra uma tendência que, dada a relevância da matéria, pode se concretizar num futuro próximo.

5. Considerações Finais

Na ordem constitucional instaurada após 1988, o Ministério Público tem por função institucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127), norma autoaplicável que serve de base para a interpretação da atuação dessa instituição. Essa norma, combinada com o artigo 129, incisos II e IX da Constituição Federal, permite concluir pela legitimidade do Ministério Público para a atuação na defesa de direitos individuais indisponíveis.

O direito à saúde, decorrência lógica do direito à vida digna, interesse social indisponível e núcleo de nosso ordenamento jurídico, pode e deve ser tutelado pelo Ministério Público quando desrespeitado, ainda que a violação diga respeito ao direito de um indivíduo somente.

A tendência verificada nos Tribunais Superiores de confirmar a legitimidade do Ministério Público a agir nessas questões reforça o entendimento que já vinha sendo exposto por parte da doutrina. Negar tal legitimidade ao *parquet* seria desconsiderar o próprio direito fundamental à vida digna, levando à violação da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de nosso ordenamento jurídico.

¹² RE 248.869/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12.03.2004.

¹³ RE 271.286-AgR, 2ª Turma, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24.11.00.

IMPROBIDADE DE BAGATELA

Danielle Moura Lins

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e estagiária da Promotoria Coletiva Criminal de Atribuição Não Privativa.

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. A constitucionalização da moralidade administrativa no Brasil. 3. Moralidade x probidade: distinções e seus reflexos no conceito de atos de improbidade administrativa. 4. Repressão à improbidade administrativa. 4.1. Aspectos gerais. 4.2. O artigo 12 da LIA: sanções em espécie aplicadas à luz do princípio da proporcionalidade. 5. O princípio da insignificância. 5.1. Considerações iniciais. 5.2. Princípio da insignificância: origem, significado e importância. 5.3. Aspectos jurisprudenciais acerca da utilização do princípio da insignificância no direito penal. 6. A aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa. 7. Conclusão.

1. Considerações iniciais

Paralela à corrupção, mal que assola o Brasil há mais de um século, constatado pelas conhecidas práticas de clientelismo, coronelismo, nepotismo e pelos mais variados episódios de tráfico de influência e troca de favores, sempre existiu, em maior ou menor grau, uma censura social que, à medida que julgava repugnante certas condutas dos responsáveis pelo trato da coisa pública, pregava, baseada na moral comum, ideais éticos de honestidade, lealdade, imparcialidade e probidade, os quais deveriam brotar da alma de todos os administradores públicos.

Não deveria ser necessário haver uma lei para obrigar os agentes públicos a respeitarem a moralidade administrativa. Contudo, diante da multiplicação das falcaturas cometidas no exercício da função pública e da ineficácia dos escassos diplomas legislativos anteriores a 1988, e com fins de resgatar a confiança dos cidadãos brasileiros em nossas instituições, o legislador constituinte, naquele ano, previu expressamente a moralidade como um princípio a servir de norte à Administração Pública.

O julgamento de censura ético-normativa ficou restrito à norma constitucional de eficácia limitada (Art. 37, §4º) durante quatro anos até que, em 03 de junho de 1992, foi publicada, a Lei nº 8.429/92.

Conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, ou Lei de “Colarinho Branco”, o referido diploma legal prevê a aplicação de penalidades de caráter civil aos agentes públicos e a terceiros partícipes ou beneficiários, pela prática de ato de improbidade administrativa, em qualquer das modalidades por ela definidas.

Não obstante ser considerada um avanço no combate à corrupção política e administrativa, a Lei nº 8.429/92 causa dissenso doutrinário em alguns aspectos, devido a fatores como a ampla tipificação do que seria improbidade, a economia de normas que tratassem de sua parte processual e, inclusive, a sua baixa efetividade no tocante à punição dos mais graves atos de improbidade administrativa.

Neste artigo, posicionare-mo-nos acerca de alguns temas polêmicos que permeiam a matéria, argumentando e justificando sucintamente o porquê de nossas posições, todavia, de maneira planejada para criar um clima apto o suficiente a fim de tratarmos de nosso objetivo principal: abordar a aplicabilidade do princípio da insignificância aos atos ímprobos.

2. A constitucionalização da moralidade administrativa no Brasil

A engenharia do Estado Brasileiro desenvolvida pelo constituinte de 1988, com vistas a renovar a ordem política, jurídica e social, dá destaque expresso a princípios e valores que, embora já existentes e percebidos, direta ou indiretamente, pelo senso comum, bem como almejados por muitos cidadãos, vinham sendo ignorados pela maioria dos responsáveis pelo trato da coisa pública.

Num país cuja história é recheada de episódios de clientelismo, troca de favores, coronelismo, tráfico de influência e nepotismo, constata-se a tradição da Administração Pública no sentido de desrespeitar os princípios constitucionais, sejam eles expressos ou decorrentes do regime de um Estado Democrático de Direito.

Além de se constituir em importante arma de combate a esta situação, a Constituição Cidadã¹ surge principalmente como promessa de uma nova ordem democrática, por estabelecer, ao lado da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da publicidade, o princípio da moralidade como fim a ser concretizado pela Administração Pública.

Nas palavras de Di Pietro²

Com efeito, a preocupação com a corrupção, considerada em sentido amplo, e com a impunidade dos agentes públicos, bem como a idéia de defender a honestidade no exercício da função pública e reconquistar a perdida confiança dos cidadãos em nossas instituições, levaram à introdução do princípio da moralidade no art. 37, *caput*, da Constituição, ao lado do princípio da legalidade.

O princípio da moralidade exige dos agentes públicos condutas leais, sérias, esclarecedoras e motivadas, independentemente de estarem ou não previstas em lei, pois consequência de sua inclusão no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ao lado do princípio da legalidade, é a noção de adequação material à lei, consubstanciada no dever do agente público de atuar conforme a moral comum, a boa-fé, a honestidade, a lealdade e a honradez.

Este é o posicionamento de Dantas³ ao lecionar o seguinte:

Considera-se que o princípio da moralidade administrativa não importa inovação de monta, sendo relevante apenas na medida em que constitucionalizou a noção de legalidade material que informa o serviço público, consistente na exigência de que os agentes públicos incorporem em seu agir interno a Moral comum, isto é, a Moral jurídica representa a positivação da Moral comum. (...) Assim é que a positivação da Moral como princípio constitucional não cria uma categoria à parte – a moralidade jurídica – apenas introduz no sistema jurídico uma norma de cunho ético, fazendo com que o valor que representa passe a ter

¹ Denominação utilizada por Ulysses Guimarães para designar a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, e vigente até os dias atuais.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Prefácio) In MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, XI.

³ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. **A eficiência da lei de improbidade administrativa e o foro por prerrogativa de função**. Recife, PE: Nossa Livraria, 2004, p. 66 – 67.

normatividade. Não há distinção entre Moral comum e Moral jurídica: a Moral é uma só.

A normativização da moral comum realizada pelo constituinte, mais do que uma tentativa de resgatar ideais de ética e boa conduta dos agentes públicos, pretendeu romper com a cultura de corrupção reinante no nosso País, ao ampliar consideravelmente as tímidas sanções existentes até então para os principais responsáveis pelo subdesenvolvimento da pátria e atrofia do sentimento de bem comum.

Com efeito, sob a égide da Constituição de 1946, pioneira no tratamento expresso à moralidade administrativa, foram editadas as Leis Federais nº 3.164/57 e nº 3.502/58, as quais regulamentaram o art. 141, §31 daquela⁴, instituindo a tutela extrapenal⁵ da repressão à prática de atos de improbidade perpetrados pelos agentes públicos.

Todavia, como bem observam Garcia e Alves⁶, naquele contexto, o desinteresse em se combater a corrupção “pode ser constatado pelo longo hiato existente entre a promulgação do texto constitucional e sua regulamentação, aproximadamente onze anos”, de modo que tais leis tiveram pouca aplicação prática, não atingindo a efetividade que se poderia esperar de normas dessa natureza.

Nesse aspecto, vale ressaltar que o constituinte de 1988, atento à ineficácia dos diplomas legais pretéritos responsáveis por pregar a moralidade administrativa no funcionalismo público, além de realçar expressamente o referido princípio, deu margem à criação de norma infraconstitucional ulterior, ao estabelecer o seguinte, em seu art. 37, §4º:

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,

⁴ Artigo 141,§31, CF/46 : “A Lei disporá sobre o seqüestro e perdimento dos bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

⁵ A tutela penal existe desde 1941: a prática de crimes funcionais e de abuso de autoridade que resultassem em prejuízo para a Fazenda Pública ou locupletamento ilícito para o indiciado já acarretava o seqüestro e o perdimento de bens, consoante o disposto no art. 1º do Decreto-Lei Federal nº 3.240.

⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 168.

impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, **na forma e gradação previstas em lei**, sem prejuízo da ação penal cabível. (Grifos nossos)

Para dar concreção a esta norma constitucional, foi publicada, no Diário Oficial da União de 03 de junho de 1992, a já citada Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92, que, diferentemente da disciplina legal anterior dada à matéria, não ficou restrita apenas à caracterização do ato de improbidade como aquele gerador de enriquecimento ilícito, mas, adjetivando-o de forma bem mais ampla, previu duas novas espécies: atos que causam prejuízo ao Erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública; dentre outras inovações importantes que serão abordadas no decorrer deste artigo.

Por ora, imperioso frisar que a abertura do leque de atos de improbidade trazida pela Lei nº 8.429/92 significa, de um lado, maior exposição dos agentes corruptos à necessária punição e, de outro, uma ampliação da sombra protetora do princípio da moralidade, isto é, os termos (i) moralidade e (im) probidade estão intimamente ligados e, por vezes, assemelham-se, todavia, como não se confundem, dedicamos o próximo tópico a título de delinação das principais considerações realizadas pela doutrina acerca deste ponto.

3. Moralidade x probidade: distinções e seus reflexos no conceito de atos de improbidade administrativa

Após a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se um maior empenho dos estudiosos em analisar, comparar e, inclusive, distinguir os termos moralidade e probidade, os quais, diante da própria apatia da população para com o problema da corrupção, e da já citada falta de efetividade dos diplomas normativos responsáveis por reprimi-la, eram esquecidos por muitos e tratados por outros⁷ apenas como sinônimos.

⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: O conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 290. O autor informa que Bilac Pinto considerava como sinônimos imoralidade e improbidade.

O acréscimo da moralidade no *caput* do artigo que inaugura o capítulo constitucional Da Administração Pública, bem como a utilização do termo “atos de improbidade administrativa” pelo legislador constituinte, associada ao posterior tratamento pela Lei de Improbidade Administrativa (Art. 4º e art. 11º), geraram três correntes a respeito da relação entre moralidade e probidade.

Sucintamente, Dantas⁸ discorre:

Na primeira identificam-se moralidade e probidade. É o que se lê nos escritos de Ives Gandra Martins da Silva, onde se destaca que a expressão probidade administrativa está constitucionalmente referida à moralidade administrativa. Outros, ainda, defendem ser a probidade administrativa o gênero do qual a moralidade é a espécie. Nesse toar estão Flávio Sátiro Fernandes e Fábio Medina Osório. Por fim, há quem sustente que a moralidade é categoria mais ampla, englobando, além da probidade, conceitos como a lealdade e a ética da Administração, a exemplo de Marcelo Figueiredo. (Nossos realces)

Como dito em tópico anterior, moralidade e probidade são substantivos semelhantes que, inseridos no âmbito do funcionalismo público, não denotam outra coisa, senão a idéia básica da necessidade da primazia da tão sonhada ética norteadora da atividade administrativa. Tal semelhança, contudo, não induz identidade como sugere a primeira corrente, pois “conquanto se origem de noções éticas de certo e errado, de bom e de mau, a moralidade e a probidade possuem tratamento e natureza jurídica diversos”, arremata Dantas

Uma segunda visão, defendida por Fernandes⁹, sustenta a amplitude do conceito de probidade face o da moralidade, de modo que esta estaria contida naquela. Para o autor, o ato ímprobo significa a má qualidade de uma administração, evidenciada pela prática de alguma das espécies de ato de improbidade previstas na Lei nº 8.429/92, inclusive a afronta aos princípios da Administração Pública. Sendo a moralidade um desses princípios, explica o autor que ato imoral seria o que “afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e outros postulados éticos e morais”.

⁸ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. 2004, p. 68-69.

⁹ FERNANDES, Flávio Sátiro. **Improbidade administrativa**, in Revista de Informação Legislativa, Rio de Janeiro: v. 136, out./dez. 1997.

A terceira corrente, com a qual concordamos, mais difundida entre os doutrinadores brasileiros inverte, acertadamente, o pensamento da anterior para afirmar que a probidade – corolário da moralidade – é justamente “o dever do agente público de servir à ‘coisa pública’, à Administração, com honestidade, com boa-fé, exercendo suas funções de modo lícito, sem aproveitar-se do Estado, ou das facilidades do cargo, quer para si, quer para terceiros¹⁰”, já a moralidade, como princípio constitucional, prega a observância dos referidos valores a fim de satisfazer os interesses coletivos, ou seja, visa à concretização da legalidade material pela Administração Pública.

A diferença de tratamento, segundo Dantas¹¹, é que

A **moralidade administrativa** ostenta posição de **princípio constitucional**; como princípio é uma idéia e um valor que, por integrar a ordem constitucional brasileira, vincula e fundamenta a atuação da Administração Pública. A **probidade**, por sua vez, tem a função de um **dever** imposto aos agentes públicos em decorrência da função por eles exercida, cuja inobservância acarreta diversas sanções (...) (Grifou-se).

O precursor da corrente majoritária¹² – José Afonso da Silva – explica-nos que a improbidade é uma forma de “imoralidade administrativa qualificada¹³”, por acarretar a quebra do dever de honestidade, provocando dano ao Erário e enriquecimento ilícito do ímprobo. Giacomuzzi¹⁴, para quem o dever de probidade, o qual determina que a atividade do administrador deva ser sempre honesta, decorre da “parte subjetiva” do princípio da moralidade, acrescenta, com muita propriedade, à expressão do mestre constitucionalista o elemento subjetivo, senão vejamos:

¹⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

¹¹ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. 2004, p. 70.

¹² Conta-nos Giacomuzzi (2002, p.178-179): “Desde que José Afonso da Silva, logo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, afirmou que a improbidade administrativa era ‘uma imoralidade qualificada pelo dano ao Erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem’, passou-se a fazer o necessário vínculo”.

¹³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 669.

¹⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. 2002, p. 287.

... e daí também a pronta afirmação de José Afonso da Silva, repetida em uníssono, de que a improbidade é “uma imoralidade qualificada pelo dano ao Erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”, e que em minha opinião faz mais sentido se acrescentarmos que uma tal “qualificação” se dá pelo elemento subjetivo (dolo ou culpa), que necessariamente deverá estar presente no ato – ilícito – ímprobo.

Com efeito, ao agir desonesto do administrador público deve preexistir o dolo, ou não há que se falar em sua inabilitação moral. Ademais, consequência bastante difundida da adoção desta terceira corrente é a noção de que improbidade não é mera inabilidade, incompetência do agente¹⁵.

Isto porque, nos dizeres de Sarmiento¹⁶:

A honestidade é o núcleo da probidade administrativa. A atuação funcional do agente público deve ser pautada pela defesa intransigente da ordem jurídica e dos interesses primários da coletividade. Seu elemento subjetivo é sempre a boa-fé. Ao contrário, a improbidade pressupõe, invariavelmente, vontade livre e consciente de enriquecer ilicitamente ou de causar prejuízos ao erário abusando das atribuições do cargo. Por isso é que se diz que a conduta desonesta é também dolosa.

Neste diapasão, tem-se que o antecedente lógico de um ato de improbidade é a violação, dolosa ou decorrente de comportamento gravemente culposo, do dever de exercer a função pública com a observância dos valores éticos juridicizados, *e.g.*, boa-fé e imparcialidade, decorrentes, diretamente, do princípio da moralidade administrativa; daí inferir-se que improbidade administrativa é sinônimo jurídico de corrupção e malversação administrativas.¹⁷

¹⁵ Nesse sentido, a seguinte jurisprudência: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito nem prejuízo ao erário, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido. (REsp 213994/MG; 1999/0041561-2; DJ 27/09/1999, p. 59; Rel. Min. Garcia Vieira; 1ª Turma).

¹⁶ SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 126.

¹⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18

A definição de José Afonso da Silva – “A improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” – é limitada e reducionista comparada ao regime jurídico instituído pela Lei nº 8.429/92, a qual ampliou o conceito de corrupção no exercício da função pública para abarcar, além dos casos de enriquecimento ilícito do agente público e má gestão do erário, a transgressão dos princípios da Administração Pública, classificando os atos de improbidade administrativa, quanto aos efeitos que produzem, em três espécies: a) atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), b) atos que causam dano ao erário (art. 10), c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

O enriquecimento ilícito, primeira modalidade de improbidade a ser objeto de repressão legal no Brasil¹⁸, é considerado como a obtenção, por parte do agente, de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública. Este é o teor da Lei de Improbidade, cujo art. 9º elenca, em rol exemplificativo, doze hipóteses de enriquecimento ilícito.

Embora se exija o dolo do agente¹⁹, para fins de responsabilização do mesmo, em auferir benefício patrimonial às custas de prática ou omissão de algum ato de sua competência, prescindível a correspondente ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, já que, consoante os ensinamentos de Sarmento²⁰, “existem circunstâncias em que o agente ímprobo recebe vantagem patrimonial diretamente do interessado como pagamento por algum favorecimento pessoal”.

Outra modalidade de ato de improbidade administrativa que também pressupõe o dolo do agente, ou seja, sua desonestidade, sua

¹⁸ Como anteriormente explicado, o enriquecimento ilícito como fundamento de sanções a agentes públicos não é novidade em nosso ordenamento jurídico, sendo que condutas e penas já estavam previstas nas Leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto.

¹⁹ Em outras palavras: a modalidade de ato de improbidade em análise pressupõe o conhecimento, por parte do agente, da antijuridicidade do resultado pretendido com a realização de sua conduta, comissiva ou omissiva.

²⁰ SARMENTO, George., 2002, p. 65.

má-fé, está prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/92 e corresponde aos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. São eles:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Não há dúvidas de que todos esses atos violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, de acordo com o próprio texto legal, todavia a doutrina fica dividida quando se trata de saber se o rol acima exposto é taxativo ou exemplificativo.

Dantas²¹ expõe com clareza as opiniões divergentes de dois estudiosos da Lei de Improbidade Administrativa:

Em suas reflexões a respeito do assunto, Marcelo Figueiredo conclui que não existe a possibilidade de sancionar comportamentos tidos como atentatórios à moralidade e à probidade na Administração Pública sem fundamentá-los em previsão tipificada em lei. Entende o autor que a tipificação por demais aberta de condutas que se atribuem a noções morais tende a atritar com os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica. (...) Diferentemente, Humberto Pimentel Costa sustenta que a improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública dispensa tipificação legal, sendo certo que a intenção do legislador é exatamente a de abarcar situações diversas que, embora não descritas expressamente no texto legal, violam a lógica e a ética internas do serviço público.

Em atenção aos fins a que se destina esse artigo, não vale à pena discutir se a posição mais acertada é a restritiva ou a ampliativa; o

²¹ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. 2004, pp. 84 – 85.

fundamental é observar a inovação da Lei nº 8.429/92 em acrescentar, como espécie de ato de improbidade, os atentatórios aos princípios da Administração Pública, na tentativa de resguardar a estrutura deontológica do sistema jurídico, paralelamente à legalidade em sentido estrito.

Não somente o respeito à legalidade e a obediência aos valores éticos são impostos aos agentes públicos pela Lei de Improbidade Administrativa, que prega, também, uma gestão responsável dos recursos públicos, considerando, desta forma, atos de improbidade aqueles que causam prejuízo ao Erário, constituídos como “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei (...)”.

O dever de boa administração, ínsito no art. 10, dispensa o enriquecimento ilícito do agente ímprobo, chamando a atenção para a repercussão patrimonial do ato ilegal ou imoral praticado por aquele e, prevendo, além da prática dolosa de atos convictamente nocivos ao erário, a sua modalidade culposa para fins de responsabilização do agente.

A previsão de “ação ou omissão culposa” enseja o retorno àquele ponto controvertido na doutrina de investigar a possibilidade de taxar como ímprobo o administrador que, embora inábil, incompetente ou despreparado, não age com má-fé, não é desonesto. Afastando as discussões, Dantas²² oferece a solução propondo uma

interpretação, coerente e razoável, de que a culpa mencionada pela Lei de Improbidade em seu art.10 deve ser entendida estritamente como culpa grosseira, ou seja, aquela negligência, imprudência ou imperícia tão flagrante que nas situações limite justificaria a responsabilização por ato de improbidade que importa em prejuízo ao erário. Dessa forma, manter-se-ia coerência entre a responsabilidade especial instituída pela Lei 8.429/92 e o regime tradicionalmente aplicado aos agentes políticos no sistema jurídico brasileiro, cujos atos, embora ilegítimos, só acarretam responsabilidade pessoal quando maculados pela má-fé, corrupção ou culpa de maior monta.

Como se pode deduzir, as três espécies de atos de improbidade coexistem no ordenamento jurídico brasileiro e, na maioria das vezes,

²² DANTAS, Frederico Wildson da Silva. 2004, p. 86 – 87.

articulam-se e concorrem, de modo que Meirelles²³ assim dispõe sobre esse intrincamento:

É evidente – embora a lei não o diga expressamente – que haverá atos de improbidade que se enquadrarão em pelo menos duas ou mesmo em todas as três categorias discriminadas. Pode-se dizer mais, inclusive, que na maioria das vezes haverá tal superposição de tipos de improbidade. Um mesmo ato de improbidade pode gerar enriquecimento ilícito de alguém, causar prejuízo ao erário e violar princípios da Administração Pública.

Para solver este aparente conflito, imperiosa uma interpretação de acordo com os graus de relevância das sanções cominadas ao ato praticado, a partir da observação de uma maior ou menor dimensão deste, a fim de que a adequação típica subsuma-se à sanção pertinente, seja ela fruto de cumulação ou de absorção das espécies de improbidade e, conseqüentemente, de suas sanções. Estas serão abordadas no próximo tópico.

4. Repressão à improbidade administrativa

4.1. Aspectos gerais

Aos atos dissonantes do sistema jurídico-moral brasileiro estudados preteritamente, sejam eles cometidos em exclusividade ou de forma conjunta pelo agente ímprobo, correspondem diversas sanções previstas constitucionalmente: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (Art. 37, §4º, CF/88).

Além delas, as quais o legislador deu margem para regulamentação e gradação conforme a caracterização do ato e seus efeitos, o que foi feito pela Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92, reconhece a comunidade jurídica, baseada na própria legislação pátria, que a violação do dever de probidade administrativa possibilita a persecução judicial para a responsabilização do agente, cumulativamente²⁴, nas esferas administrativa, civil e criminal, com as respectivas sanções.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 217.

²⁴ Explica Sarmento (2002, p.192) que isso acontece devido ao fato de o sistema jurídico brasileiro adotar o princípio da autonomia das esferas de atuação; por conseguinte, existe a possibilidade concreta de incidência de sanções criminais, administrativas e cíveis em razão da prática de um mesmo ato ilícito.

Conquanto a maioria daqueles atos seja tipificada como crime pela legislação penal²⁵, há casos em que a tutela de determinado objeto jurídico não necessita de reprimenda criminal que justifique a intervenção do Direito Penal, de modo que nem todo ato ímprobo é punível nesta esfera, isto é, nem todo ato de improbidade será, necessariamente, uma infração penal, seja esta um crime ou uma contravenção.

Quanto à responsabilidade administrativa, pode ser que o estatuto funcional do servidor também preveja como ilícita a conduta deste, sobre o qual recairá, assim, um processo administrativo disciplinar para apurar sua responsabilização nesta seara, podendo sofrer sanções de advertência, suspensão, demissão, destituição de cargo em comissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, a depender da gravidade da conduta praticada, da natureza do cargo e da situação funcional do agente: ativo, em disponibilidade ou inativo.

Em perseguição à finalidade deste trabalho, imperioso ressaltar que o ato de improbidade administrativa tem natureza jurídica de ato ilícito. Esta é a conclusão de Costa²⁶, que, em artigo especialmente dirigido a tal investigação, aduz serem:

(...) os atos de improbidade administrativa atos ilícitos, em sentido lato, cabendo perfeitamente na seguinte conceituação: *"Constitui ato ilícito lato sensu toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, implicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem."* (...) Assim, os atos de improbidade administrativa são fatos jurídicos, donde podermos falar de sua natureza jurídica. São notadamente atos jurídicos, em especial atos jurídicos ilícitos, ao mesmo tempo caducíficantes e invalidantes. (Destaques do original).

Tal constatação é importante para inferirmos que as sanções correspondentes a esses atos jurídicos ilícitos, previstas na Lei de Improbidade Administrativa, possuem natureza civil. Giacomuzzi defende esta posição, ao tempo que critica a inversa, para expor:

²⁵ São exemplos de ilícitos penais que importam atos de improbidade a concussão, o peculato e a usurpação de função pública, previstos, respectivamente, nos artigos 316, 312 e 328 do Código Penal.

²⁶ COSTA, Humberto Pimentel. **Da natureza dos atos de improbidade administrativa**, in Revista do Ministério Público de Alagoas, jul./dez. 1999, nº. 2, p. 69.

O caráter não-penal do ilícito de improbidade da LIA parece-me incontestável – o que, curiosamente, não goza de unanimidade na doutrina e chegou a ser motivo de lamentável titubeio jurisprudencial, hoje dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em 01.12.1999, pôs fim à questão (...).²⁷

Seguindo o mesmo entendimento, Sarmento²⁸ salienta “as sanções previstas no §4º do art. 37 da Constituição Federal são essencialmente cíveis, isto é, devem ser aplicadas no âmbito da ação civil pública”. Tais sanções previstas na nossa Carta Magna, assim como outras acrescidas pela Lei de Improbidade Administrativa serão abordadas a seguir.

4.2 O artigo 12 da LIA: sanções em espécie aplicadas à luz do princípio da proporcionalidade.

A Lei nº 8.429/92, então responsável por regulamentar a responsabilidade civil do violador do dever de probidade, expandiu as sanções constitucionais retro mencionadas para estabelecer, no “Capítulo III – Das Penas”, que:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de

²⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. 2002, p. 291 O “titubeio jurisprudencial” a que o autor se refere trata-se da Recl. 591-SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 1.012. 1999, m. v.

²⁸ SARMENTO, George. 2002, p. 192.

contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

É possível observar, destarte, que a Lei de Improbidade Administrativa, em atenção ao mandamento constitucional da norma contida no §4º do art. 37, escalonou suas sanções de acordo com a gravidade das espécies de atos de improbidade administrativa, associando-os a uma punição de severidade variável.

Outra constatação²⁹ é que nem todas as consequências do ato de improbidade administrativa ali arroladas têm a natureza jurídica de sanção, como é o caso do ressarcimento integral do dano, tal qual a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Quanto à indisponibilidade dos bens, ressalta Dantas³⁰ que possui natureza cautelar, face o objetivo de resguardar a efetividade de eventual decisão condenatória, vinculando-se ao ressarcimento ao erário.

No tocante à sanção da perda do cargo ou função pública, verifica-se a intenção do legislador em proteger o interesse da coletividade, impedindo que o agente exibidor de inabilitação moral

²⁹ Revela-nos Osório que: “Em realidade, sequer se trata de sanções, pois tais consequências jurídicas do ato ímprobo apenas restabelecem o status anterior, restauram o patrimônio lesado. O infrator devolve aos cofres públicos aquilo que foi indevidamente retirado. Repara o prejuízo. Não é sanção, mas reparação. (OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255)

³⁰ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. 2004, p. 112.

para o exercício de função pública e de desvio ético venha a causar mais prejuízos à Administração Pública. Comumente, a esta sanção soma-se a suspensão dos direitos políticos, devido ao entrelaçamento lógico existente entre elas.

Além desta última, que visa a subtrair a capacidade cívica do cidadão, tolhendo não só a sua elegibilidade como também a assunção de qualquer outra função pública e a prerrogativa de ação popular³¹, o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa prevê como sanções o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios de natureza federal, estadual e municipal.

Dantas³², partindo da reflexão de que, antes de contribuir para a proteção dos interesses coletivos, a Lei de Improbidade está mais interessada em reprimir o agente ímprobo, culminando-lhe sanções assaz severas, opina:

(...) a Lei de Improbidade Administrativa é um instrumento teleológico voltado para a repressão da desonestidade do administrador, diploma que assume ares sancionatórios e, por isso mesmo, aproxima-se bastante do aspecto repressivo da legislação penal. Tal justifica a interpretação restritiva e limitadora que vem sendo empregada pelos Tribunais quando de sua aplicação, designadamente na visão garantista no Direito que privilegia o viés liberal e individualista do sistema constitucional.

A interpretação restritiva e limitadora dos Tribunais a que se refere Dantas manifesta-se através da mitigação das sanções da Lei nº 8429/92 a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÃO. MULTA CIVIL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. São os elementos de fato, segundo a prova dos autos, os que com que há de trabalhar o julgador, ao efeito de individualização da sanção adequada, invocável o princípio da proporcionalidade. **Ostenta-se satisfatória, no caso, a aplicação solitária da multa civil.** Apelação desprovida (Apelação Cível nº 700005087267, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des.

³¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 279.

³² DANTAS, Frederico Wildson da Silva. 2004, p. 114.

Antônio Janyr Dall' Agnol Júnior, julgado em 12/03/2003). (Grifos Nossos)

Denota tal julgado a mitigação das sanções da LIA em situações específicas para a escolha, por parte do juiz, de certas punições que, por si só, satisfaçam o interesse punitivo do Estado frente a condutas de mínimo potencial ofensivo. Neste aspecto, observa-se que a não cumulatividade de todas as sanções da LIA para determinado ato ímprobo surge como corolário do princípio da proporcionalidade no campo da Improbidade Administrativa.

Com efeito, há casos em que a lesão gerada ao erário é mínima ou até inexistente, ou a pequena gravidade da conduta ímproba possui caráter diminuto, de modo que não terá nenhum sentido a aplicação de todas as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sob pena de, desproporcionalmente, equipararmos o réu a quem comete atos de improbidades mais graves.

Tal questão, todavia, gerava polêmica na doutrina, vez que corrente minoritária representada, segundo Sarmento³³, por Wallace Paiva Martins Júnior e Aristides Junqueira Alvarenga, aludia que a flexibilização das penas, além de inconstitucional, caracterizaria condescendência com a improbidade administrativa.

Para dissipar estas dúvidas, firmando de vez a tese da corrente majoritária, sintetizada por Santos³⁴ como: “A aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade”, nosso legislador, recentemente, através da Lei nº 12.120/09, acrescentou ao caput do art. 12, da LIA a seguinte expressão “que podem ser aplicadas isolada ou

³³ SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 195.

³⁴ SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Op. cit.*, p. 148. Ainda segundo o autor, compartilham esta opinião os estudiosos FÁBIO MEDINA OSÓRIO, MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA, EALDO FAZZIO JÚNIOR, MARCELO FIGUEIREDO, EMERSON GARCIA, ROGÉRIO PACHECO ALVES, JUAREZ FREITAS, MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ANTÔNIO JOSÉ DE MATTOS NETO, SÉRGIO FERRAZ, GEORGE SARMENTO E RITA TOURINHO.

cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”, em referência às sanções previstas em seu bojo.

Logo, as punições da Lei de Improbidade Administrativa podem, conforme texto legal exposto, ser mitigadas em atenção à já preconizada necessidade de se proceder uma análise das circunstâncias peculiares de cada caso concreto, avaliando requisitos subjetivos como, *e.g.*, a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente etc.

Excedendo esta proposição, entendemos que existem casos – a chamada “improbidade de bagatela” – em que até a mitigação de algumas daquelas sanções em observância ao princípio da proporcionalidade seria bastante para punir atos que, embora formalmente ímprobos, pela sua inexpressividade e potencial ofensivo irrelevante, merecem ser interpretados à luz do princípio da insignificância, e, portanto, desconsiderados como materialmente detentores daquele adjetivo.

Impende mencionar que, devido ao fato de o princípio da insignificância ter sido desenvolvido, inicialmente, no campo do Direito Penal, recorreremos, a seguir, à análise deste postulado na sua seara original para, posteriormente, estudarmos sua aplicabilidade aos atos de improbidade administrativa.

5. O princípio da insignificância

5.1 Considerações iniciais

Afirmou-se, preteritamente, que, embora o cometimento de um ato ilícito possa ensejar a responsabilização do agente, concomitantemente, nos âmbitos civil, administrativo e penal, nem todo ato ilícito é considerado crime; significa dizer: não é qualquer ato contrário ao direito que dá causa à responsabilização penal do agente.

Isto se justifica pelo caráter fragmentário do Direito Penal, cuja atenção volta-se, a partir da observância do princípio da intervenção mínima, norteador de tal ramo jurídico, para as condutas, positivas ou negativas, que afrontem gravemente os bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade.

Nesse sentido, Copetti³⁵ enfatiza que, numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflito face ao direito penal, uma vez que, sendo este o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser minimamente utilizado.

Diante deste caráter repressivo e violento do Direito Penal, as condutas (comissivas ou omissivas) eleitas para tal repressão, juntamente com as correspondentes penas, devem ser definidas previamente num tipo legal incriminador. Trata-se do princípio mais importante do Direito Penal: o princípio da legalidade, preconizador do mandamento: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Por meio do princípio da legalidade, cuja manifestação se dá tanto a nível legal (Art. 1º do Código Penal), como constitucional (Art. 5º, XXXIX), existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, isto é, definindo as condutas vedadas, sob a ameaça de sanção.

Ao prever a sanção estatal que incidirá sobre a conduta lesiva ao bem jurídico tutelado, o tipo penal possibilita o prévio conhecimento, pelos cidadãos, da conduta proibida e dos limites da pena pela realização daquela.

Este meticoloso exercício da criação de tipos penais pressupõe, ressaltava Silva³⁶, uma necessária descrição abstrata da conduta típica, a qual deverá ser elaborada de forma precisa e detalhada. E complementa: “... em sede de tutela penal, a construção do tipo sempre apresenta grande dificuldade em razão da impossibilidade do legislador prever e descrever a gama imensurável de formas de realização da conduta lesiva ao bem criminalmente protegido.”

Por vezes, ainda que o legislador, na atividade de redação do tipo penal, considere os possíveis danos relevantes à ordem jurídica e social,

³⁵ COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 87.

³⁶ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 79.

causados a partir de comportamento ofensivo, a abstração do tipo e a imprecisão legislativa em alguns casos acabam alcançando condutas leves e minuciosas, sem relevância alguma para ensejar a incidência da lei penal.

Logo, após muitas reflexões, os penalistas resolveram atribuir um caráter material à tipicidade³⁷, dotando-a de um conteúdo valorativo. Aquela não poderia, simplesmente, esgotar-se na subsunção do fato ao tipo, devendo ser tipicamente ofensiva ou perigosa ao bem jurídico a que se visa proteger.

Nos dizeres de Toledo³⁸:

Modernamente, procura-se atribuir ao tipo, além desse aspecto formal, um sentido material. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nulum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.

Essa tipicidade material justifica a existência do princípio da insignificância no Direito Penal, o qual surge, justamente, para evitar que os tipos penais alcancem os casos que, ou pela sua aceitação social, ou pela irrelevância do dano causado à sociedade, sejam considerados irrelevantes para uma intervenção do Direito Penal.

5.2 Princípio da insignificância: origem, significado e importância

O princípio da insignificância é visto pela doutrina como uma restauração da máxima latina *minima non curat praetor*, a qual significa que “dos fatos mínimos não deve cuidar o juiz”, ou seja, o magistrado romano³⁹ da época (*praetor*) deveria desprezar os casos insignificantes e se ater a questões realmente inadiáveis.

³⁷ Tipicidade é a adequação entre um acontecimento do mundo fático e um comando normativo que antecipou tal acontecimento. É cediço, contudo, que essa adequação há de ser compreendida sob o prisma formal e material, de modo a aperfeiçoar a subsunção normativa.

³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131.

³⁹ Segundo Lopes, a maioria da doutrina, *e.g.*, Von Listz e Diomar Ackel Filho, considera que a origem daquele brocardo remonta a Roma Antiga. Cf. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.45-47.

Explica-nos Gomes⁴⁰ que o grande responsável pela reconstrução daquele brocardo, à luz da valorização da natureza fragmentária do Direito Penal, foi o alemão Claus Roxin, que, após a Segunda Guerra Mundial, na obra “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, defendeu uma interpretação restritiva dos delitos penais, respaldada na atualização da função da lei penal. Esta, para Roxin, deveria ter sua aplicação voltada às condutas totalmente incompatíveis com a finalidade do Direito Penal: a manutenção da ordem social.

A importação do princípio da insignificância para o direito brasileiro ficou a cargo de Francisco Assis Toledo⁴¹, o qual resume o significado do preceito da seguinte maneira: “Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.”

Criação exclusivamente doutrinária, o princípio da insignificância, embora não conte com reconhecimento normativo explícito no ordenamento jurídico brasileiro, salvo reconhecidas exceções no Código Penal Militar⁴², é amplamente admitido pela jurisprudência, tendo em vista que o desenrolar da atividade jurídica não se resume à interpretação legal, mas a lei é tão somente “o ponto de partida da construção do Direito”⁴³.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Mañas⁴⁴, para quem “a norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por esse motivo, no campo penal, a construção teórica de princípio como o da insignificância não fere o mandamento constitucional da legalidade...”.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato**. Artigo disponível no site <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008145549539p> Acesso em 16 out. 2009.

⁴¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p. 133.

⁴² Temos como exemplos o artigo 209, §6º, que autoriza o juiz, em caso de lesão levíssima, a considerar o fato como mera infração disciplinar, e o artigo 240, §1º, disciplinador do furto insignificante.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit.

⁴⁴ MAÑAS, Carlos Vicos. *Apud* SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 101.

Diga-se de passagem que, na verdade, uma das funções do princípio da insignificância, ao fundamentar a tipicidade material, é justamente corrigir os desvios havidos na aplicação das leis penais ao longo do tempo.

Aguiar⁴⁵, expondo o significado do princípio, demonstra claramente a sua utilidade para a complementação da tipicidade formal:

Tal é o princípio da insignificância ou bagatela, segundo o qual para que uma conduta seja considerada criminosa, pelo menos em um primeiro momento, é preciso que se faça, além do juízo de tipicidade formal (a adequação do fato ao tipo descrito em lei), também o juízo de tipicidade material, isto é, a verificação da ocorrência do pressuposto básico da incidência da lei penal, ou seja, a lesão significativa a bens jurídicos relevantes da sociedade. Caso a conduta, apesar de formalmente típica, venha a lesar de modo desprezível o bem jurídico protegido, não há que se falar em tipicidade material, o que transforma o comportamento em atípico, ou seja, indiferente ao Direito Penal e incapaz de gerar condenação, ou mesmo de dar início à persecução penal.

Método de interpretação restritiva do tipo penal, o princípio da insignificância funciona, portanto, como meio de qualificação valorativa tanto da conduta como do resultado, exigindo o desvalor de qualquer um desses elementos para afastar a incidência do Direito Penal num caso concreto.

Com efeito, esclarece Gomes⁴⁶ que duas são as hipóteses de insignificância no Direito Penal: a) insignificância da conduta, b) insignificância do resultado.

Para explicar a primeira, o autor faz uso do seguinte exemplo: No delito de arremesso de projétil, previsto no art. 264 do Código Penal⁴⁷,

⁴⁵ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **O princípio da insignificância e os crimes contra o sistema financeiro nacional**. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, nº 255, 19 mar, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5000>> Acesso em 16 out. 2009.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit.

⁴⁷ “Art. 264. Arremessar projétil contra veículo em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar: Pena - detenção, de um a seis meses.”

quem arremessa contra um ônibus em movimento uma bolinha de papel pratica uma conduta objetivamente não perigosa ou de periculosidade mínima, ínfima, logo, por ser a conduta insignificante, falta-lhe o desvalor da ação, ou seja, aquela não é a ação desvalorada que está prevista no tipo penal.

E, na mesma sistemática, continua o autor, acerca da segunda hipótese: “No delito de furto (CP, art. 155), quem subtrai uma cebola e uma cabeça de alho, que totalizam R\$ 4,00, pratica uma conduta relevante (há desvalor da ação), mas o resultado jurídico (a lesão) é absolutamente insignificante”. Neste caso, falta o desvalor do resultado, falta um ataque intolerável ao bem jurídico.

Logo, em qualquer dos casos acima, o princípio da insignificância projetar-se-á, informando o tipo penal com um conteúdo material, que, por si, pressupõe um juízo valorativo acerca do grau de repercussão jurídico-social, para, enfim, afastar a incidência do Direito Penal.

Este efeito não impede, porém, ressalta Gomes⁴⁸, que recaiam sobre o autor do fato sanções de outra natureza: moral, civil, trabalhista, pagamento de multa etc, quando o caso assim as requererem. Aquele não ficará totalmente impune; a sanção penal é que não se justifica, pois, em face das drásticas consequências que resultam à vida do condenado, deve ser reservada para fatos igualmente graves, relevantes.

5.3. Aspectos jurisprudenciais acerca da utilização do princípio da insignificância no Direito Penal

Tal qual a européia⁴⁹, a jurisprudência brasileira deu seus primeiros passos para fazer incidir o princípio da insignificância no terreno dos crimes contra o patrimônio, isto é, a inauguração do postulado deu-se em relação à desconsideração das subtrações de pequena monta, dos irrelevantes delitos de caráter patrimonial e econômico.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit.

⁴⁹ LOPES narra que o surgimento da “Bagatelledelikte” (criminalidade de bagatela) deu-se após a Primeira Guerra Mundial, em virtude das dificuldades socioeconômicas pelas quais passava a população. Com isto, aumentou-se significativamente o número de delitos de caráter patrimonial e econômico, principalmente as subtrações de pequena monta. (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p.39).

Veja-se antigo julgado da Sexta Turma do STJ, que, por unanimidade, reconheceu a insignificância do furto em apreço, para conceder o “habeas corpus” e relaxar a prisão da paciente:

RHC - CONSTITUCIONAL - PENAL - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - "HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO - O "habeas corpus", por seu procedimento, não comporta investigação probatória. O fato deve projetar-se isento de dúvida. **Concede-se, todavia, "habeas corpus" de ofício, caracterizada a pequenez do valor do furto.** Princípio da insignificância. O resultado (sentido jurídico-pena) deve ser relevante, quanto ao dano, ou perigo ao bem juridicamente tutelado. De "minimis non curat praetor". **Modernamente, ganha relevo o - princípio da insignificância. O delito (materialmente examinado) evidencia resultado significativo. Deixa de sê-lo quando o evento é irrelevante.** Não obstante conclusão doutrinária diversa, afirmando repercutir na culpabilidade, prefiro tratar a matéria como excludente da tipicidade, ou seja, o fato não se subsume a descrição legal. Acórdão: Por unanimidade, conceder o "habeas corpus" de ofício para relaxar a prisão da paciente. (Processo RHC nº 4311/RJ, Órgão Julgador: Sexta Turma do STJ, Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 13/03/1995). (Grifos nossos).

Todavia, a consideração de um delito como de bagatela não se restringiu aos casos qualificados pelo leve dano patrimonial, porque o princípio da insignificância, por assumir feição de instrumento normativo de interpretação restritiva em matéria penal, passou a ser aplicado, também, na solução de casos concretos onde se verificasse a ocorrência de um crime de bagatela, uma infração penal causadora de escasso ou insignificante dano a um bem jurídico, de forma geral, não apenas ao bem jurídico “patrimônio”.

Delito de bagatela, conceitua Gomes⁵⁰, expressa o “fato insignificante, de ninharia ou, em outras palavras, de uma conduta ou mesmo de um ataque ao bem jurídico que não requer a intervenção penal, porque está fora do âmbito do tipo penal”. Sob outro enfoque, Cornejo⁵¹ nos ensina que o princípio da insignificância permite valorar condutas como socialmente irrelevantes, garantindo não só que a justiça se encontre mais desafogada ou menos sobrecarregada, como

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit.

⁵¹ CORNEJO, Abel. **Teoría de La Insignificancia**. Buenos Aires: Rubinzal, 2006, p. 59.

permitindo também que fatos insignificantes não se erijam em uma sorte de estigma prontuarial para seus autores.

A configuração de um delito bagatelar, sobre o qual incidirá o princípio da insignificância, costuma ser norteadas por pressupostos como, *e.g.*, escasso dano ao bem jurídico ou lesão de mínima repercussão social, associados à intervenção mínima do Estado em matéria penal, ou seja, este somente deveria preocupar-se com as lesões significativas.

Os critérios fixados pela jurisprudência brasileira são quatro: a) mínima ofensividade da conduta; b) inexistência de periculosidade social do ato; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão provocada. Assim dispõe o Supremo Tribunal Federal, como se constata pelo seguinte julgado:

I. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE: incidência das Súmulas 282 e 356. II. Recurso extraordinário, requisitos específicos e habeas corpus de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a inadmissibilidade do RE da defesa, por falta de prequestionamento e outros vícios formais, se, não obstante - evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção - seja possível a concessão de habeas-corpus de ofício (v.g. RE 273.363, 1ª T., Sepúlveda Pertence, DJ 20.10.2000). III. Descaminho considerado como "crime de bagatela": aplicação do "princípio da insignificância". **Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada** (HC 84.412, 2ª T., Celso de Mello, DJ 19.11.04). A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa (HC 77.003, 2ª T., Marco Aurélio, RTJ 178/310). IV. Concessão de habeas corpus de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia. (AI 559904 QO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data do Julgamento: 07/06/2005). (Destacou-se)

Outrossim, ressaltando que os mencionados critérios podem estar presentes nas mais variadas modalidades de infração penal, Toledo⁵² exemplifica:

No sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, parágrafo 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que se exclui ofensas tartamudeadas e sem consequências palpáveis; e assim por diante.

A posição do autor, contudo, não é comungada por todos aqueles que, reconhecendo a importância do princípio da insignificância na correção de injustiças, aplicam-no na esfera penal, em contraposição a outros, mais conservadores, que consideram tal preceito “um perigoso ato de leniência contra a sociedade como um todo”⁵³.

A par da própria discussão acerca da aceitação do princípio da insignificância pela doutrina e jurisprudência, ressalta-se uma diversa, ocorrida no seio dos reconhecedores do referido postulado: a (in) aplicabilidade deste nos Crimes contra a Administração Pública.

Observe-se que, dentre aqueles tipos penais exemplificadores arrolados por Toledo, temos o delito de peculato, previsto no art. 312 do CP e consistente em “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.

A controvérsia cinge-se em saber se o bem jurídico que se visa a proteger com a referida norma penal – a moralidade pública – pode ser relativizado em razão da aplicação do princípio da insignificância e,

⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. 2000, p. 133.

⁵³ MARSHALL, Carlos. Em comentário, no dia 18/12/2008, à reportagem de tema “Aplicação do princípio da bagatela desafia magistrados”, publicada no site <<http://lexuniversal.com/pt/articles/7191>>. Acesso em 25 set. 2009.

conseqüentemente, afastada a tipicidade material de delitos como aquele. Para o Superior Tribunal Justiça, isto seria impossível, veja-se:

CONCUSSÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. "HABEAS CORPUS".

1. Não se aplica o chamado princípio da insignificância quando a hipótese engloba crimes contra a administração pública, em razão da efetiva ofensa ao bem juridicamente tutelado.
2. A aferição da insignificância é matéria afeta ao juízo de instrução, e não no "Habeas Corpus". Óbice da Súmula 07/STJ.
3. Habeas corpus conhecido; provimento negado. (Processo RHC 8357/ GO; Relator Ministro Edson Vidigal; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data do Julgamento:15/04/1999).

A resistência do STJ é assim justificada: irrelevante aferir, em relação ao peculato, por exemplo, o montante de que o funcionário público se apropriou indevidamente, em proveito próprio ou alheio, posto que a gravidade e a reprovação de sua conduta estariam na quebra do dever de probidade para com a Administração Pública. Segundo os defensores desta tese, “aplicar o princípio da insignificância nesses casos sugere a errônea impressão de que o Estado sofreu simples lesão patrimonial de valor ínfimo, quando, de fato, a conduta injurídica, de forte conteúdo ético, é a questão principal”⁵⁴.

Em sentido diverso é o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁵⁵, que reconheceu a incidência do princípio da insignificância em suposto delito de peculato para, assim, determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa, no julgamento do seguinte “habeas corpus”:

HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE.

1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza

⁵⁴ BRASIL, TRF1 – RCCR nº 2001.37.01.000543-5/MA, 3ª turma, Relator: Luciano Tolentino Amaral, DJ 17/05/2002, p.162. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>> Acesso em: 22 out. 2009.

⁵⁵ Vide Informativo nº 438, de título “Princípio da Insignificância e Crime contra a Administração Pública – 2”.

a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar.

2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário.

3. A manutenção da ação penal gerará graves consequências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida. (HC 87478/PA, Rel. Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 29/08/2006).

Em semelhante hipótese⁵⁶, mas em outra oportunidade, o entendimento foi idêntico:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE DENUNCIADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 303, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR (PECULATO). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO: APLICAÇÃO À ESPÉCIE VERTENTE. HABEAS CORPUS DEFERIDO. (HC 92634/PE, Rel. Min. Carmen Lúcia, Data de Julgamento: 26/11/2007).

Pois bem, se brotam controvérsias na área criminal, onde o princípio da insignificância foi inicialmente cultivado e já adquiriu uma

⁵⁶ Consta na ação que o soldado confessou ter rasurado uma ficha de hospedagem do Cassino de Soldados e Sargentos da Base Aérea de Recife, alterando a data de entrada de um hóspede de 3 para 8 de julho de 2006, apropriando-se, assim, de cinco diárias de pernoite, no valor total de R\$ 75. Constatado o fato em 17 de julho de 2006, a defesa alega que L.C.F. devolveu voluntariamente, no dia seguinte (18), a quantia desviada. A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, relatora da ação, encaminhou o seu voto no sentido de deferir a ordem a fim de cassar a sentença condenatória que possa ter ocorrido e reconhecer a atipicidade do fato imputado, determinando o trancamento da ação penal em curso na 7ª Circunscrição Judiciária Militar. Para a relatora, neste caso, não há comprometimento da hierarquia nem da disciplina e a apropriação “*é muito insignificante para o aparelho estatal*”.

considerável aceitação, o que dizer da viabilidade de sua aplicação em questões que envolvam a responsabilização civil do funcionário público pela prática de ato atentatório ao princípio da moralidade administrativa, mas que provoque cunho lesivo mínimo para o patrimônio público e/ou que seja passível apenas de ínfima ou quase nenhuma reprovação social?

6. A aplicação do Princípio da Insignificância aos atos de improbidade administrativa.

Recente viés de manifestação do princípio da insignificância, enfrentado, inevitavelmente, até pelo caráter aberto de nosso sistema jurídico⁵⁷, pela jurisprudência brasileira é a pregação da aplicação do aludido princípio no âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente nos casos de Improbidade Administrativa.

Conseqüentemente, afloraram dois posicionamentos contrários: a) uma corrente progressista, que afirma ser possível a aplicação por analogia com o Direito Penal; e b) uma doutrina mais conservadora, para a qual tal analogia é impossível dada a indisponibilidade do bem jurídico tutelado – a moralidade administrativa, que não admitiria relativizações.

Eis o fato inaugural⁵⁸ desta discussão: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diante de caso de um agente público municipal que utilizou carros e funcionários públicos para fins particulares, causando ao Erário dano apurado em quase R\$9,00 (nove reais) referentes ao combustível utilizado no deslocamento, invocou analogicamente o princípio da insignificância para afastar as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

⁵⁷ Silva leciona que “Dentro de um sistema jurídico aberto, como o brasileiro, é perfeitamente possível que se utilizem as fontes secundárias do direito, como a analogia, os costumes e, no caso concreto, os princípios gerais do Direito”. (SILVA, Renato Lopes Gomes da. **Princípio da insignificância e os atos administrativos**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 02 out. 2008).

⁵⁸ BRASIL – STJ – Informativo n. 376, disponível no site www.stj.gov.br. Acesso em 02 out. 2009.

Segundo o juízo singular, a “prosaica importância” deu ensejo à movimentação de todo o aparato judicial culminando em desproporcional sanção, pois, embora típica, a conduta do dito agente público não atingiria, de modo relevante, o bem jurídico protegido. Assim, aplicando o princípio da insignificância, o Tribunal de Justiça, após avaliar o pedido de exoneração do réu, bem como o valor e o ressarcimento imediato do dano, acabou julgando improcedente a ação, dando causa ao recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul ao Superior Tribunal de Justiça.

A Corte do STJ, todavia, em decisão proferida nos autos do REsp 829.818-RS⁵⁹, insurgiu-se contra a referida analogia, negando a possibilidade de aplicação daquele princípio penal para afastar condutas ditas como ímprobas, eis que, a seu ver, o bem jurídico protegido pela Lei nº 8.429/92 – moralidade administrativa – não comportaria ofensa gradativa no sentido de poder ser um pouco, bastante ou minimamente ofendido, não havendo, portanto, ofensa insignificante ao princípio da moralidade.

Com efeito, já mencionamos anteriormente que o princípio constitucional em comento exige dos agentes públicos condutas leais, sérias, esclarecedoras e motivadas, prescrevendo a eles um comportamento adequado do ponto de vista ético e moral.

Depois da preocupação expressa do constituinte com os padrões de conduta dos responsáveis pelo manuseio da coisa pública, prevendo, inclusive, sanções a serem cominadas aos agentes ímprobos a partir de regulamentação legal, a própria lei criada para tal finalidade insistiu em frisar: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.” (Art. 4º, Lei nº 8.429/92)

Sem negar a magnitude do princípio da moralidade como norte para a atividade administrativa, pretende-se apontar argumentos que sirvam a embasar uma aplicação parcimoniosa do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa.

⁵⁹ BRASIL – STJ – REsp 829.818-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Data do julgamento: 11/11/2008.

Para início de argumentação, faz-se mister recordarmos o momento histórico vivido por nosso país anteriormente ao surgimento da Lei de Improbidade Administrativa. Sarmiento⁶⁰, explicando que a cultura da corrupção assola o Brasil há bem antes do período monárquico, conta que as décadas imediatamente antecessoras à constitucionalização do princípio da moralidade pública apresentavam um triste quadro de corrupção, pois “políticos e funcionários graduados tinham certeza da impunidade dos seus deslizes funcionais”.

Ressalta o autor que:

A partir da década de 70, os projetos faraônicos, a construção de estradas, conjuntos habitacionais e a urbanização das cidades favoreceram as grandes empreiteiras, que passaram a financiar campanhas eleitorais, pagar comissões ilegais e interferir no orçamento da União. Resultado: obras superfaturadas, de qualidade inferior, inacabadas e até mesmo fantasmas.

A Constituição de 1988 e a posterior publicação da Lei de Improbidade Administrativa surgiram como promessa de mudança desta situação. Em relação a este diploma normativo, Sarmiento opina que o Brasil se armou de um “aparato legal capaz de fazer frente aos avanços da criminalidade financeira e dos crimes do colarinho branco”⁶¹.

Constata-se, por conseguinte, que a entrada da Lei nº 8.429/92 no nosso ordenamento jurídico, acompanhada de suas gravíssimas sanções, foi motivada pela tentativa de combate às práticas de clientelismo, ao tráfico de influência, ao nepotismo e às grandes organizações criminosas que dilapidavam o patrimônio público, tanto que ficou conhecida também como “Lei do Colarinho Branco”⁶².

⁶⁰ Após a instalação da família real portuguesa no Brasil, “veio a distribuição indiscriminada de títulos nobiliárquicos para ricos comerciantes e proprietários rurais em troca de investimentos no Banco do Brasil. A prática de enobrecimento dos súditos como pagamento de favores prestados à coroa continuou em todo o período monárquico”. (SARMENTO, George. 2002, p. 53)

⁶¹ SARMENTO, George. 2002, p. 61.

⁶² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. 2008, p. 165. Importante mencionar que tal nomenclatura não deve ser confundida com a da Lei nº 7.492/86, chamada de Lei dos Crimes de Colarinho Branco. Esta cuida da responsabilidade criminal do agente, ao definir os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Aquelas gravíssimas sanções serviriam não apenas para neutralizar a ação dos agentes ímprobos, mas também como complemento à punição daqueles no âmbito criminal. Tanto é assim que alguns doutrinadores⁶³, comparando tais sanções com a pena e seus efeitos, atribuem àquelas um caráter penal, embora, como já explicado, seu cunho seja civil.

Logo, em cotejo com o disposto no tópico em que se tratou da atividade de redação das normas penais, verifica-se que o legislador, ao elaborar a Lei de Improbidade Administrativa, ainda que quisesse abarcar pequenos desvios de condutas dos agentes públicos, certamente não teve a intenção de atribuir-lhes aquelas fortes e graves penalidades.

Nestes casos, é dever do aplicador do direito desigualar os desiguais, seja utilizando-se da mitigação das sanções a partir do princípio da proporcionalidade, como se tem feito em alguns casos acima expostos, seja empregando, por analogia com o direito penal, o princípio da insignificância aos casos de improbidade de bagatela⁶⁴, ou de corrupção branca⁶⁵.

Não se pretende aqui fazer uma apologia ao cometimento destas condutas, tampouco justificá-las ou, ainda, negar-lhes o caráter ímprobo e imoral, pois, como bem ressaltou a Segunda Turma do STJ, houve afronta ao princípio da moralidade, que, igualmente aos demais princípios administrativos, não pode ser aplicado “com uma calculadora na mão”, nem expresso “na forma de reais e centavos (...)”⁶⁶.

⁶³ GIACOMUZZI, José Guilherme. 2002, p. 291. O autor cita alguns estudiosos com o referido entendimento.

⁶⁴ Empréstimo da doutrina penal a teoria da insignificância de Roxin, aplicada aos crimes de bagatela, reconhece-se, hoje, a improbidade de bagatela, referente à prática de pequenos atos desviantes da correta conduta pública que não devem ser perseguidos pela Lei 8.429/92.

⁶⁵ Martins Júnior, citando Heidenheimer, diz que este “distingue a corrupção em preta (não tolerada pela opinião pública e reprimida pelo direito penal), cinza (também não tolerada, mas praticada nos meios dirigentes, como os financiamentos ilegais de partidos políticos) ou branca (tolerada pela população e caracterizada pelo desprezo a certas regras de valores menores), tendo em vista a maior ou menor reprovação da opinião pública”. (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. 2001, p. 6).

⁶⁶ Expressões contidas na decisão proferida nos autos do REsp 829.818-RS[□], cujo relator fora o Ministro Herman Benjamin.

Contudo, não se deve olvidar a simbologia da balança erguida pela deusa grega Diké⁶⁷, significando que, num Estado Democrático de Direito, repugnante é a justiça de “dois pesos e duas medidas”, pois esta fere outro magnífico princípio constitucional conquistado: o princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia.

Expliquemo-nos. É que a aplicação do princípio da insignificância, em determinados casos, à medida que realiza uma hermenêutica coerente com a realidade e o pensamento social, concretiza o princípio da igualdade. Em relação a esta associação, Lopes⁶⁸ considera aquele princípio um “mecanismo receptor e divulgador do princípio da igualdade dentro do Direito Penal”.

Ora, se isto sucede no ramo criminal, não poderia ser diferente no campo da responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, já que, em ambos os casos, ao se abrir para o juiz a possibilidade de aplicação fria da lei, surge ao indivíduo o risco de ser tratado desigualmente pelo Judiciário.

Certamente que desviar verbas públicas correspondentes ao valor de quase R\$ 9,00 (Nove reais), como aconteceu no caso acima narrado, guarda semelhança com o desvio de R\$ 9.000.000,00 (Nove milhões de reais), porque em ambas as situações foi ferido o princípio da moralidade administrativa e desrespeitado o dever de probidade, zelo e ética que se espera dos agentes públicos.

Igualam-se tais sujeitos porque ambos cometeram, no aspecto formal, atos ímprobos, ambos enriqueceram ilicitamente, por mínima que seja a quantia desviada pelo primeiro, auferindo vantagem em razão do cargo, ou seja, utilizar o recurso da aplicação do princípio da

⁶⁷ Diké (ou Dice) é a deusa grega dos julgamentos e da [justiça](#), vingadora das violações da lei. Com a mão direita sustenta uma espada (simbolizando a força, elemento tido por inseparável do direito) e na mão esquerda sustenta uma balança de pratos (representando a igualdade buscada pelo direito), sem que o fiel esteja no meio, equilibrado. O fiel só irá para o meio após a realização da justiça, do ato tido por justo, pronunciando o direito no momento de “ison” (equilíbrio da [balança](#)). Note-se que, nesta acepção, para os gregos, o justo ([Direito](#)) era identificado com o igual ([Igualdade](#)).

⁶⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. 1997, p. 53.

insignificância para desconstituir a improbidade parece inviável, ou até absurdo, já que a conduta reprovável foi a mesma: enriquecer ilicitamente (Art. 9º, da Lei nº 8.429/92).

Ocorre que, se analisarmos outro prisma do princípio da insignificância, constataremos que não há nada de equânime em atribuir a ambos os sujeitos as penas previstas no art. 12 da LIA, pois além de os resultados dos atos serem diversos, o grau de reprovabilidade social é variável. Mesmo a aplicação de penas diferentes para os dois agentes, calculadas dentro das margens mínima e máxima cominadas no citado dispositivo legal, revelaria um descompasso entre o prejuízo decorrente da sanção experimentado pelo agente da improbidade de bagatela e a repercussão do dano para a sociedade.

Logo, em relação ao sujeito que desviou R\$ 9,00 (Nove reais), invocamos o pensamento de Alvarenga⁶⁹ de que “se o potencial ofensivo for pequeno, poderá o Ministério Público propor a ação civil pública, por exemplo, visando o ressarcimento ao erário, desconsiderando o ato como ímprobo”.

A proposta é a desconstituição do caráter ímprobo de certos atos, com o conseqüente afastamento das gravíssimas sanções da Lei nº 8.429/92, através da avaliação da insignificância do resultado. Logo, em analogia com o Direito Penal, o princípio da insignificância serviria de método de interpretação restritiva das normas contidas na Lei de Improbidade, funcionando como meio de qualificação valorativa do resultado, e não somente da conduta, a qual, repita-se, sempre será desvalorada em caso de prática de ato de improbidade administrativa.

Ressalte-se, ademais, que a aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade não importa numa transformação da moralidade em algo patrimonial, mas revela que as conseqüências de tais atos servem apenas de critério para ponderar, no caso concreto, a justiça e a razoabilidade da aplicação das penas da LIA, à luz, inclusive, do disposto em seu art. 12, *caput*, acerca da necessidade de se levar em conta “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

⁶⁹ ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Apud* SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 149.

A incidência do princípio da insignificância nas situações de improbidade de bagatela pressupõe um juízo valorativo acerca do grau de repercussão jurídico-social do resultado da prática do ato. Acolher um sentimento de justiça inspirado nos valores da sociedade, mediante a aplicação daquele princípio, é realizar o princípio da igualdade, reputando sanções diversas a atos cujos resultados assim também o foram.

Sim, porque, embora seja efeito da aplicação do princípio da insignificância em casos bagatelares o afastamento das fortes sanções da LIA, não haverá interferência alguma nas demais penalidades que possam advir de responsabilização em outras esferas, isto é, nada impede que o autor do fato seja punido na esfera administrativa, sendo as penalidades desta decorrentes, e até o curso do processo administrativo, suficientes e satisfatórios para surtir efeitos educativos sobre aquele servidor.

Para ilustrar tal proposição, veja-se o seguinte exemplo: Maria, uma eficiente escrivã de certa Vara Criminal de Maceió, é amiga de Josefa, que cursa Direito na Universidade Federal de Alagoas. No último ano do referido curso, todos os alunos precisam assistir a 10 (dez) audiências criminais para a composição da nota da disciplina Estágio II. Ocorre que Joana, assim como outros 04 (quatro) companheiros de turma, não quer “perder tempo” assistindo àquelas audiências. Daí, sabendo que Maria, sua grande amiga, não só trabalha numa Vara Criminal, como está a fim de ir a um “mega show”, cujos ingressos já se esgotaram, Joana faz a oferta: “Maria, você põe o meu nome, bom como os dos meus 04 (quatro) amigos na Ata de Audiência e, em troca, eu te dou meu ingresso do show. Que tal?” Maria, servidora pública, ferindo os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, aceita a proposta, cumpre com o acordado e vai ao show.

Ora, a conduta de Maria se enquadra perfeitamente, no aspecto formal, no disposto no artigo 9º, I, da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja:

receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público.

Para este ato, a Lei nº 8.429/92 comina as seguintes sanções: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, b) perda da função pública, c) suspensão dos direitos políticos de 08 (oito) a 10 (dez) anos, d) pagamento de multa civil de até 03 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial, e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Agora, pergunte-se: A Lei nº 8.429/92 foi criada para atingir pequenos desvios de conduta, como o de Maria? As sanções acima são compatíveis com o ato praticado por Maria, que, mesmo sendo uma funcionária das mais eficientes do seu meio de trabalho, perderia o seu cargo? E mais, sendo a conduta de Maria reprovável por ferir os princípios da moralidade e da impessoalidade, há resultado relevante a ensejar tais sanções ou este é insignificante segundo o sentimento social? Não é razoável desconsiderar, pela insignificância do resultado, que Maria não sofra as sanções da LIA, porque a simples existência de um processo disciplinar já pode surtir efeitos educativos sobre ela, punindo-a proporcionalmente e satisfatoriamente pela sua ação?

Ataíde⁷⁰, indiretamente, responde tais questões ao refletir:

A justiça da decisão de um magistrado não está na aplicação cega de uma lei, que demanda uma intervenção exemplar do direito sancionador, mas nos mecanismos utilizados por ele para extrair a verdade a partir das especificidades do caso individual, em função de que a questão da realização da justiça dependerá de sua atenção para reconhecer a insignificância de certos casos. (...) A aflição causada por um processo administrativo pode revestir-se como um infalível exemplo para o servidor.

Processar Maria civilmente mediante ação de improbidade administrativa, ensejando a possibilidade de ela sofrer as severas sanções da Lei nº 8.429/92, das quais pode decorrer, inclusive, a subtração da capacidade cívica daquela, é compará-la com certos governantes e parlamentares que se utilizam dos cargos para enriquecer

⁷⁰ ATAÍDE, Fábio. **Punição administrativa e insignificância**. Artigo publicado, aos 02 de março de 2008, no Jornal Gazeta do Oeste, Coluna de Fato e de Direito, e disponível no site <http://fabioataide.blogspot.com>. Acesso em 18 set. 2009.

milhões ilicitamente, favorecendo seus aliados políticos através de troca de favores.

E mais: é permitir que as sanções a ela aplicadas impliquem uma resposta mais severa do que algumas sofridas por quem comete determinados crimes contra a Administração Pública. Por exemplo, quem atenta contra a moralidade administrativa empregando verbas públicas irregularmente, de modo a dar a elas aplicação diversa da estabelecida em lei comete o delito previsto no artigo 315 do Código Penal⁷¹, sujeitando-se à pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) meses, ou multa. Este agente público, todavia, não perderá seu cargo, uma vez que, à luz do art. 92, I do suso referido diploma, não recairá sobre ele tal efeito; veja-se:

Art. 92 - São também **efeitos da condenação**:

I a **perda de cargo**, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada **pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano**, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública (...). (Grifos nossos)

Por isso a afirmação de que muitas vezes é melhor sofrer uma condenação penal do que ser punido civilmente pela Lei nº 8.429/92. Sem mencionar que nem sempre aquela existirá, pois, como explicado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal já aplicou o princípio da insignificância para descaracterizar o delito de peculato⁷², que fere

⁷¹ “Emprego irregular de verbas ou rendas públicas: Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.”

⁷² HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE.

1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar.

2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário.

aquele bem jurídico tutelado (moralidade administrativa), trancando a correspondente ação penal.

Não podemos, portanto, ignorar a conquista do princípio da insignificância no nosso ordenamento, bem como a importância do mesmo no saneamento de certas incongruências decorrentes de nosso sistema jurídico-normativo. Atento a isto, o Ministério Público do Estado de Alagoas, em parecer opinando pela procedência de recente mandado de segurança⁷³, avançou no tema ao argumentar:

O princípio da insignificância – ou bagatela – foi descoberto/inventado por Claus Roxin, em meados da década de 60, e servia de vetor interpretativo para tornar atípicas condutas que não feriam materialmente um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. O que o mestre de Munique enxergou, muito antes que qualquer jurista, foi consequência de seus estudos de tentar unir, felizmente, a dogmática penal com a política criminal, abandonando classificações excessivas típicas do sistema finalista/ontológico.

Com a criação da Lei Federal nº 8.429/92, o Direito Administrativo passou a punir atos na sua seara, conhecidos como Improbidade Administrativa, o que significou grande avanço em sentido prático, tendo em vista a incomensurável quantidade de irregularidades na Administração Pública, deteriorando o erário público e ferindo de morte a moralidade administrativa. Porém, exageros não são bem vindos, sequer no âmbito criminal ou administrativo. Princípios implícitos próprios da Administração Pública, como a razoabilidade e a proporcionalidade, nos levam a crer que é possível uma analogia do princípio da insignificância nos casos de improbidade administrativa.

É protagonismo como este pelo que se preza: evitar exageros e injustiças através da aplicação do princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa, restringindo as sanções gravíssimas da Lei nº 8.429/92 e a exposição do patrimônio moral da pessoa envolvida aos casos em que haja real repercussão jurídico-social, além de um resultado significativo de dano à sociedade.

3. A manutenção da ação penal gerará graves consequências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida. (HC 87478/PA, rel. Min. Eros Grau, 29.8.2006).

⁷³ Processo nº 003475-0/2009, em trâmite na 17ª Vara Cível de Maceió/AL (Fazenda Pública Estadual).

Negar isto é concorrer para a banalização da Lei de Improbidade Administrativa.

7. Conclusão

Nos casos de “improbidade de bagatela”, devemos utilizar, em analogia com o Direito Penal, o princípio da insignificância, instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que serve como meio de qualificação valorativa tanto da conduta, como do resultado, para possível afastamento da tipicidade material.

Com efeito, não somente nos tipos penais, mas também nos tipos legais previstos na Lei de Improbidade Administrativa como ensejadores de suas gravíssimas sanções, observa-se que o legislador, durante seu metódico exercício de criação da conduta típica, acaba por alcançar condutas leves e insignificantes, sem relevância alguma para darem cabo à incidência da pena, na esfera criminal e, no âmbito da improbidade, das sanções da LIA.

A projeção do princípio da insignificância aos ilícitos ímprobos de bagatela não ocorre para negar a importância da exigência da moralidade pública, mas sim, para efetivar outros princípios constitucionais, como o da proporcionalidade, o da eficiência e o da isonomia.

Prima-se, assim, por uma análise do caso concreto de acordo com a intenção do legislador, no momento histórico pelo qual o Brasil passava, ao criar a LIA e por uma interpretação conforme o resultado ínfimo da prática de certos atos, os quais embora formalmente ímprobos, não se revestem de reprovação social que justifique a caracterização material de um ato de improbidade e suas conseqüentes punições previstas naquele diploma legal, podendo, por exemplo, surtir efeitos educativos ao agente público uma simples sanção administrativa, a qual seria mais compatível com o ato por ele praticado.

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS (IN)CONSTITUCIONALIDADES
NO ART. 7º, INCISO III E § 2º, E NO ART. 25, DA LEI Nº.
12.016/2009, SOB A ÓTICA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB**

José Ailton da Silva Júnior

Auxiliar de Apoio Administrativo da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Alagoas. Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Internacional de Curitiba – FACINTER. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Alguns dispositivos atacados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no âmbito da ADIN Nº. 4.296-DF e os fundamentos das críticas. 2.1 Da inconstitucionalidade do art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exigência de caução, fiança ou depósito. 2.2 Das inconstitucionalidades do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº. 12.016/2009. 2.2.1 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários. 2.2.2 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior. 2.2.3 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. 2.3. Da inconstitucionalidade do art. 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exclusão de Honorários Advocatícios. 3. Da análise das críticas. 3.1 Da constitucionalidade do art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009. 3.2 Das (in)constitucionalidades do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº. 12.016/2009. 3.2.1 Da constitucionalidade parcial da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários – a necessidade da interpretação conforme a Constituição. 3.2.2 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior. 3.2.3 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. 3.3 Da inconstitucionalidade do art. 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exclusão de Honorários Advocatícios. 4. Conclusões.

1. Introdução

O Mandado de Segurança é conhecido como um remédio constitucionalmente posto, a fim de assegurar ao cidadão a defesa contra atos ilegais e/ou autoritários, sob os quais não seja possível a impetração de *habeas corpus* ou *habeas data*.

O diploma legal que regulamentava o instituto, Lei Federal nº. 1.533/51, já não mais atendia aos fins a que se propunha, principalmente após a promulgação da Carta Federal de 1988, tornando-se urgente uma reforma nas suas disposições.

Ocorre que, após mais de dez anos de estudos e debates, desde a expedição da Portaria nº. 634/96, a qual designou uma Comissão de Juristas, presidida pelo Professor Caio Tácito e da qual foram relator e revisor, respectivamente, o Professor Arnoldo Wald e o Ex-Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito, a deliberação no Congresso Nacional e a sanção presidencial em 2009, a disciplina legal do mandado de segurança, através da nova Lei, recebeu inovações de grande valia, como, por exemplo, a regulamentação do mandado de segurança coletivo, porém tratou de maneira conservadora assuntos como o da concessão de liminares e a dos honorários advocatícios, o que desagradou a diversos setores que esperavam ansiosos pela inovação legislativa da matéria.

Logo após a publicação da nova Lei que disciplina o Mandado de Segurança, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que havia realizado uma campanha contra alguns dispositivos do referido diploma, levantou-se contra a sanção presidencial e anunciou que iria ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de alguns dispositivos da mencionada Lei.

Em 15 de setembro de 2009, o Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei Federal nº. 12.016/2009 (Adin nº 4296¹), a qual terá como relator o

¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade Com Pedido de Liminar nº 4296-DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB perante ao Supremo Tribunal Federal.*

Disponível em: < http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADIN_Lei.pdf>. Acesso em 01 dezembro 2009.

Ministro Marco Aurélio Mello, aduzindo a inconstitucionalidade dos arts. 1º, § 2º; 7º, inciso III e § 2º; 22, § 2º; 23 e 25. Destes, atentar-se-á este trabalho ao art. 7º, inciso III e § 2º e ao art. 25.

Tem-se que a incerteza quanto à constitucionalidade de dispositivos da nova Lei do Mandado de Segurança pode gerar interpretações diversas acerca de situações idênticas quando da aplicação das novas regras. Neste sentido, a pesquisa e a produção doutrinária podem dar significativa contribuição na solução das dúvidas existentes e inibir decisões contraditórias.

Exatamente neste sentido que o presente trabalho desempenhará importante papel na discussão do tema, vez que se trata de assunto novo e com poucas análises publicadas.

2. Alguns dispositivos atacados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no âmbito da ADIN Nº. 4.296-DF e os fundamentos das críticas.

Antes de se expor o entendimento no que tange a constitucionalidade ou não de alguns dispositivos inseridos na Nova Lei do Mandado de Segurança, imperiosa é a análise dos argumentos expostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4296, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal – STF.

2.1 Da inconstitucionalidade do art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exigência de caução, fiança ou depósito.

Um dos dispositivos que é atacado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil está previsto no art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009, *in verbis*:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Assevera a Ordem dos Advogados do Brasil que ainda que haja discussão na doutrina e na jurisprudência, o fato é que o legislador ordinário inovou onde a Carta Federal nada dispôs, ou seja, criou regra restritiva, quando a Constituição garantiu o direito de forma ilimitada, o

que é agravado, haja vista a natureza constitucional e mandamental do remédio constitucional do Mandado de Segurança.

Alega, outrossim, que a inconstitucionalidade é patente, considerando que o mencionado inciso limita, de certo modo, ao condicionar a concessão de liminares a prestação de caução, fiança ou depósito, a capacidade postulatória aos mais dotados econômica e financeiramente, ou seja, nas palavras do Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Britto, gerou “um verdadeiro *apartheid* no Judiciário entre pobres e ricos, entre quem pode e não pode pagar a caução, o que afronta a Constituição Federal”.

Neste turno, gerou a nova Lei um conflito com o direito fundamental à isonomia, bem como amesquinhou a garantia fundamental do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988), uma vez que o direito à tutela efetiva e à proteção adequada são universalmente reconhecidos.

2.2 Das inconstitucionalidades do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº. 12.016/2009

A nova legislação proibiu, ainda, de forma expressa, a concessão de liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. É a redação do § 2º, *in verbis*:

[...].

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

[...].

Neste turno, verifica o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a existência de três pontos cuja constitucionalidade é questionável, os quais serão melhor explanados a seguir.

2.2.1 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários

Ressalta a Ordem que, em que pese a redação da Súmula 212/STJ vedar a possibilidade de concessão de liminar para fins de compensação de créditos tributários, o próprio STJ também editou a Súmula 213, a qual define que “*o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*”.

Na prática, a jurisprudência se sedimentou na possibilidade de declaração, pela via do mandado de segurança, da possibilidade de compensação de créditos tributários, desde que haja lei assim o permitindo (Código Tributário Nacional e Lei nº 9.430/96), bem assim que o crédito se constitua através de lançamento por homologação, os quais são apurados em registros do contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de compensação, a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária, cabendo a esta autoridade a fiscalização do procedimento.

Neste norte, assevera a OAB que não caberia ao legislador ordinário restringir direito de matriz constitucional, mormente quando as decisões dos Tribunais Superiores albergam a possibilidade de concessão de liminar em matéria de compensação tributária, quando houver lei prevendo essa hipótese e o crédito se constitua por homologação.

2.2.2 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior.

Afirma a Ordem dos Advogados do Brasil que a novel legislação em nada inovou em relação a este tema, apenas unificou as leis esparsas que regulavam a matéria, mormente a Lei nº. 2.770/56, editada sob a égide da Constituição Federal de 1946, a qual suprimia a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visassem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, cujo art. 1º assim apreçoava:

Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, **não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar**

que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa. (com grifos).

Ocorre que a aplicabilidade do mencionado dispositivo legal já vinha sendo afastada pelo Poder Judiciário, haja vista ser inconcebível impossibilitar um Magistrado, diante de ato administrativo ilegal ou abusivo consubstanciado na retenção irregular de mercadorias ou bens, de adotar a medida judicial apta a corrigi-lo.

Doutra banda, afirma a Ordem que o próprio Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 6.759 de 05 de Fevereiro de 2009 –, nos casos em que ocorre liberação de mercadorias ou bens (mesmo sem prestação de garantia) e posteriormente é confirmado o Perdimento, prevê a conversão da pena em multa pecuniária no exato valor aduaneiro dos bens retidos. Veja-se:

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei no 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei no 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59):

[...]

§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59). (com grifos).

Neste caso, caso as mercadorias fossem liberadas mediante liminar e a sentença não confirmasse o provimento inicial, ainda assim o interesse Público, especificamente o Erário, estaria plenamente resguardado.

Assevera, da mesma forma, a Ordem que não há razoabilidade, por exemplo, de se manter bens perecíveis retidos aguardando uma decisão definitiva de mérito, uma vez que o proveito final do Comando Judicial restará, provavelmente, prejudicado.

Evidentemente que a então limitação existente na Lei nº 2.270/56, ora reavivada pela Lei 12.016/2009, não se coaduna com o porte constitucional aplicado ao mandado de segurança, de maneira especial porque tal instrumento ganhou *status* de direito e garantia fundamental dos jurisdicionados.

É de se afirmar, na ótica da OAB, sem sombra de dúvidas, que o modelo de restrição ao cabimento de liminar em mandado de segurança reeditado pela Lei 12.016/2009, é peculiar aos regimes totalitários, os quais não se amoldam aos direitos e garantias fundamentais positivadas na Constituição Cidadã de 1988, ou seja, o art. 1º, da Lei 2.270/56, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, bem como o § 2º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009, no que tange a liberação de mercadorias provenientes do exterior, padece de inconstitucionalidade insanável.

Ante o exposto, na esteira do pensamento da OAB, a odiosa limitação à atuação do Judiciário na sua tarefa precípua de exercer a jurisdição (“dizer o direito”) ofende frontalmente o princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, Constituição Federal de 1988), afronta, ainda, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), uma vez que exclui, de forma expressa e categórica, da apreciação do Poder Judiciário eventuais questionamentos acerca da matéria.

2.2.3 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza

Mais uma vez, a Lei nº 12.016/09 não inovou o ordenamento jurídico, apenas compilou em um único diploma legal as restrições à concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Restrição similar já continha na Lei nº 4.348/64, *in verbis*:

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença. (com grifos).

Análoga restrição, de outro modo, fez parte da Lei nº 5.021/66, senão veja-se:

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 1º - VETADO

§ 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.

§ 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.

§ 4º **Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.** (com grifos).

Registra, em um primeiro plano, a Ordem dos Advogados do Brasil, que as Leis n^{os} 4.348/64 e 5.021/66 foram editadas durante a vigência do regime de exceção, ou seja, durante a ditadura militar, revestindo-se, portanto, de alto cunho autoritário, não se adequando as prerrogativas fundamentais de qualquer cidadão e que foram amolduradas na Carta Federal de 1988.

As restrições em desfavor dos servidores públicos impostas pela nova Lei os tornam indivíduos de valor diferenciado em relação aos demais jurisdicionados, o que macula diretamente o princípio da isonomia, haja vista que o constituinte ao erigir a categoria de garantia fundamental o Mandado de Segurança, não realizou nenhuma discriminação em relação a qualidade dos impetrantes, sendo, portanto, ilegal a implantação dessa discriminação pelo legislador ordinário.

Segundo a OAB, a proibição de “pagamento de qualquer natureza” implicará, indiretamente, na permissão legal de que a remuneração dos servidores públicos (que tem inegável natureza alimentar) venha a ser diminuída por ato administrativo ilegal ou abusivo, sem que o juiz possa, liminarmente, recompor o *status quo ante*.

Arremata a Ordem dos Advogados do Brasil que a vedação da concessão de liminar nos casos mencionados no dispositivo em

comento transforma o servidor público, só pelo fato de ser servidor público, em um cidadão de segunda categoria.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu:

A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, Plenário, DJE de 7-3-08)

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. **A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica.** A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-90, Plenário, DJ de 19-4-91) (com grifos).

Em resumo, a Ordem dos Advogados do Brasil entende manifestas as seguintes inconstitucionalidades:

1) Ao art. 2º, da CF/88, na medida em que retira do magistrado a prerrogativa institucional de exercer a jurisdição, ou seja, dizer o direito, violando, portanto, a Separação dos Poderes, eis que a tutela liminar lhe é proibida, afrontando a liberdade e autonomia dos Magistrados;

2) Ao art. 5º, *caput*, da CF/88, na medida em concede tratamento diferenciado, desproporcional e desarrazoado onde o próprio Constituinte assim não o fez ao redigir a o inciso LXIX, do art. 5º, da CF/88, inserindo no remédio fundamental barreiras que desvirtuam a alma protetora da medida, uma vez que a qualidade do impetrante (se servidor público ou particular) não foi objeto de ressalva; e

3) Ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, porquanto impede e restringe o acesso à jurisdição liminar em matéria de mandado de segurança.

Afirma a Ordem que a relevância do debate, portanto, reside na compreensão da possibilidade de restrição do poder geral de cautela dos juízes, na esfera infraconstitucional, e eventual limitação, através de lei ordinária, da máxima efetividade concedida pela Constituição Federal de 1988 ao mandado de segurança, cuja apreciação sem a possibilidade de concessão de liminar pode tornar inócua a garantia fundamental. Por fim, anota a OAB que o próprio Egrégio Supremo Tribunal Federal já enfrentou tema semelhante quando do julgamento da ADIn nº. 975-DF e assim decidiu:

Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória n. 375, de 23-11-93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo. (ADI 975-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-93, Plenário, DJ de 20-6-97) (com grifos).

2.3. Da inconstitucionalidade do art. 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exclusão de Honorários Advocatícios

Neste ponto, a Lei 12.016/2009 inovou, tornando regra positiva entendimento jurisprudencial, ficando a redação do art. 25, nos seguintes termos:

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e **a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios**, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé. (com grifos).

Evidentemente, a Ordem dos Advogados do Brasil conhece a redação das Súmulas 512/STF² e 105/STJ³, bem como a construção jurisprudencial e os fundamentos que motivou a edição de tais verbetes.

Porém, até a edição da Lei Federal nº. 12.016/2009, inexistia no ordenamento jurídico pátrio lei (em sentido formal e material) que excluísse da condenação do vencido os honorários advocatícios, cuja previsão no art. 20 do Código de Processo Civil, c/c arts. 22 e 23, da Lei nº 8.906/94, e fundamento constitucional no art. 133, da Carta Maior, sempre norteou a verba honorária sucumbencial nas lides forenses.

Assevera a Ordem que, na práxis forense, quando uma sentença é prolatada em uma ação judicial, por força da lei processual vigente, o juiz condena a parte perdedora (pessoa física ou jurídica) ao pagamento de custas e honorários advocatícios ao advogado da parte ganhadora (chamados de honorários de sucumbência).

Na definição do lexicógrafo Aurélio, a palavra sucumbir significa não resistir; ser derrotado. Neste turno, a parte que perdeu a ação sucumbiu frente aos argumentos e provas da parte opositora, sendo justo que a parte perdedora arque com as custas do processo, bem como com o valor dos honorários advocatícios.

O Código de Processo Civil, em seu art. 20, estabelece que o juiz deve fixar os honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, observando os seguintes critérios para esse ajuste: a) grau de zelo do profissional; b) lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo decorrido até o término da ação, sendo este o procedimento utilizado via de regra.

O Código de Processo Civil também faculta ao Magistrado a fixação, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios segundo sua apreciação equitativa, observados os critérios do parágrafo anterior. É o que dispõe o § 4º, do art. 20, do CPC.

² “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

³ “Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”.

Anota a OAB que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.194-4-DF, fixou o entendimento de que a percepção de honorários advocatícios de sucumbência destina-se aos advogados autores de tese vencedora em determinada causa. Porém, não estabeleceu qualquer diferenciação em relação às medidas assecuratórias utilizadas, o que implica entender a sua aplicabilidade irrestritamente, inclusive nos Mandados de Segurança.

Ou seja, a regra aponta para o direito líquido e certo. A possibilidade contrária deve ser expressa em contrato ou lei.

Em apertada síntese, assim se expressou o ministro Celso de Mello: [...] *concluo que os honorários, no caso de sucumbência, são um direito do advogado, mas que pode haver estipulação em contrário pelos contratantes.*

Neste turno, a previsão do art. 25, da Lei nº 12.016/09, da impossibilidade de condenação em honorários advocatícios, é, portanto, no entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, inconstitucional, exatamente por ofender a literalidade do art. 133, da Carta Maior.

Ressalta a Ordem que, muito embora o *múnus* público da profissão seja incompatível com o mercantilismo, a verba honorária é que proporciona a manutenção do profissional, competindo ao mesmo, encontrar o ponto de sustentação no equilíbrio, ao tratar desta questão.

Em suas razões, a OAB faz destaque ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 470.407/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, o qual, ao decidir sobre a natureza dos honorários dos advogados – para situá-los na ordem de preferência de pagamento dos créditos junto às Fazendas Públicas, conforme art. 100 da Constituição Federal – concluiu que estes têm natureza alimentícia, pois visam prover a subsistência dos advogados e de suas respectivas famílias.

A Ordem afirma, ainda, que o dispositivo em tela desmerece o trabalho dos advogados em mandado de segurança, ofendendo, por conseguinte, o art. 133 da Constituição Federal, o qual proclamou o advogado como indispensável à administração da Justiça.

O ilustre jurista Cândido Rangel Dinamarco⁴, ao classificar o exercício profissional do advogado, destaca a importância do mesmo, dentre as funções essenciais à justiça:

Só o advogado tem capacidade postulatória plena, sendo esta um requisito indispensável para a validade do processo civil ou defesa do demandado [...]

Essa inserção do advogado no sistema da defesa dos direitos levou o constituinte a proclamá-lo indispensável à administração da Justiça, na consideração de que sem ele é impossível a realização do processo (Const. art. 133): são nulos os atos privativos a ele, quando realizados sem sua participação (EA, art. 4º).

Sua atuação é incluída entre as funções essenciais à justiça (arts. 127 ss).

Completando essas idéias, o Estatuto da Advocacia proclama que em seu ministério privado o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º). (com grifos).

Atente-se, segundo a OAB, que o penoso trabalho de valorização da profissão do advogado e sua indispensabilidade à administração da Justiça, na perfeita locução do art. 133, da Constituição Federal de 1988, passa, essencialmente, pela fixação da sucumbência, sob pena de retirar desse instituto o caráter pedagógico e impeditivo de aventuras jurídicas, que a cada dia assoberbam o Poder Judiciário.

3. Da análise das críticas

3.1 Da constitucionalidade do art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº. 12.016/2009

Diversamente do que entende o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o jurista Cássio Scapinella Bueno⁵ defende a constitucionalidade da exigência de caução, fiança ou depósito na concessão de liminar:

A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o “modelo constitucional do mandado de segurança”. Não há como interpretar a exigência da caução como *condição* para a concessão da liminar. O que o inciso III do art. 7º da Lei n.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 695-696.

⁵ BUENO, Cássio Scapinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

12.016/2009 quer é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, possa impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for rejeitado. É o que, para o “dever-poder geral de cautela”, que também tem, para nós, estatura constitucional – é importante destacar esta característica diante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal –, decorre do art. 805, do Código de Processo Civil.

Fundamental destacar, contudo, que a previsão legal não autoriza que o magistrado, diante dos pressupostos exigidos pela lei – fundamento relevante e perigo da ineficácia da medida –, exija, sem qualquer motivação plausível e devidamente justificada à luz das vicissitudes do caso concreto, caução, fiança ou depósito para tutelar o chamado “*periculum in mora inverso*”. A nova disciplina legal, com efeito, não pode conduzir a uma terceira opção entre estarem ou não presentes aqueles pressupostos, como se a viabilidade de cauções, fianças ou depósitos serem oferecidos fosse, por si só, elemento para a concessão da medida. Tal interpretação, além de agredir “o modelo constitucional”, prestigiaria os abastados em detrimento dos hipossuficientes em juízo, razão suficiente para descartá-la. (com grifos).

No mesmo sentido, o notável jurista Arnoldo Wald⁶, que foi um dos integrantes da Comissão que elaborou a minuta da nova Lei do Mandado de Segurança, defende a constitucionalidade do condicionamento da concessão de alguns tipos de liminares a oferta de caução, fiança ou depósito, veja-se:

Embora teoricamente o reconhecimento de direito líquido e certo não deva ser condicionado a uma contragarantia por parte do impetrante, há casos nos quais tal procedimento se justifica no interesse de ambas as partes, podendo o titular do direito lesado exercê-lo de imediato e tendo a autoridade uma garantia de pleno ressarcimento no caso de modificação da decisão proferida. Neste sentido, escrevemos na atualização da 16ª edição deste livro, que “**o condicionamento da concessão da liminar à prestação de garantia não nos parece inconstitucional, embora, no passado, tenha havido decisão dos Tribunais Superiores dispensando-a. mas é preciso que o juiz tenha um poder discricionário, ao fixar o montante e a forma da garantia a fim de não inviabilizar o recurso**”. (com grifos).

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87.

Seguindo esta linha de pensamento, o mencionado jurista faz alusão aos julgamentos da ADIn nº. 975-DF (Rel. Min. Carlos Velloso) e da ADIn nº. 1.576-UF. Em ambos os julgamentos, questionava-se a constitucionalidade de normas infraconstitucionais (MP nº. 375 e MP nº. 1.570, respectivamente) que previam a concessão de liminares mediante a prestação de contragarantia.

Após a análise da ADIn nº. 975-DF, o Pretório Excelso entendeu ser o art. 5º, da MP nº. 375/93⁷, constitucional.

Por outro lado, após a apreciação da ADIn nº. 1.576-UF, o Supremo Tribunal Federal julgou, pela escassa maioria de seis votos contra cinco, o art. 2º, da MP nº. 1.570/97⁸, inconstitucional.

Assevera Wald⁹ que:

Comparando os dois textos – da MP n. 375 (julgado constitucional) e da MP n. 1.570 (considerado inconstitucional em medida liminar) – verifica-se que **a diferença básica consiste na retirada, pelo segundo, da liberdade de apreciação do juiz quanto à necessidade e forma da contragarantia a ser prestada, encontrando-se fórmula razoável e eqüitativa (proporcional) de solução do conflito de interesse, atendendo-se às peculiaridades de cada caso concreto e admitindo-se eventualmente o depósito da quantia em litígio quando for o caso, como ocorre especialmente na área fiscal.** (com grifos).

Arremata com propriedade o juiz Márcio Kammer de Lima¹⁰, ao comentar o dispositivo em tela em excelente artigo denominado A

⁷ A decisão concessiva de medida liminar ou cautelar devia “estabelecer, quando necessário, como condição da eficácia da concessão, a prestação de garantia acauteladora do interesse exposto a risco”.

⁸ “[...] sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória”.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes et al. 2009, p. 88.

¹⁰ LIMA, Márcio Kammer de. A exigência de caução na tutela liminar no regime da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). Avanço, não retrocesso!. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13498>>. Acesso em: 01 dezembro 2009.

exigência de caução na tutela liminar no regime da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). Avanço, não retrocesso!:

Bem se vê, portanto, que o dispositivo legal em comento, longe de amesquinhar o acesso à tutela de urgência nos mandados de segurança, como impropriamente pareceu a alguns, dilata-o ainda mais, pois desprega a possibilidade da salvaguarda cautelar de direitos que no regime anterior somente em sentença conquistariam tutela, ao menos no âmbito da via mandamental.

Neste norte, prevalecendo a orientação já definida, essencialmente em relação às decisões já proferidas pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal se pode verificar que não deverá prosperar o pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil de inconstitucionalidade total do dispositivo em comento, porém restará válido o pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição, para que seja firmado posicionamento de que, presentes os requisitos autorizadores da concessão de medida liminar ou de caráter cautelar, não seja tal deferimento condicionado à prestação de contragarantia.

3.2 Das (in)constitucionalidades do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº. 12.016/2009

3.2.1 Da constitucionalidade parcial da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a compensação de créditos tributários – a necessidade da interpretação conforme a Constituição

Um dos argumentos da Ordem que merece vingar é este, porém de forma mitigada, ou seja, não se considerará o dispositivo em comento inconstitucional, porém deverá ser dado ao mesmo interpretação conforme a Constituição, conforme se demonstrará abaixo.

Antes de mais nada, importante é verificarmos o teor da Súmula nº. 212, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “**A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória**”.

A leitura e a interpretação literal do enunciado acima e do comando normativo em estudo pode gerar a sensação de que a insatisfação demonstrada pela OAB falece pela suposta ausência de subsídios.

Ocorre que necessário é se verificar em qual sentido foi o mencionado verbete publicado. A súmula, em uma análise superficial, teria sido editada em virtude de se acreditar que a compensação de tributos por meio de provimento liminar, cautelar ou antecipatório implicaria em satisfatividade ou esgotamento do objeto da lide. Porém, o cerne da questão reside na pseudo “irreversibilidade do provimento”, ou seja, no “*periculum in mora* inverso”.

Neste sentido, sábio é o ensinamento do advogado Alexandre Macedo Tavares¹¹ que pontifica:

Sem embargo, embora seja certo que, num primeiro momento, a concessão de uma medida liminar autorizando a compensação de um indébito tributário assuma uma roupagem satisfativa, não menos verdadeiro é que, num segundo plano, e o que é mais relevante, tal provimento não encampa o caráter da irreversibilidade, inapelavelmente prejudicial à sua concessão.

Eis a razão da impropriedade de uma pretensa tutela jurisdicional no sentido de restar judicialmente declarado o direito à compensação e “subsequentemente extinto o crédito tributário”, pois, somente nesse caso excepcional, fruto de um pedido sucessivo que escapa do âmbito de competência do Poder Judiciário, é que a liminar, caso concedida, assumiria a típica feição de um provimento simultaneamente satisfativo e irreversível.

Assim, imperioso é que os aplicadores da norma em comento passem a utilizá-la somente nos processos que sejam similares aos que oportunizaram a edição da Súmula 212, pelo Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, os juízes apenas estarão vinculados ao teor do dispositivo em exame e da mencionada Súmula quando o pedido contido na exordial tiver a pretensão de se autorizar o procedimento compensatório com o intuito de extinguir o crédito tributário, haja vista que a extinção da obrigação tributária é ato privativo da administração fazendária, que o realiza no ato da homologação, sendo vedado ao magistrado assumir tais funções que são típicas do agente público.

¹¹ TAVARES, Alexandre Macedo. A Lei N.º 12.016/09 como Patrocinadora da Execrável Vedação da Concessão de Medida Liminar Declaratória do Direito à Compensação de Créditos Tributários. Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/ver.asp?art_id=873> Acesso em 1 dezembro 2009.

É exatamente através dessa interpretação que surge a impropriedade do comando legal inserido no § 2º, do art. 7º, da Lei nº. 12.016/2009, que não traz qualquer ressalva a sua aplicação.

Evidentemente que esta norma não poderá ter eficácia quando a lide versar sobre tributos sujeitos a lançamento por homologação, desde que meramente autorizadora da compensação do indébito tributário, a ser levada a efeito consoante as regras gravadas no art. 74, da Lei nº. 9.430/96, isso porque a própria legislação reguladora da matéria confere ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, não havendo qualquer impedimento, portanto, à concessão de medida liminar ou de antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que esta não teria o condão de esgotar o objeto da lide (irreversibilidade), possibilitando a Fazenda Pública de rever tal procedimento e de recobrar tributos que por acaso tenham sido compensados de maneira incorreta.

Arremata, com propriedade, Tavares¹²:

[...] sob pena de flagrante e incontornável violação ao princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88), há de ser dada uma interpretação restritiva ao enunciado da regra calcada no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09, de modo que o mesmo somente se faça incidir em face de uma pretensão voltada à decretação judicial da extinção do crédito tributário, pois, repita-se, pedido meramente declaratório da compensabilidade de um tributo autoliquidável não induz qualquer caráter de plena satisfatividade que tornaria irreversível (*periculum in mora inverso*) a relação jurídico-tributária travada com o Fisco mediante a via compensatória, já que este procedimento, *in casu*, possui a mesma natureza do pagamento antecipado que, segundo explícita previsão inserta no art. 150, § 1º, do CTN, apenas extingue o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

¹² TAVARES, Alexandre Macedo. *A Lei N.º 12.016/09 como Patrocinadora da Execrável Vedação da Concessão de Medida Liminar Declaratória do Direito à Compensação de Créditos Tributários.*

Disponível em: <http://www.apet.org.br/artigos/ver.asp?art_id=873>
Acesso em 1 dezembro 2009.

3.2.2 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior

Este questionamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no âmbito da ADIn já ajuizada tende a prosperar.

Como bem explanado pela Ordem na ADIn, encontra-se no ordenamento jurídico pátrio, editada na vigência da Constituição de 1946, a Lei nº. 2.770/56, a qual proíbe a concessão de medida liminar para liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedente do estrangeiro, por meio de qualquer procedimento judicial (art. 1º), e que não foi expressamente revogada pela Lei nº. 12.016/2009. Porém, considerando seu cunho restritivo na efetivação da tutela jurisdicional e seu conteúdo invasivo na separação dos poderes, entende-se que essa lei não foi recepcionada pela Carta Federal de 1988.

Neste turno, também a nova lei do mandado de segurança que consagrou essa norma restritiva, subtraindo do remédio heróico do mandado de segurança a máxima efetividade, deve ser considerada inconstitucional.

Anote-se que, muitas vezes, as mercadorias e bens provenientes do exterior são perecíveis, e a manutenção da efetividade da norma em comento, efetivamente, causará prejuízos ao impetrante, que tiver que aguardar o provimento final para ver liberado suas mercadorias ou bens.

Registre-se, igualmente, que a retenção de mercadorias ou bens nas Zonas Aduaneiras, como forma de forçar o contribuinte a recolher o tributo ofende o *princípio do não-confisco* estatuído no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, pois a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal não poderão usar o tributo como forma de confisco, sendo este um clássico exemplo da possibilidade do manejo de Mandado de Segurança, cuja liminar poderá ser fundamental para o impetrante.

Deve-se salientar que esse entendimento já é disciplinado pelas Súmulas 323¹³ e 547¹⁴ do Pretório Excelso, as quais rezam ser ilícita a

¹³ “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

¹⁴ “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, inviabilizando o exercício das atividades profissionais, o que agride frontalmente o art. 170, *caput*, da Carta Cidadã.

Assim, a inconstitucionalidade da proibição da concessão de liminar para liberação de mercadorias e bens provenientes do estrangeiro, se apresenta pelo fato de ofender a inafastabilidade da jurisdição e, mais que isso, afronta o Princípio basilar da República Brasileira da Separação dos Poderes, uma vez que impõe restrição à atuação do Poder Judiciário, bem como ultraja o *princípio do não-confisco*, com a retenção das mercadorias como forma de coação do contribuinte para o pagamento do tributo.

O advogado Adriano Custódio Bezerra, em excelente artigo intitulado: *Inconstitucionalidades da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009)* traz a lume alguns julgados que, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, vem afastando a incidência do dispositivo em comento, veja-se:

a) O Juiz Tales Krauss Queiroz quando do deferimento da liminar no Mandado de Segurança impetrado pela empresa AVATAR na Justiça Federal do Distrito Federal, em trâmite perante a 8ª Vara Federal, considerou inconstitucionais os §§2º e 5º do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009, na parte que proíbe a concessão de liminar para entrega de mercadorias e bens proveniente do exterior, *in verbis*:

"os §§2º e 5º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, na parte em que proíbem a concessão de medidas de urgência para entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, são inconstitucionais (ou a eles deve ser dada interpretação conforme a Constituição, para evitar a aplicação em casos urgentes, segundo a especificidade do caso), visto que: - ofendem o princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça** a direito' – destaquei); estiolam o poder geral de cautela, ínsito à atividade jurisdicional; - contrariam Súmula do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição (Súmula 323)"(destaque no original)

b) E também, o juiz Daniel Henrique Dummer concedeu medida liminar no mandado de segurança impetrado por União Brasileira de Educação e Assistência (Ubea) mantenedora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), sendo, posteriormente, confirmada pela sentença, em trâmite perante a 2ª Vara Cível de Novo Hamburgo/RS, considerando inconstitucional o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009 por

restringir o alcance do mandado de segurança e pela afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, nesse sentido:

"Quanto a restrição prevista no art. 7º, §2º, da Lei 12.016/2009, acredito que sua aplicação deve ser vista com reservas, não só por ser endereçada a bens apreendidos, mas também em face da sua inconstitucionalidade. Não é por menos que a nova Lei vem sofrendo críticas com relação à vedação da concessão de liminar em mandado de segurança. A limitação imposta pelo legislador parece afrontar a garantia constitucional à segurança (art. 5º, LXIX e LXX da Constituição), na medida em que o procedimento não se mostra perfilhado com a amplitude constitucional do mandado de segurança. A urgência e a necessidade de resposta rápida ao suposto ato coator é da essência do mandado de segurança. Daí a razão de um rito célere, preferencial e específico, sem contar que a exigência para o deferimento da ordem reclama a demonstração imediata de direito líquido e certo, baseada em prova meramente documental. Vedar incondicionalmente a concessão de liminar em mandado de segurança, afastando a possibilidade de tutela de urgência contra ato ilegal da autoridade, é impedir o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Tornar o provimento judicial lerdo é negar a própria justiça, lembrando que, em alguns casos, o objeto da demanda falece juntamente com o próprio indeferimento da liminar"^{15, 16, 17}.

Assim, percebe-se que a ação mais abalizada será a de afastar a aplicabilidade do dispositivo em comento por violar claramente a Constituição Federal, notadamente os arts. 2º e 5º, incisos XXXV, LXIX e LXX.

¹⁵ Liminar no Mandado de Segurança nº 2009.34.00.024266-4 em trâmite perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, impetrado por Avatar Dourado Importação e Exportação e Comércio Ltda.

¹⁶ Liminar no Mandado de Segurança nº 019/1.09.0016801-3 em trâmite perante a 2ª Vara Cível de Novo Hamburgo/RS, impetrado por União Brasileira de Educação e Assistência – Ubea

¹⁷ BEZERRA, Adriano Custódio. Inconstitucionalidades da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2339, 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13916>>. Acesso em: 01 dezembro 2009.

3.2.3 Da inconstitucionalidade da proibição da concessão de medida liminar nas ações que tenham por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza

As restrições contidas na última parte do § 2º, do art. 7º, da Lei nº. 12.016/2009, em verdade, é a reedição de normas insculpidas na Lei nº. 4.348/64 (art. 5º, parágrafo único) e na Lei nº. 5.021/66 (artigo 1º, §§ 2º, 3º e 4º), ambas editadas no auge do período ditatorial.

Assim, como aconteceu no inciso III, do art. 7º, da Lei em tela, o legislador acabou gerando restrição ao remédio heróico do Mandado de Segurança, bem como restaurou normas que não foram recepcionadas pela Constituição Cidadã de 1988, amesquinhando a força deste antídoto legal.

É sabido que apenas os constituintes originários possuem o poder de restringir a efetividade de direitos e garantias fundamentais, sendo plenamente ilegal a ação do legislador ordinário que, no exercício da função legislativa ordinária resta por diminuir a eficácia de normas de quilate constitucional.

As restrições contidas na última parte do § 2º, do art. 7º, da Lei nº. 12.016/2009 ofendem diretamente o princípio da isonomia entalhado no art. 5º, *caput*, da Carta Federal, na medida em que discrimina o jurisdicionado em razão de ser servidor público ou não.

A discriminação acima apontada, em sendo mantida, torna os servidores públicos como cidadãos rasos, inferiores em relação às outras pessoas e alheios à apreciação do Juiz de ameaça ou lesão a seus direitos líquidos e certos, como por exemplo, as questões concernentes à remuneração, a qual possui verdadeiro caráter alimentar, podendo lhes acarretar irreparáveis e inestimáveis prejuízos.

Assim, verifica-se que a inconformidade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, neste ponto, merece prosperar, já que, mais uma vez sua redação ofende ao art. 2º da Constituição, por retirar do Magistrado a prerrogativa de exercer a jurisdição, maculando a Separação dos Poderes; fazendo falecer a isonomia constitucional (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) ao outorgar tratamento diferenciado aos servidores públicos, quando de fato a Constituição não o fez, e, por

fim, afronta o acesso à jurisdição na medida em que proíbe a concessão da liminar no mandado de segurança (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

3.3 Da inconstitucionalidade do art. 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009 – Exclusão de Honorários Advocatícios

Este tópico talvez seja o que mais gerou críticas da classe dos advogados.

A Constituição Federal de 1988 sedimentou o advogado como agente necessário e indispensável à Administração da Justiça, haja vista que é ele o profissional que possui a capacidade postulatória, ou seja, sem a presença do advogado não há ação na esfera cível, ressalvados os procedimentos específicos como os dos Juizados Especiais, em causas com valor até 20 (vinte) salários mínimos.

Assevera Thiago Albech¹⁸:

A ação de mandado de segurança, considerando tratar-se nada mais do que um instrumento para a tutela de direitos, não difere, neste aspecto, das demais ações postas à disposição dos jurisdicionados. **É sim uma garantia constitucional, uma ação constitucionalizada, mas que não difere das ações comuns quando pensamos razões motivadoras de uma lide: a alegação de violação de um direito por uma parte e a resistência por outra.**

A sucumbência, instituto que decorre do Princípio da Causalidade, é instituto aplicável a todo o processo civil, fazendo parte, em verdade, da Teoria Geral do Processo. É a consequência de um mandamento geral que determina que, todo aquele que obriga uma parte a procurar o Judiciário para promover a resolução de um conflito, caso seja vencido (e portanto, haverá a conclusão de que a violação do direito foi ilegítima), deverá sofrer os efeitos daí resultantes. (com grifos).

É através dos honorários que o advogado provê sua manutenção e de sua família, tendo tais valores alcançado *status* de natureza alimentar, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

¹⁸ ALBECH, Thiago S. G. *A Nova Lei do Mandado de Segurança. Veto jurídico e político necessários*. Disponível em: <<http://jovemadvogado.com.br/noticias/a-nova-lei-do-mandado-de-seguranca-veto-juridico-e-politico-necessarios>>. Acesso em 18 agosto 2009.

¹⁹ Recurso Extraordinário nº 470.407/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

É de se registrar, outrossim, que um dos princípios capitais do Estado Brasileiro é o Valor Social do Trabalho, como se verifica nos art. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Sem embargo dos que defendem a constitucionalidade do dispositivo em comento, que ressaltam que a condenação em honorários advocatícios geraria um esvaziamento da máxima efetividade do antídoto constitucional denominado Mandado de Segurança, garantindo apenas aos mais afortunados o acesso à Justiça, temos que tal pensamento não deve prosperar, haja vista que os mais carentes possuem a prerrogativa de se utilizar dos serviços das Defensorias Públicas e receberem os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Assim, entendemos inconstitucional a regra contida no art. 25, *caput*, da Lei nº. 12.016/2009, que veda a condenação do sucumbente em honorários advocatícios, por macularem o Princípio Fundamental do Valor Social do Trabalho previsto no art. 1º, inciso IV e no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, mormente tendo em vista que a própria Constituição fez do advogado essencial à administração da Justiça de acordo com o artigo 133 da Magna Carta.

4. Conclusão

Do estudo acima elaborado, podem-se extrair algumas considerações, das quais se deve destacar a potencialidade da norma de cunho fundamental e pétreo constante na Constituição, inexistindo possibilidade jurídica de permanecer no sistema uma norma que afronte este tipo normativo.

No caso em exame, verificou-se que deve o intérprete buscar ao máximo a afiliação constitucional das normas de cunho infraconstitucional, o qual se materializa com a chamada interpretação conforme a Constituição, porém, em não se admitindo a harmonização da norma com o modelo imposto pela *Lex Maior* deve ser a mesma extraída do ordenamento e ter sua aplicabilidade suspensa, bem como que todo e qualquer amesquinamento à efetivação dos chamados remédios constitucionais deve ser combatido, na medida em que tal ameaça resulta em lesão a direitos fundamentais dos indivíduos, núcleo indivisível das chamadas cláusulas pétreas.

Provavelmente este tema, considerando o altíssimo número de processos em trâmite na Corte Constitucional, custe a ser analisado *in*

totum. Porém, resta ao jurista, na prática forense do dia-a-dia, instigar o Judiciário para que, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, possa se utilizar de estudos como este para afastar a incidência das normas contidas na Lei nº. 12.016/2009 que não se coadunam com os postulados inseridos no ordenamento constitucional vigente, mormente as que foram consideradas neste trabalho como totalmente (art. 7º, § 2º, segunda e última parte, e art. 25) ou parcialmente inconstitucionais, passíveis de serem acolhidos no ordenamento vigente através de interpretação conforme o texto constitucional (art. 7º, inciso III, e § 2º, primeira parte).

EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO: O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Karina Barbosa Franco

Advogada. Professora Universitária da Faculdade Raimundo Marinho, Campus Maceió e Penedo. Assessora de Procurador de Justiça. Especialista em Ciências Criminais pela UFAL.

Silvana de Almeida Abreu

Promotora de Justiça. Especialista em Processo Constitucional e em Ciências Criminais pela UFAL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O direito de não se autoincriminar *versus* obrigatoriedade do “bafômetro”. 3. Conclusão.

1 Introdução

As mudanças de paradigma trazidas pela Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar criaram uma nova percepção de Constituição e de seu papel na interpretação jurídica geral, baseada no reconhecimento de sua força normativa, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento da nova dogmática da interpretação constitucional¹.

Essas mudanças teóricas, aliadas à formação do Estado constitucional de direito e ao pós-positivismo (centralização dos direitos fundamentais e a reaproximação da ética com o Direito), resultaram em

¹ Para Barcellos, do ponto de vista metodológico-formal, essas premissas são a normatividade da Constituição, a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (Constituições rígidas) e centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de os demais ramos do Direito deverem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição; do ponto de vista material, são eles a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais e a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema. BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesso : 01 ago. 2008

processo de intensa constitucionalização do Direito brasileiro, levando, segundo Barroso², a ser a filtragem constitucional imperativa, de maneira a realizar os valores consagrados na Constituição, passando o Direito Penal e o Direito Penal Adjetivo a reinterpretar seus institutos sob a luz constitucional.

A Constituição de 1988 (CF/88), nesse influxo, ao declarar que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII), elevou a **não autoincriminação** a direito fundamental, prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República, alterando a persecução penal, alinhando-a a dignidade do acusado³.

O *privilege against self-incrimination* foi inserido no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto 678, de 06/11/1992, que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22/11/1969. Assim, o art. 8º, n. 2, alínea g, consagrou que “toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Esse privilégio - *nemo tenetur se detegere* - segundo Bulos⁴, é manifestação eloquente da cláusula da ampla defesa (CF, art. 5º, LV); do direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII) e da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

Moraes⁵ entende que o direito de permanecer em silêncio complementa os princípios do devido processo legal e da ampla defesa,

² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Filosóficos e Teóricos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. (Coord.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.

³ “O direito à não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 114.

⁴ BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 273.

⁵ MOARES, Alexandre de. A evolução do direito ao silêncio. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, ano XII, n. 281, 30 set. 2008, p. 66.

garantindo ao acusado também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, além de o silêncio do réu, no interrogatório, jamais ser tido como confissão ficta e interpretado em seu desfavor.

Essas possibilidades revelam-se legítimas, pois encontram amparo constitucional no art. 5º, LXIII, na medida em que se garante ao preso ser informado de seus direitos, entre os quais, o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.

Como “regra de tratamento”, a garantia, interpretada à luz constitucional, estende-se ao réu, ao indiciado e à testemunha. O exercício do direito de não se autoincriminar permite a recusa de produzir prova que seja desfavorável ao depoente para caracterizar a própria culpa, mesmo administrativamente. Como consequência do exercício dessa prerrogativa, não se pode adotar qualquer medida restritiva que afete o seu *status poenalis* e o direito estende-se à testemunha, que não pode ser compelida a assinar termo de compromisso, não constituindo crime de desobediência sua recusa em fazê-lo. Também não se permite extrair da recusa a veracidade da imputação, nem presunção de culpabilidade⁶.

A jurisprudência da Suprema Corte consolida a garantia constitucional do direito de permanecer em silêncio, como regra de tratamento, sendo pertinente, neste caso, ressaltar as palavras do Ministro Celso de Mello, relator da medida cautelar concedida em *Habeas Corpus* impetrado contra a CPI dos Correios e a CPI do narcotráfico: “[...] Cabe enfatizar, por necessário - e como natural decorrência dessa insuprimível prerrogativa constitucional - que nenhuma conclusão desfavorável ou qualquer restrição de ordem jurídica à situação individual da pessoa que invoca essa cláusula de tutela pode ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio. Daí a grave - e corretíssima - advertência de ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 370, item n. 16.3, 2ª ed., 2004, RT), para quem o direito de permanecer calado “não pode importar em desfavorecimento do imputado, até porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de

⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 261.

um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem”⁷.

Ainda a respeito da garantia, no HC 77.7040, o Ministro Celso de Mello diz ser “direito público subjetivo revestido de expressiva significação político-jurídica que impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica, na realidade, institui um círculo de imunidade que confere, tanto ao indiciado quanto ao próprio acusado, proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais”⁸.

O princípio, ainda como regra de tratamento, integra as chamadas **liberdades negativas**. Por meio dele, assegura-se esfera de liberdade ao indivíduo, que não deve sofrer vulnerações por parte do Estado, pois este já traz consigo o poder de instaurar investigações que geralmente servem como supedâneo ao próprio decreto condenatório. Trata-se de prerrogativa que para Gomes Filho, “constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo...”⁹. Por esse motivo, impõe-se ao Ministério Público o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado de forma inequívoca, em virtude do princípio constitucional da não autoincriminação¹⁰.

Como **regra de processo**, o princípio garante o direito ao silêncio no interrogatório¹¹ e abrange todos os atos processuais, v.g., não se poder obrigar o réu a fazer exames físicos à força, como retirar sangue para prova de DNA, dosagem alcoólica ou “a fornecer os

⁷ BRASIL. STF. HC n. 79.812, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16.02.2001.

⁸ BRASIL. STF. HC 77.704, rel. Min. Celso de Mello, DJU 19/8/98.

⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit., p. 111, item n. 7.

¹⁰ BRASIL. STF. HC 80530/PA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/11/2000.

¹¹ Compatibilização do CPP com o disposto no art. 5.º, LXIII, da CF/88, com a redação dada pela Lei n. 10.792/03. “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

padrões gráficos vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável”¹².

Analizando o tema, Lins Júnior entende que, como regra de processo, o direito ao silêncio é prerrogativa constitucional, cujo “exercício implica poder de autodeterminação individual que limita a atividade persecutória do Estado em suas mais diversas manifestações: processo penal, inquérito policial, comissões parlamentares de inquérito e procedimentos investigatórios do Ministério Público”¹³.

O direito ao silêncio, não se pode esquecer, implicou a revogação do art. 186 do Código do Processo Penal, alteração esta confirmada expressamente pela Lei n. 10.792, de 01/12/03, pela simples razão de não se poder atribuir qualquer sanção para aqueles, cujos direitos são assegurados pelas leis e normas constitucionais.

Neste contexto, Oliveira acentua que a alteração introduzida pela Lei n. 10.792/03 reforçou “o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito a entrevistar-se com seu advogado antes do referido ato processual (art. 185,§2º); o direito de permanecer calado e não responder perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair qualquer valoração em prejuízo da defesa”¹⁴.

Assim, o princípio da não autoincriminação como regra de processo, manifesta-se como direito ao silêncio. Como regra de tratamento, delimita o poder estatal, limitando, inclusive, os poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito, em prol do direito fundamental da não autoincriminação, corrigindo as mitigações que o mesmo vem sofrendo, especialmente na norma do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

¹² BRASIL. STF. HC 83.096 - rel. Min. Ellen Gracie - DJ 12/12/03. Nesse sentido: BRASIL. STF. HC 96.219-MC/SP – Rel. Min. Celso de Mello, vide Informativo STF n. 523/2008.

¹³ LINS JÚNIOR, George Sarmento. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.27.

Muito se fala que o garantismo do princípio da não autoincriminação expressa opção pela impunidade. Esse pensamento é fruto de concepção autoritária, afastada dos limites éticos do exercício do poder estatal, pois o princípio apenas exige que a Justiça Penal se efetive obedecendo aos princípios constitucionais e normas que veiculam os valores fundamentais do Estado democrático de Direito, com especial destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Feitas essas considerações iniciais, passemos à obrigatoriedade do bafômetro.

2. O direito de não se autoincriminar *versus* obrigatoriedade do “Bafômetro”.

Exemplo de mitigação do princípio da não autoincriminação diante da necessidade estatal de aplicar o direito penal sem as restrições que lhes são impostas pela Constituição de 1988 é o *caput* do art. 306, do CTB, alterado pela Lei n. 11.705, de 20/06/08, regulamentada pelo Decreto n. 6.488, de 19/06/08. O condutor de veículo que estiver com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 decigramas ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de maneira a justificar a imposição de pena criminal.

A alteração da norma de trânsito causa polêmica quanto à obrigatoriedade do uso dos aparelhos homologados pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) para a aferição da quantidade de álcool ingerida pelo motorista, dentre eles, o vulgarmente denominado “bafômetro” e a produção de prova¹⁵, já que o art. 277 do CTB prevê aplicação de sanções administrativas e penais insertas no art. 165 do mesmo Código, quais sejam, multa, suspensão do direito de dirigir por 12 meses, retenção do veículo e da carteira de habilitação para o condutor que se negar a fazer o teste do etilômetro ou qualquer outro.

Observe-se que o referido artigo não obriga a realização do teste do bafômetro ou qualquer outro, mas impõe sanções administrativas

¹⁵ VIGNOLA, Vanilo. **Autuação de trânsito pela infração ao art. 165 do CTB: Recusa de condutor à realização dos testes, exames e perícia previstos na legislação de trânsito.**

Disponível em: <<http://www.ceatnet.com.br>>. Acesso: 04 ago. 2008.

para o condutor que se negue a realizá-los, conforme dispõe seu parágrafo 3º, sendo tal medida entendida como direito penal do inimigo, já que penaliza duplamente o condutor que exercer o seu direito de não produzir provas contra si¹⁶.

Dispõe o art. 5º, § 2º da CF/88, que os direitos e garantias nela disciplinados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, inserindo-se nesta última hipótese, o Pacto de São José da Costa Rica.

Desta forma, as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior¹⁷. Mesmo assim, como os demais, o princípio da não autoincriminação não é absoluto. Admitir que o *nemo tenetur se detegere* pudesse afastar a punibilidade de infrações penais subseqüentes, praticadas para o encobrimento de delito anterior, sem que houvesse um procedimento instaurado de natureza extra penal, investigação criminal e sem que o interessado fosse chamado a colaborar, fornecendo elementos probatórios, seria para muitos, atribuir-lhe a condição de direito absoluto, que não encontraria qualquer limite no ordenamento jurídico, conduzindo a distorções e, não raro, servindo de estímulo para a perpetuação de crimes. Obviamente não é esta a sua essência ou sua *ratio*. Reconhecer ao *nemo tenetur se detegere* tal amplitude, subverteria o sistema e o próprio princípio, incentivando a violação de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico¹⁸.

¹⁶ A Resolução nº 206/06 do CONTRAN, que dispõe sobre os requisitos necessários para constatar o consumo de álcool, substância entorpecente, tóxica ou de efeito análogo no organismo humano, estabelece os testes a serem utilizados para confirmar se o condutor está dirigindo sob a influência de álcool ou não. Toda a tramitação para o uso do bafômetro está inserta na maior legalidade possível.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

¹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não Produzir Prova Contra si Mesmo: o Princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas Decorrências do Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.421.

Para o Ministro Celso de Mello¹⁹, no sistema constitucional brasileiro não há garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

As normas constitucionais sobre as liberdades públicas, ao delinearem o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerando o substrato ético que as informa -, permitem que sobre as mesmas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas a proteger a integridade do interesse social e a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Ainda sobre a matéria, Barroso ensina que “O método sistemático disputa com o tecnológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”²⁰.

Logo, para aqueles que entendem ser a obrigatoriedade do exame de bafômetro possível, ante a aplicação do método sistemático na interpretação das normas, observa-se que há coerência e harmonia do CTB ao determinar o referido exame, pois entendem que a moderna hermenêutica dos direitos fundamentais impõe o sopesamento dos princípios constitucionais envolvidos, ponderando-se os interesses estatais em detrimento do sacrifício dos interesses individuais. Trata-se de uma técnica de solução de conflitos entre normas-princípio dentro da proporcionalidade.

¹⁹ BRASIL. STF. MS 23.452 – RJ - Rel. Min. Celso de Mello - j. 16/09/99.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.127-128.

Contrários à autoincriminação, Callegari, Pires, Sales e Pinheiro²¹ entendem ser a realização do exame clínico, mormente a coleta de sangue, que expõe a integridade física do cidadão, uma afronta ao art. 5º, X, da CF/88, ou seja, atinge a intimidade e a vida privada, sendo o art. 277 do CTB inconstitucional por violação ao princípio da presunção de inocência, insculpido no inc. LVII, art. 5º da CF/88.

O conflito está entre o direito do condutor à sua intimidade, à inviolabilidade pessoal e ao direito de não se autoincriminar e os direitos à vida, à integridade física, à segurança de toda a sociedade - condutores e transeuntes.

Sampaio leciona que: “A obrigatoriedade do uso do bafômetro, como dito, diante de mínimos indícios de que o condutor esteja sob a influência de álcool, visa a assegurar o direito à segurança viária e, por via de conseqüência, à vida e à integridade física dos demais usuários da via, segurança esta indispensável à harmonia social. Ainda assim, poder-se-ia dizer, como, aliás, dizem muitos, que a obrigatoriedade do bafômetro viola a intimidade do suposto infrator, expondo-se a uma situação vexatória, que, a nosso ver, em nada se compara ao vexame da exposição social, sobremaneira, quando a influência do álcool leva o condutor a um acidente de trânsito; mais ainda, a um algoz, quando vem a ceifar vidas humanas”²².

Com esse argumento, sopesados os bens jurídicos tutelados, o legislador e o intérprete da norma posicionaram-se em prol da coletividade, em benefício de milhares de vidas ceifadas ou mutiladas anualmente pela violência no trânsito das cidades brasileiras, em oposição ao segundo maior problema de saúde pública do país.

Enfrentando o tema, o Habeas Corpus 75.338/98-RJ demonstra que pode ser **relativizado** o princípio por meio da ponderação de interesses, adotando o princípio da proporcionalidade na consideração da restrição dos direitos à intimidade e à privacidade em detrimento de outros. Segundo o STF, “a Constituição não trata a privacidade como direito absoluto (art. 5º, X, XI e XII). Há momento em que o direito à

²¹ SILVA, Ricardo Alves. **A obrigatoriedade do exame de Alcoolemia** Disponível em: <<http://www.ceatnet.com.br>>. Acesso: 04 ago. 2008

²² SAMPAIO, André Luís Marinho. **O bafômetro na Lei nº 9.503/97. Código de Trânsito Brasileiro – CTB.** Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso : 30 jul. 2008.

privacidade colide com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado (...). Deve-se buscar o critério para a limitação. O princípio da proporcionalidade é o instrumento de controle. Deve-se ter em conta a proporcionalidade em concreto”²³.

Outro aspecto favorável à mudança legislativa ocorrida é o fornecimento pelo direito comparado de subsídios para interpretar mais restritivamente o art. 277 do CTB, pois vários diplomas legais impõem **prisão e multa** ao condutor do veículo automotor que se recusa a realizar o exame, inclusive nos Estados Unidos, onde ao lado do “privilégio de dirigir” o condutor é obrigado a se submeter ao exame do bafômetro, podendo sua recusa resultar em suspensão da permissão de dirigir por 12 meses²⁴.

A Lei n. 11.705/08 é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.103, sendo autora a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel Nacional), que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º, 4º e 5º, inc. III, IV e VIII, onde a Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (ABRAMET) e a Fundação Thiago de Moraes Gonzaga requereram suas admissões na condição de *amicus curiae*.

O conflito entre normas-princípio tem sido objeto de manifestações doutrinárias com argumentos convincentes tanto no sentido da constitucionalidade da lei, a fim de serem assegurados direitos individuais ameaçados pelo exercício desenfreado e ilimitado de outros direitos, com o único escopo de assegurar o bem comum, como no sentido de sua inconstitucionalidade, ante a violação do princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Judicialmente, *habeas corpus* preventivos têm sido concedidos com norte no princípio constitucional. No HC 95.287/SP, v.g., o Relator Dr. Márcio Franklin Nogueira concedeu, liminarmente, o salvo-conduto, com fundamento nos princípios da não autoincriminação e da presunção de inocência, para que o paciente pudesse negar-se a

²³ BRASIL. STF. HC 75.338/98 – RJ - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 11/03/98.

²⁴ Ata da Sessão Ordinária nº 19/2006, do Conselho Estadual de Trânsito – Cetran/SC. Disponível em: <<http://www.cetran.sc.gov.br>>. Acesso: 04 ago. 2008.

submeter-se ao bafômetro em diligência policial; não ser obrigado a comparecer à repartição policial; não ser lavrada multa; não lhe ser imposta penalidade administrativa de suspensão de dirigir e, por último, não ser apreendido o veículo.

A liminar concedida aborda a Lei 11.705/08 quanto à recusa do condutor em submeter-se ao teste do bafômetro, que estará sujeito à multa de R\$ 955,00 e imediata suspensão do direito de dirigir por 12 meses, aliada à retenção do veículo. Cita o relator que o direito a não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação. Sua denegação, sob qualquer disfarce, representa um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional²⁵. Não se pode punir alguém, ainda que administrativamente, pelo fato de exercitar direito constitucionalmente assegurado.

De fato, se a Constituição Federal assegura o direito de não fazer prova contra si mesmo, não se há de punir alguém que exercita tal direito. A regra em questão, numa análise perfunctória, reveste-se de inconstitucionalidade. É preciso aqui, como bem estabelece o Relator, aplicar o princípio da proporcionalidade. A questão é, há excesso, tomado neste passo como limitador do poder normativo do Estado, na penalização administrativa da recusa de realizar o exame de alcoolemia? A medida adotada é adequada e apta a tutelar bem jurídico que se pretende proteger? A medida adotada é adequada à finalidade perseguida? Há proporcionalidade em sentido estrito entre a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a consequência jurídica?

Não considera o Relator adequada, necessária e proporcional as penalidades em relação ao motorista surpreendido com qualquer concentração de álcool por litro de sangue (art. 276, *caput*) mesmo sem representar qualquer perigo ao trânsito. E vai além, ao acolher o justo receio do impetrante, ao afirmar que não se deseja negar a necessidade de severa punição aos motoristas que dirigem embriagados, mas discordar da igual severidade na punição administrativa para quem dirige após ingerir um copo de cerveja ou um copo de vinho e dos abusos que estão sendo cometidos com a detenção de motoristas que,

²⁵ **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 400.

embora com alguma concentração de álcool por litro de sangue, não se podem dizer embriagados.

Os *habeas corpus* 2008.041165-4 e 2008.040712-9, ajuizados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, também tiveram liminares concedidas. O primeiro diz respeito a um grupo de 13 pessoas de Florianópolis que obteve liminar para impedir a aplicação automática das penalidades previstas nos artigos 165 e 277 do Código de Trânsito, simplesmente por se negar a se submeter ao exame de alcoolemia, comumente realizado através do bafômetro. A decisão foi tomada pelo desembargador Luiz Cézar Medeiros, com base em preceitos constitucionais. Ela não se aplicará, contudo, caso os motoristas forem flagrados em aparente estado de embriaguez, exteriorizado, v.g., a partir de andar cambaleante ou direção em zigue-zague. No segundo, o desembargador substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva concedeu, liminarmente, salvo conduto para que uma cidadã da capital não seja tolhida da liberdade de ir, de vir, de ficar, de permanecer, por recusar-se ao teste de alcoolemia em diligência policial, sem que por isto seja penalizada automaticamente com base no CTB. O magistrado, contudo, fez o mesmo comentário constante da liminar deferida pelo desembargador Medeiros: “observada à ressalva da direção anormal e perigosa, que coloque em risco a segurança viária”.

No HC 93.91-36/PA pacificou-se que a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo.²⁶

No HC 96982-MC/DF²⁷, o Ministro Celso de Mello²⁸ enfatiza que o direito ao silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo

²⁶ No mesmo sentido: BRASIL. STF. HC 68.929 - Rel. Min. Celso de Mello - j. 28/08/92; HC 73.035 - Rel. Min. Carlos Velloso - j. 13/11/96; HC 83.960 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 14/06/2005; HC 75.257 - RJ - Rel. Min. Moreira Alves - j. 17/06/97; HC 72.815 - Rel. Min. Moreira Alves - j. 06/10/95; HC 77.135 - SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - j. 06/11/98 e HC 75.616 - SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - j. 14/11/2007.

²⁷ Informativo STF n. 530, de 03 dez. 2008.

²⁸ RTJ 141/512, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 180/1125, Rel. Min. Marco Aurélio - HC 68.742 - DF, Rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão; RTJ 176/805-806, Rel. Min. Celso de Mello.

constitui prerrogativa individual que não pode se desconsiderada por qualquer dos Poderes da República.

O direito assegurado constitucionalmente ao cidadão de não produzir prova contra si mesmo por certo não é absoluto, pois está sujeito às restrições impostas pela lei e pela própria Carta.

Mendes, estudando com profundidade a questão da colisão de direitos fundamentais, observa que “no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito”. Citando o Tribunal alemão, prossegue: “Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação”²⁹.

Deve-se sopesar o valor da promoção do fim da norma – direito à segurança da coletividade -, *in casu*, a Lei n. 11.705/08, com o desvalor da restrição do direito fundamental do condutor de não se autoincriminar. Questiona-se: a importância da lei justifica a restrição do direito do indivíduo em não fazer prova contra si, sendo proporcionais as medidas adotadas?

A decisão da Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade orientará o posicionamento da política criminal acerca da proteção à vida e à integridade da sociedade nas relações com o trânsito, mantendo ou não a restrição do princípio frente ao direito da coletividade.

Não obstante, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.782/08, da autoria do Deputado Carlos Zarattini, que prevê, dentre outras alterações, a proposta de tornar ainda mais rigoroso o controle da ingestão de bebida alcoólica pelo motorista. Para comprovar o consumo de bebida, a quantidade de álcool por litro de sangue cairá de seis decigramas para três decigramas.

O fato é que a lei seca e a obrigatoriedade do teste de alcoolemia têm assegurado, segundo notícias veiculadas pelas Polícias de Trânsito estadual e federal, redução de acidentes de trânsito política adotada no

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira Citado por SZKLAROWSKY, Leon Fredja. O veículo, o álcool e a substância psicoativa. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XII, nº 276, p. 26, jul. 2008.

CTB, de educação e manutenção da segurança dos condutores e transeuntes/pedestres, buscando o convívio social harmônico.³⁰

3. Conclusão

De tudo o que foi exposto até aqui, é indubitável o avanço jurisprudencial pátrio desde 1988, na interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais, à luz da Constituição e dos princípios da não autoincriminação, da presunção de inocência e do direito ao silêncio, caminha resguardando a dignidade humana e consolidando os valores do Estado Democrático de Direito.

Isso se deve à concepção de que os princípios, embora apresentem um alto grau de abstração, não podem ser desconsiderados, pois têm *status* de princípios fundamentais supraestatais³¹, que subordinam o Estado em sua atividade administrativa e judicial.³²

³⁰ São cerca de 35 mil mortes por ano; 400 mil feridos; 1,5 milhão de acidentes e 22 bilhões de reais por ano só para cobrir os gastos com acidentes nas estradas federais. Dados obtidos em: GOMES, Luís Flávio. “Lei Seca”. Acertos, equívocos, abusos e impunidade. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XII, nº 276, p. 29, jul. 2008. Segundo a Polícia Rodoviária Federal, após três meses de vigência da lei seca, a queda nos acidentes fatais foi de 8%. Entre o início da lei seca, no dia 20 de junho de setembro do ano passado, a PRF computou 33.497 acidentes, com 1697 mortes e 18.759 feridos. No mesmo período, em 2007, foram 30.835 acidentes, com 1808 mortes e 18.596 feridos. O número de acidentes com mortos caiu de 1469 em 2007 para 1351 em 2008. Ou seja, o número de acidentes e feridos aumentou em 2008, mas o número de mortes diminuiu. Disponível em: <http://www.g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MRP768986-5598,00.html>>. Acesso: 24 set. 2008

³¹ Segundo J. J. Gomes Canotilho “No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os princípios fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos da administração devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais”. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 331.

³² Para Ingo Sarlet “no exercício da atividade discricionária, é imperativa a necessidade dos órgãos públicos observarem nas suas decisões, os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid*, p.332.

Nesse contexto, Lins Júnior³³ entende que a presunção de inocência caminha ao lado do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação, embora dotada de presunção *juris tantum*, ou seja, a presunção relativa de culpabilidade do autor da conduta vincula todos os Poderes aos princípios mencionados até sentença condenatória transitada em julgado, determinando e impondo o dever de prudência às autoridades policiais e judiciais quando do exercício do *mínus* concedido pelo Poder Público aos seus agentes.

Assim, o princípio constitucional garante ao indivíduo não ser compelido a prestar esclarecimentos e garante-lhe que o seu silêncio não poderá ser interpretado de modo a trazer-lhe prejuízos.

Em sua defesa a Suprema Corte é frequentemente solicitada a fazer o controle dos desvios de ações praticadas pelos agentes públicos, quando fazem tábula rasa do princípio *nemo tenetur se detegere*, por conduto da ação constitucional de *habeas corpus* ou no controle da constitucionalidade de norma³⁴.

Assim, têm sido corrigidos os abusos, pois os direitos fundamentais, mesmo não sendo absolutos, não podem ser suprimidos, mitigados, restringidos ou eliminados. Ao contrário, devem ser respeitados, de modo a implantar, cada vez mais, a legitimidade dos agentes públicos em razão dos suspeitos ou pacientes, no que consiste à colheita de provas para o processo, não cabendo, no caso em tela, a

³³ Para Sarmento, “A presunção de inocência impõe um *dever de prudência* através do qual o Estado tem a obrigação de exercer as suas prerrogativas de persecução penal, fazendo uso dos procedimentos administrativos e judiciais necessários à revelação da verdade e à aplicação da lei penal. Entretanto, não pode se exceder no exercício de suas atribuições para violar direitos fundamentais que se projetam na dimensão da liberdade de locomoção e da dignidade da pessoa humana.” LINS JUNIOR, George Sarmento. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (Org.). Op. Cit., p. 231.

³⁴ Dirley da Cunha Júnior colaciona em sua obra já citada uma jurisprudência da Suprema Corte reconhecendo a garantia ao silêncio ou não autoincriminação como garantias constitucionais, não estando, por esta razão, o paciente ou o suspeito, obrigado a produzir prova pericial que entender lhe ser desfavorável. (BRASIL. STF. HC 83.096- Rel. Min. Ellen Gracie – j. 18/11/03 – DJ 12/12/03).

inversão do ônus da prova, pois que ao suspeito/indiciado não é imposta a obrigação de produzir provas a contragosto, nem provas contra si mesmo. Por conseguinte, ao Estado investigador e acusador cumpre o dever de amealhar as provas que se fizerem necessárias à instrução criminal, desde que respeitados os limites legais, limitados pelos direitos fundamentais.

É comum, aos menos avisados, o entendimento de que o garantismo expressa fraqueza do Estado frente à demanda por justiça, que não pode ser feita a qualquer preço. Esse pensamento tem sido corrigido frequentemente pelos Tribunais Superiores, como vimos, que em suas decisões, impõem limites éticos ao exercício do poder estatal, em clara demonstração de que o princípio constitucional da não autoincriminação exige que a Justiça Penal efetive-se obedecendo aos valores constitucionais que fundamentam o Estado democrático de Direito, com especial destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A AMPLITUDE DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FRENTE AOS PRINCÍPIOS DE DIREITO

Lidiane Krsthine Rocha Monteiro

Bacharel em Direito, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, no ano de 2007.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Discricionariedade administrativa. 2.1 Origem. 2.2 Natureza Jurídica. 2.3 Conceito. 3. Mérito Administrativo. 4 .Controle judicial da discricionariedade administrativa. 4.1 Fundamentos ao controle. 4.2 Parâmetros ao controle. 4.3. Possibilidade (necessidade) e extensão do controle judicial da discricionariedade administrativa.5. Posição atual do STF sobre o tema. 6. Conclusão.

1. Introdução

A análise do controle judicial da discricionariedade administrativa é tema polêmico e divergente na doutrina pátria. Para a doutrina tradicional, o Judiciário não pode fiscalizar o mérito do ato administrativo, tendo em vista o princípio da separação dos poderes. O presente estudo se propõe a conferir uma nova concepção da discricionariedade administrativa, levando-se em consideração que, na atual fase pós-positivista, os princípios ganharam relevância constitucional, o que implicou a atribuição ao princípio da legalidade de contornos mais amplos, pois, atualmente, é entendido como reflexo de regras e, principalmente, de princípios jurídicos.

Em decorrência disto, a discricionariedade e, por conseguinte, o mérito administrativo, sofreram uma redefinição em seu conceito, pois, ao exercê-la e defini-lo, o administrador está obrigado a respeitar as regras, bem como os princípios norteadores da relação jurídico-administrativa. Portanto, passaram a ter uma definição mais restrita.

Serão abordados, no presente estudo, aspectos relevantes atinentes à discricionariedade, como: a natureza jurídica, fundamentos, conceito e mérito do ato administrativo. Destaque-se que estes temas serão analisados com relação à discricionariedade administrativa. Analisar-se-ão, também, os parâmetros jurídicos impostos ao exercício

da competência discricionária e a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário, não só no que tange aos aspectos legais, mas também, no que concerne ao mérito administrativo. Tudo isto será apreciado sem perder de vista a separação e independência constitucional dos Poderes Executivo e Judiciário.

Não serão explorados os meios processuais utilizados pelo Judiciário para conter e corrigir os vícios praticados no exercício da competência discricionária, pois o intuito do presente trabalho não é esgotar o assunto trazendo à discussão todas as possíveis questões suscitadas pela matéria.

O presente estudo pretende demonstrar que a submissão da discricionariedade administrativa à nova concepção de legalidade (regras e princípios jurídicos) tornou essa liberdade mais controlável, e com isso, mais próxima de atender o interesse público e satisfazer as necessidades públicas, fim último do Estado, entendimento mais adequado com o atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

2 Discricionariedade administrativa

Conforme dito anteriormente, o presente trabalho pretende conferir uma nova roupagem ao conceito de discricionariedade administrativa partindo-se da breve análise sobre a evolução da concepção do Estado, e sobretudo, do princípio da legalidade, orientador de toda atividade administrativa.

Neste tópico, serão abordados aspectos relevantes atinentes à discricionariedade, como: origem, natureza jurídica e conceito.

2.1 Origem

Para tratar do assunto em comento, é salutar que, inicialmente, seja feito um breve apontamento acerca da evolução do Estado e do princípio da legalidade, o qual corresponde à essência do Estado de Direito e traz consigo a delimitação da discricionariedade administrativa.

No Estado Monárquico o poder estatal era exercido sem a imposição de limites legais. Nesse Estado, prevalecia a concepção de que todo o poder centrava na pessoa do Rei, o qual representava a figura de Deus na comunidade. “Nos governos absolutos se encontra o Estado dirigido por uma única vontade individual, que seja a mais alta e não

dependa de nenhuma outra”.¹ Dessa forma, a discricionariedade administrativa era absoluta.

Posteriormente, como fruto das idéias advindas da Revolução Francesa em 1789, colimadas para questionar a legitimidade do sistema absolutista, surgiu o Estado liberal. A legalidade era concebida de forma menos rigorosa, pois “a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, com também tudo aquilo que a lei não proibisse”.² Nessa fase, uma parte dos atos estatais eram fiscalizados, e outra, imune ao controle judicial e livre de vinculação à lei, local onde residia a discricionariedade.

Adiante, com o surgimento do Estado Social, houve um avanço no conceito de legalidade. Aquela antiga vinculação negativa do Estado à lei, dá origem à vinculação estatal positiva, pela idéia de que “tudo que não é permitido é proibido”. Embora esta evolução tenha ocorrido, na concepção inicial do Estado Social, conhecida por Estado Legal, o princípio da legalidade é visto sob à luz da doutrina positivista, ou seja, o Estado deveria agir de acordo com a lei formal, pois, desta forma, estaria agindo de acordo com o Direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta com precisão que, embora o Estado Legal tenha representado um avanço ao vincular toda atuação administrativa à lei, quanto ao sentido desta, houve um retrocesso, pois ela passou a representar a vontade de grupos e a ser promulgada em sentido formal, desvinculada da idéia de justiça.³

Na segunda concepção do Estado Social, o chamado Estado Social Democrático de Direito, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁴ É acrescentado ao princípio da legalidade um conteúdo material, que é a compatibilidade entre a atuação estatal e uma lei que reflita de forma perfeita o interesse

¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 40. ed. São Paulo: Globo, 2000, p.211.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 19.

³ *Ibid.* Id., p. 28.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.237.

público. O princípio da legalidade adquire uma maior força e abrangência, pois não se resume meramente à lei formal, mas aos valores sociais e axiológicos contidos no meio coletivo, consagrados nos princípios que regem as relações jurídicas. Assim, a antiga concepção da legalidade é ultrapassada, visto que esta passa a refletir não somente as regras, como também, os princípios jurídicos que devem ser obedecidos pela Administração Pública, como meio de se atender, da melhor forma possível, o bem comum, e resguardar os particulares das injustiças e arbitrariedades do Estado. A legalidade se adequa a idéia de Direito por princípios.

Desse modo, a discricionariedade administrativa, está subordinada a esta nova conceituação de princípio da legalidade, que abarca não só a observância ao aspecto formal da lei, mas também, o respeito aos princípios inerentes aos comandos legais, por exemplo, os de vulto constitucional a que está subordinada a Administração Pública, previstos no art. 37 da CF/88, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, motivação e da finalidade, elencados no art. 2º da Lei Federal 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

Em decorrência disto, observa-se, portanto, que a discricionariedade está mais suscetível de controle, pois deve ser exercida em estrito cumprimento ao princípio da legalidade em sentido amplo (regras e princípios), a fim de que o interesse público seja efetivamente alcançado.

2.2 Natureza Jurídica

Sabe-se que a Administração Pública só pode agir dentro do permitido em lei. Deste modo, a atuação administrativa, seja ela vinculada ou discricionária, há sempre que está em consonância com o princípio da legalidade, entendido este, em seu sentido amplo, conforme exposto acima.

Como é sabido, o exercício do Poder Discricionário somente é admitido se houver uma norma jurídica a qual lhe confira tal poder, haja vista que todos os instrumentos de ação administrativa tributam sua existência ao ordenamento jurídico. Com isto, pretende-se atentar para a seguinte idéia: não existe discricionariedade, se esta não for conferida ao administrador pela própria lei. Na verdade a “discricionariedade é a

liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.”⁵
É no comando normativo que está determinada a competência discricionária atribuída ao administrador.

Oportuno ressaltar a observação certa de Celso Antônio Bandeira de Mello –após assinalar, com inteira propriedade, que, a rigor, não há ato algum que possa ser designado como discricionário – no sentido de que, na realidade, o que existe

*é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público in concreto, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção.*⁶

Tratando do assunto, o nobre professor Andreas J. Krell leciona que

A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei.⁷

Na mesma vereda, encontra-se o entendimento do eminente doutrinador Caio Tácito ao explicitar que “Não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa”.⁸

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.110.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 396.

⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 22/23.

⁸ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 65 apud Juarez Freitas, *Os atos administrativos de Discricionariedade Vinculados aos Princípios*. In: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: Editora NDJ Ltda, Ano XI, n.º 06, Junho/1995, p. 329.

A existência da discricionariedade não pode ser buscada simplesmente a partir do exame da lei, é imprescindível analisar o caso concreto. Por isso não se deve resumir as situações que comportam ou não discricionariedade na simples fórmula “ato discricionário” e “ato vinculado”, porque isto induz a um entendimento errôneo deste fenômeno jurídico, e termina por “arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais”.⁹

Feitas estas explanações, é importante que fique aclarada neste tópico, a natureza jurídica da discricionariedade administrativa. Como dito, esta é conferida ao administrador pela lei. Analisando-a dentro do Estado de Direito, verifica-se que não pode haver discricionariedade onde não impere o princípio da legalidade (em sentido amplo). “A discricionariedade é, portanto, produto de um Estado onde existe submissão à legalidade”.¹⁰

2.3 Conceito

Atualmente, a legalidade deve ser entendida em seu sentido amplo, isto é, como reflexo não somente das regras, mas também, dos princípios jurídicos. A evolução da idéia da legalidade, nada mais é, do que aquilo que Germana de Oliveira Moraes chama de princípio da juridicidade, pois a mesma entende que este “além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a destes atos) observe - não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”.¹¹

Esta redefinição da legalidade, leva a uma necessária reestruturação acerca do entendimento da discricionariedade administrativa, já que estes temas estão intrinsecamente ligados. A discricionariedade não deve mais ser entendida como área imune à sindicabilidade judicial. Esta concepção clássica da discricionariedade –

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “*Relatividade*” da Competência Discricionária. In: Revista de Direito Administrativo; Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, n.º 212, Abril/Junho de 1998, p.55.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade Administrativa**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife: Editora da UFPE, n.º 11, p.57.

¹¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p.24.

traduzível na impossibilidade de ser controlada pelo Judiciário, concebida à época em que a legalidade era entendida como reflexo, apenas, de regras jurídicas – não deve mais ser aceita dentro da atual conjuntura Estado Democrático de Direito, haja vista que a Administração, atualmente, encontra-se submetida às regras (princípio da legalidade em sentido estrito), e aos princípios gerais do Direito, sobretudo, aos princípios constitucionais.

Numa visão renovadora, urge abandonar a antiga concepção de discricionariedade administrativa, em função do princípio da legalidade, e redefini-la, compreendendo-a como o campo de livre atuação estatal, onde o administrador irá fazer uma apreciação subjetiva da situação fática, porém limitado às regras e aos princípios jurídicos (princípio da legalidade em sentido amplo ou da juridicidade), para que este adote, no caso concreto, a solução mais adequada ao atendimento do melhor interesse público.

3. Mérito Administrativo

Na visão doutrinária tradicional – predominante – o mérito do ato administrativo é limitado apenas aos critérios de conveniência e oportunidade, excluindo qualquer possibilidade de identificação do mérito com legalidade.

Outra corrente doutrinária – mais moderna – atribui ao mérito conceito amplo, chegando a romper com a oposição entre mérito administrativo e legalidade. Deste modo, consideram que a análise do mérito é, antes de tudo, a apreciação da legalidade, isto é, conformidade do ato com a lei e os princípios jurídicos a que está submetida a Administração (impeccabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade etc).

Embora exista uma gama de conceitos e correntes doutrinárias acerca do tema, pode-se afirmar que o mérito do ato administrativo significa “o resultado do exercício da discricionariedade”.¹² Toda construção científica acerca do mérito administrativo estabelece que ele é formado por dois critérios, os quais devem guiar o administrador na escolha da solução mais adequada para o caso concreto, denominado pelo binômio conveniência-oportunidade. Porém, a análise do mérito envolve

¹² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 198.

uma abordagem axiológica da realidade social e administrativa. Ao decidir sobre o mérito, o administrador aprecia não só a conveniência e oportunidade do ato. Avalia, também, critérios de proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, requisitos inerentes à própria legalidade.

Por isso, pode-se afirmar que a apreciação do mérito é, antes de tudo, uma análise da legalidade, entendida atualmente em seu sentido amplo, isto é, como reflexo não só da lei em sentido formal, mas dos princípios jurídicos aos quais a Administração Pública está subordinada (moralidade, proporcionalidade, eficiência, razoabilidade, impessoalidade, publicidade, supremacia do interesse público).

Analizando a questão sob este ponto de vista, vislumbra-se que, a atribuição ao mérito de contornos mais amplos, além de possibilitar um controle judicial mais efetivo, permite que o administrador não extrapole “os limites de sua liberdade discricionária, maculando o ato com vícios de má-fé, da improbidade, da perseguição de interesses também privados e da imoralidade administrativa”.¹³

No exercício da competência discricionária, ao decidir sobre o mérito do ato administrativo, o administrador deve observar a legalidade em sentido amplo, isto é, a lei e os princípios regentes da Administração Pública. Devido a isto, entende-se que a submissão da discricionariedade a esta concepção atual da legalidade (em sentido amplo), redefine o mérito, pois reduz sensivelmente sua extensão.

4 Controle judicial da discricionariedade administrativa

Conforme a linha desenvolvida por este trabalho, constatar-se-á a necessidade de se conferir maior autonomia ao Poder Judiciário no exercício do controle da competência discricionária, por entender que a nova concepção de discricionariedade administrativa se alinha com os ditames constitucionais e com o senso de justiça existente na sociedade atual.

4.1 Fundamentos ao controle

Dentro da abordagem referente à possibilidade de controle judicial da discricionariedade, é importante estabelecer determinadas

¹³ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **O controle Judicial do Mérito Administrativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p.86-87.

premissas que servirão para o desenvolvimento das conclusões. Saliente-se que, neste trabalho, está sendo conferida nova roupagem à discricionariedade, o que repercute diretamente no seu controle judicial.

Como visto, analisando a evolução da concepção do Estado, verifica-se que surgiu, primeiramente, sob a forma do Estado Monárquico; neste tipo de Estado, o poder se concentrava nas mãos do rei e este não se submetia a nenhum outro poder. Em seguida, surgiu o Estado Liberal, produto das idéias do liberalismo, onde o Estado interferia de forma mínima na vida privada dos cidadãos, o que agravou as desigualdades sociais. Por fim, nasceu o Estado-Providência, preocupado em garantir as condições mínimas de sobrevivência aos seus cidadãos.

Como é sabido, o Estado brasileiro adotou como forma o Estado Social e Democrático de Direito, intimamente ligado à satisfação do interesse público, fim único do Estado. Desta forma, o primeiro fundamento que torna possível o controle judicial da discricionariedade administrativa é o político, situado na Carta Magna, a saber o vínculo imutável do Estado com o interesse público, configurando o seu desrespeito uma lesão à própria figura do Estado.

Acompanhando a evolução política do Estado que culminou com a idéia da vinculação absoluta deste ao interesse público, ocorreu uma evolução jurídica, que gerou uma transformação na concepção do controle judicial. Como exposto neste trabalho, encontramos-nos numa fase em que o direito não se resume à lei em sentido meramente formal. Atualmente, o conceito de Direito comporta uma grande carga de valores axiológicos e sociais. Nessa esteira, explica Germana de Oliveira Moraes que o antigo Direito por regras passou a ser encarado como Direito por princípios.¹⁴

Trata-se da evolução do conceito de legalidade que, atualmente, não representa mais apenas a lei em sentido formal, pois a este princípio foi incorporado um sentido material, englobando todas as regras e princípios de direito, sendo considerado agora, legalidade em sentido amplo.

Seguindo esta linha de pensamento e analisando a Constituição Federal, vislumbra-se que o controle judicial da discricionariedade

¹⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 19.

administrativa encontra fundamento no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Este dispositivo consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual, toda e qualquer lesão ou ameaça de direito não pode ficar imune ao controle judicial, sobretudo quando ferir direitos fundamentais do cidadão. Acerca do assunto, Hely Lopes arremata com maestria que:

No nosso sistema de jurisdição única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5º, XXXV), a Justiça ordinária tem a faculdade de julgar **todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes do Estado.**¹⁵ (grifos não originais).

Feitas estas explanações, revela-se de fundamental importância neste momento, conjugar-se o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional com o princípio da independência dos poderes consagrado no artigo 2º da Carta Magna, que, a princípio suscita controvérsia acerca da possibilidade do Judiciário controlar os atos produzidos pela Administração no exercício da competência discricionária, sob pena de ingerência indevida. Entendendo o princípio da separação dos poderes de forma rígida, não caberia ao Judiciário interferir nas questões eminentemente políticas de responsabilidade exclusiva da Administração, caso da discricionariedade administrativa. Isto tem prejudicado o atendimento do interesse público objetivado pela norma, pois, sob a alegação de que a análise da ação discricionária da administração implica ingerência indevida, o Judiciário tem se furtado a controlar medidas muitas vezes injustas e arbitrárias.

Está se querendo defender que, quando o legislador elevou o princípio da separação dos poderes a uma posição constitucional sua intenção foi estabelecer que a tripartição não poderia ser entendida de forma rígida e incommunicável. Na verdade, sua intenção foi determinar que deveria existir colaboração entre os poderes no desempenho de suas funções, a fim de que resultados proporcionais, razoáveis, eficientes e morais fossem encontrados na busca permanente do bem comum. Seguindo este entendimento, o ilustre professor Fábio Marroquim afirma que:

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.664.

o princípio da separação de poderes, de especialização das funções estatais, substrato da idéia de Estado de Direito, hoje não mais subsiste, pelo menos na pureza ou no radicalismo de sua concepção original. Basta compulsar as modernas constituições para concluir que, em realidade, as funções estatais (executiva, legislativa e judicante) não somente se interpenetram, mas interagem, são compartilhadas. Assim, o Executivo, em certas circunstâncias, legisla, e o Legislativo julga.¹⁶

A adoção deste entendimento mais flexível conferido ao princípio da tripartição de poderes é possível devido mecanismo adotado no Brasil, conhecido como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) onde cada Poder, além de exercer suas competências originárias, pode realizar a fiscalização sobre os demais poderes para, em todos os atos estatais, resguardar a consecução do interesse público visado pela norma. Assim, a revitalização da tripartição dos poderes não só permite, como exige, a realização do controle judicial da discricionariedade administrativa, quer pela razão política de se alcançar o bem comum através da integração entre os poderes, quer pela razão jurídica do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

4.2 Parâmetros ao controle

Para que haja um controle judicial efetivo da discricionariedade administrativa, torna-se imperiosa a existência de parâmetros necessários à realização deste controle. Além de vinculação à lei, em sentido formal, a Administração Pública deve observar todos os princípios gerais de Direito que regem a relação jurídica estabelecida com os administrados, sobretudo, quando esta relação, advém do exercício da discricionariedade, pois os atos produzidos no uso desta competência, para produzir seus efeitos, deve observar além das regras, os princípios regentes da relação jurídico-administrativa.

Como é sabido, os princípios são valores que conferem ao ordenamento jurídico estrutura e coesão, constituindo “alavancas de

¹⁶ MARROQUIM, Fábio Máximo de Carvalho, *Breves Notas sobre Técnica legislativa*. In: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas, ano III, Vol 6. Maceió:Edufal, jan/dez de 2000, p.93.

Arquimedes do Direito”¹⁷, o alicerce fundamental para se determinar o sentido e alcance do ordenamento jurídico, orientando sua compreensão, quer para sua aplicação, quer para sua integração ou elaboração. Conforme brilhante lição de Celso Antonio Bandeira de Mello “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. [...]”.¹⁸

Assim, pode-se afirmar que os parâmetros ao controle da discricionariedade administrativa são a lei e os princípios gerais de Direito, ou seja, a legalidade em sentido amplo.

4.3 Possibilidade (necessidade) e extensão do controle judicial da discricionariedade administrativa

Ante tudo o que foi dito da discricionariedade administrativa, será analisada a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário, em face da sujeição da Administração Pública a nova ordem legal, representada pelo princípio da legalidade em sentido amplo.

Sabe-se que, tanto nas hipóteses em que a lei prevê expressamente a melhor solução para a situação fática, como naquelas situações em que é conferida competência discricionária à Administração, o objetivo visado pela lei é um só: que a solução encontrada seja a que melhor atenda ao interesse público. Portanto, o administrador encontra-se “nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”.¹⁹ Assim, não há dúvidas de que num Estado Democrático de Direito, é indispensável a necessidade de meios de controle da Administração como forma de atestar legalidade e legitimidade de sua atuação.

¹⁷ FREITAS, Juarez. *Os atos administrativos de Discricionariedade Vinculados aos Princípios*. In: Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: Editora NDJ Ltda, Ano XI, n.º 06, 324-337, Junho/1995, p. 325.

¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p.818.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 33.

No Brasil, foi adotado o sistema de jurisdição única, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. “O preceito é claro: nenhuma decisão de qualquer outro Poder que ofenda direito, ou ameace ofendê-lo, pode ser excluída do reexame, com foros de definitividade, por órgãos jurisdicionais”.²⁰

Vislumbra-se, desta forma, que no sistema de jurisdição única, a Administração não exerce função jurisdicional e seus atos são passíveis de revisão pelo Judiciário. Como visto, tal assertiva não contraria o princípio da separação de poderes, pois este não deve ser interpretado rigorosamente.

No tocante ao controle judicial da discricionariedade administrativa, o sistema jurídico e a doutrina pátria não nega a possibilidade de sua existência. Neste assunto, a maioria dos doutrinadores pátrios são taxativos em afirmar que os atos praticados no exercício da competência discricionária só poderão ser controlados pela autoridade judiciária sob o aspecto da legalidade. Diogenes Gasparini afirma que “O objetivo do controle jurisdicional é o exame da legalidade do ato ou atividade administrativa, confirmando um e outra, se legais, ou os desfazendo, se contrário ao Direito. Não lhes cabe, portanto, qualquer apreciação de mérito[...]”.²¹

Nas palavras de Seabra Fagundes “ao poder judiciário é vedado apreciar no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão”.²²

Conforme já demonstrado em capítulo anterior, a discricionariedade administrativa teve seu conteúdo redefinido em decorrência da nova concepção do princípio da legalidade, o qual é entendido, atualmente, como reflexo das regras, e, principalmente, de princípios jurídicos. Devido a isto, a discricionariedade administrativa sofre limitações impostas pela lei e pelos princípios jurídicos que

²⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 12. ed. rev. e amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 919/920.

²¹ GASPARINI GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo:Saraiva,1992 p. 559.

²² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*.Rio de Janeiro:Revista Forense, 1957, p.167.

norteiam a relação jurídica-administrativa, principalmente aqueles previstos na Constituição (moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e legalidade em sentido estrito) e os reconhecidos pela doutrina e jurisprudência (proporcionalidade, razoabilidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público).

Foi visto também que a redefinição da discricionariedade trouxe consequências para o conteúdo do mérito administrativo. Como é cediço, a discricionariedade é competência conferida pela lei ao administrador, cuja finalidade é a definição do mérito administrativo, tendo em vista o interesse público visado pela norma. Se, no exercício da discricionariedade cabe ao administrador observância das regras e princípios norteadores da atividade administrativa, ao definir o mérito, caberá a ele, analisar não só a conveniência e oportunidade do ato, mas também, avaliar critérios de razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, eficiência (inerentes à própria legalidade), tendo em mira o atendimento ao interesse público e a efetivação dos direitos fundamentais.

Infere-se, desta forma, que a redefinição da discricionariedade administrativa, ampliou os contornos do mérito administrativo. Da mesma forma, este passou a estar vinculado não só às regras normativas, mas, sobretudo, aos princípios que direcionam a atuação administrativa e integram a própria legalidade.

Nesse sentido, ao definir o mérito administrativo, o administrador analisa a conveniência e oportunidade do ato levando em consideração os princípios inerentes à legalidade (razoabilidade, moralidade, eficiência, proporcionalidade), “não podendo ser o mérito algo imune ao exame do Poder Judiciário, a quem compete verificar se o administrador, a título dos critérios de conveniência e oportunidade, não desbordou desse poder discricionário – valendo-se de sua faculdade de livre apreciação –, de forma contrária à moralidade”,²³ à razoabilidade, à proporcionalidade, à eficiência, enfim, à legalidade.

Em suma, analisar o mérito administrativo é analisar sua legalidade. Torna-se necessário que o Judiciário adentre no mérito do ato administrativo, para evitar que determinados atos lesivos ou

²³ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O controle Judicial do Mérito Administrativo*, p.61

ameaçadores ao direito alheio, fiquem isentos de correção devido ao simples argumento de terem sido praticados sob o manto da discricionariedade. Seguindo este entendimento, colacionamos alguns entendimentos louváveis da moderna inclinação jurisprudencial:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADMINISTRATIVO. SUNAB. CONTROLE DE LEGALIDADE. PODER JUDICIÁRIO. MULTA. CORREÇÃO. I. **Inserem-se no controle da legalidade efetuado pelo Poder Judiciário, a verificação não só da conformidade do ato com a lei, mas também a sua moralidade e o interesse social, para que não se permita à Administração, principalmente sob o abrigo da discricionariedade, praticar atos eivados de abuso de poder, prestigiando interesses individuais e não os coletivos.** II. O ato administrativo impugnado revestiu-se de legalidade e a multa aplicada não pode ser considerada exorbitante tendo em vista não ter o embargante cumprido a determinação legal desde sua instituição. Iii. **Apelação improvida.**”²⁴

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSOR EFETIVO SEGUIDO DE PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO PARA PROFESSOR SUBSTITUTO, NA MESMA ÁREA E DEPARTAMENTO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. NECESSIDADE NO PREENCHIMENTO. PERMANÊNCIA TIPIFICADORA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO GUERREADA – **o ato administrativo, ainda quanto à conveniência e oportunidade torna-se objeto de controle judicial em situações nas quais a discricionariedade é utilizada como instrumento para viciá-lo.**”²⁵.

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS NAS DUAS FASES. EXISTÊNCIA DE VAGAS. AUTORIZAÇÃO PARA NOMEAÇÃO. PREVISÃO DE ABERTURA DE NOVO CONCURSO. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE PRESTES A

²⁴ Brasil. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Sexta Turma. AC – APELAÇÃO CÍVEL n.º 27912 Processo: 90.03.021336-4. Relator: Juiz Arnaldo Laudisio. UF: São Paulo, 08/09/2000. Documento: TRF 300048005)

²⁵ Brasil. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Terceira Turma. AC – APELAÇÃO CÍVEL n.º 150001 Processo: 98.05.47033-4. Apelante: UFRN - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Apelado: ELENA MABEL BRUTTEN BALDI. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. UF: RN, 15/02/2001. Documento: TRF 500046063

EXPIRAR. DIREITO À NOMEAÇÃO. 1. No Direito Administrativo, a dicotomia expectativa de direito e direito subjetivo já não satisfaz. Há, na prática, posições intermediárias, entre uma e outra modalidade que merecem proteção. 2. Não pode o Estado sem justificativa, baseado tão somente, na discricionariedade, deixar de cumprir promessas firmes e positivas, porque seria infringir os princípios da confiança e da boa-fé. 3. No caso, o edital de concurso previa que o provimento dos cargos dar-se-ia em vagas existentes ou que viessem a ocorrer no prazo de validade do concurso; o curso de formação (2ª fase) constituiu-se, no mínimo, de 320 (trezentos e vinte) horas de duração desenvolvendo-se em tempo integral com atividades em horários diurnos e noturnos, inclusive sábados e domingos; os candidatos receberam a retribuição prevista no Decreto n.º 1.285/94. 4. Diante de tais fatos aliados à autorização para preenchimento das vagas e, inclusive, para abertura de novo concurso, não poderia a Administração, à mingua de justificativa socialmente aceitável (STF, RE 192568/PI), deixar expirar, sem prorrogação e sem a nomeação dos impetrantes, o prazo de validade do concurso. 5. **A discricionariedade da Administração está sujeita a controle judicial sob o aspecto da razoabilidade.**²⁶

Verifica-se, deste modo, que o entendimento da doutrina clássica em limitar o controle judiciário ao exame da legalidade nos atos produzidos dentro da competência discricionária, “vem se tornando insustentável nos tempos modernos, sobretudo com a afirmação, cada vez mais presente do Estado Democrático de Direito.”²⁷ A tendência é de aceitar que o controle judicial atinja o mérito do ato administrativo, haja vista que este não deve ser resumido ao binômio conveniência e oportunidade, pois acima dele, encontra-se o interesse público que somente poderá ser alcançado se forem respeitados, na aferição do mérito, além daqueles requisitos, à moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, impessoalidade, enfim, a legalidade em sentido amplo, composta por regras e princípios jurídicos. Caberá ao Judiciário a análise do mérito não para substituir o critério de

²⁶ Brasil. Tribunal Federal – Primeira Região. Primeira Turma. AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 01000771009.Processo:1998.010.00.77100-9. Relator: Juiz Plauto Ribeiro. UF: DF, 11/12/2000.Documento: TRF 100111111, 11/06/2001 DJ p.60

²⁷ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Controle Judicial do Mérito Administrativo*, p.95

conveniência e oportunidade utilizado pelo administrador, mas para fiscalizar e adequar a decisão discricionária aos parâmetros de controle estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico.

5. Posição atual do STF sobre o tema

Caso emblemático analisado pelo STF sobre o tema é a ADPF 45. Na referida ação foi discutida a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas por parte do poder executivo, quando configurada hipótese de abusividade governamental.

A discussão central foi a análise da dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, entendendo o Supremo que a ele é conferido constitucionalmente o poder de averiguar as decisões do Administrador quando tal se fizer necessário para a implementação de políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos sociais.

É salientado na decisão que a omissão do qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Entendeu-se que não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo do Administrador, este deve pautar sua atuação com a observância de limites, correspondentes aos preceitos e princípios constitucionais consagrados, pois a efetivação de condutas dezarrazoadas podem ocasionar a aniquilação dos direitos consagrados na Carta Magna, e, portanto, dar ensejo à intervenção do Judiciário no controle deste comportamento.

Veja-se a decisão:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃODECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do

ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59..... § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)." (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, **considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.** Essa eminente atribuição conferida ao

Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

- A - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na

Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em

favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) **a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.** Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos

componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. **Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.** Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. **Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.** **No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a**

revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) **Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.**" (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa

condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator²⁸

²⁸ ADPF 45 MC/DF – DISTRITO FEDEARL. MDEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator (a) Min. Celso de Mello. Julgamento 29/04/04 Publicação DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Partes Agrte(s)Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S) ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

6. Conclusão

A importância conferida aos princípios gerais de Direito trouxe conseqüências à concepção do princípio da legalidade, que adquiriu contornos mais amplos, passando a ser entendido como reflexo não só das regras, mas, principalmente, dos princípios jurídicos basilares de todo ordenamento normativo. Em decorrência disto, a Administração passou a dever obediência às leis em sentido formal e aos princípios regentes da relação jurídica-administrativa.

A evolução no conceito da legalidade implicou a redefinição da discricionariedade, e por conseguinte, do mérito administrativo. Então, no exercício da discricionariedade o administrador também deve observância à lei em sentido estrito e aos princípios que regem a atuação administrativa.

O mérito do ato administrativo não pode ser resumido ao binômio oportunidade e conveniência, pois acima dele está o interesse público que deve sempre ser alcançado pela Administração Pública. Ao definir o mérito o administrador terá que buscar o atendimento do interesse público. Este somente será alcançado, se forem respeitados no seu exame critérios de moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, impessoalidade, enfim, de legalidade, já que esta é concebida atualmente em sentido amplo. Examinar o mérito é examinar a legalidade.

A inobservância destes princípios implica a ilegalidade do ato, portanto, passível de controle pelo Judiciário. “A análise do mérito ocorrerá com o intuito de se averiguar se o administrador extrapolou os limites de sua liberdade discricionária”²⁹, tendo em vista que um ato pode aparentar ser legal, ou seja, a autoridade pode ser competente, ser revestido pela forma prevista em lei, objeto lícito, e ser, ainda assim, imoral, ineficiente, desproporcional, não atingindo, assim, o interesse público visado pela norma.

A simples alegação de que um ato foi praticado no exercício da competência discricionária, local onde habita o mérito administrativo, não é suficiente para excluí-lo da apreciação do Judiciário. Este, ao apreciar o mérito, nada mais estará fazendo do que analisando a

²⁹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Controle Judicial do Mérito Administrativo*, p.96.

legalidade do ato, pois no exercício da competência discricionária a definição do mérito deverá ser baseada em princípios inerentes à própria legalidade.

Portanto, vislumbra-se que a doutrina clássica do controle judicial dos atos administrativos já não atende aos avanços do Estado Democrático de Direito. Sem substituir o agente administrativo, os controladores judiciais devem realizar a tarefa de julgar mais fervorosamente a juridicidade dos atos produzidos no exercício da competência discricionária, avaliando também o mérito administrativo. Assim, “estaremos mais aparelhados, científica e teoricamente, para coibir os desvios de poder, adotando atitude imprescindível para acelerar o advento de uma mais efetiva austeridade na salvaguarda dos elevados princípios constitucionais do Direito Administrativo”.³⁰

³⁰ FREITAS. Juarez, *Os atos administrativos de Discricionariedade Vinculados aos Princípios*, p. 337.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Maria Célia Aragão de Lima do Nascimento

Mestra em Letras. Bacharel em Direito. Pós-graduanda em Direito Público Material.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Ação Civil Pública – considerações históricas e o micros-sistema processual coletivo. 3. A Ação Civil Pública na implementação dos direitos sociais e as perspectivas de ampliação do seu objeto. 3.1. Ação Civil Pública na implementação dos direitos sociais. 3.2 Perspectivas de ampliação do objeto da ACP. 4. Conclusões.

1. Introdução

Neste trabalho se apresenta uma visão histórica da ação civil pública (ACP) na implementação dos direitos fundamentais, focando-se na utilização desse instrumento processual especificamente, para dar eficácia a normas veiculadoras de direitos fundamentais de segunda geração ou sociais. Sendo assim, trata-se de um estudo desenvolvido com fundamento no Direito Constitucional, no Direito Processual Civil, no Direito do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública (LACP, nº 7.347/1985), todos vistos pela ótica da boa doutrina e da atual jurisprudência que se desenvolveram por força da ACP.

O enfoque escolhido possibilita uma análise do problema que envolve a efetividade das conquistas obtidas pela utilização da ACP, promovendo a aplicação de dispositivos constitucionais de baixa densidade normativa. E, com base nessa realidade, pretende-se verificar como potencializar o manejo dessa ação na implementação de tais direitos positivados constitucionalmente em normas programáticas.

Como este trabalho situa-se no campo do Direito, utilizou-se o método de pesquisa qualitativa, optando-se por uma abordagem dedutiva para, no desenvolvimento, apresentar, inicialmente, considerações históricas sobre a ACP e a visão do microsistema processual coletivo; em seguida, a eficácia da ACP na implementação de direitos fundamentais de segunda geração e as perspectivas de

ampliação do seu objeto. Enfim, na conclusão, far-se-á uma síntese dos resultados da reflexão.

A importância deste estudo consiste, não só em demonstrar a produtividade da ACP na tutela coletiva dos direitos fundamentais de segunda geração, como também em contribuir para potencializar o manejo dessa ação, promovendo a eficácia de muitos dos dispositivos constitucionais de baixa densidade normativa que positivam esses direitos.

2. Ação Civil Pública – considerações históricas e o microsistema processual coletivo

ACP, nascida com a lei nº 7.347, de 24.07.1985, constitucionalizou-se no art. 129, inc. III da Lei Maior e tem-se revelado instrumento de inestimável valor para promover o gozo efetivo dos direitos fundamentais cuja eficácia continua sendo negada pela omissão dos governantes e dos legisladores. Já nos idos de 2005, Milaré ¹, apresentando a obra que coordenou, afirmava ser a LACP “certamente um dos instrumentos legais mais celebrados e invocados desde que se restabeleceu o Estado de Direito, com a restauração da Democracia no Brasil.”

Voltando-se um pouco ao cenário histórico mundial, impõem-se os registros das revoluções liberais contra o absolutismo monárquico, em especial a Revolução Francesa, com seus três princípios fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade.

A ascensão da burguesia demonstrou que liberdade e igualdade são princípios que, por si sós, não constroem uma sociedade justa, pois onde há liberdade, os fortes sobrepõem-se aos fracos despidoradamente e põem fim à igualdade. O tempo provou que a fraternidade foi esquecida, frustrando o ideal teoricamente belo do liberalismo. Houve uma substituição do absolutismo monárquico pela hegemonia da burguesia, com a consequente sujeição da massa.

A segunda metade do Século XX trouxe o acirramento da massificação, com a produção acelerada, os danos ambientais e o

¹ MILARÉ, Édís (Org.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.5.

contrato de adesão, no qual a liberdade de contratar inexistente, pois ou se aceitam as condições nele impostas ou não se tem o bem.

Nesse ponto, já eram muitas as lesões a direitos transindividuais, atingindo contingentes indetermináveis de pessoas e de direitos divisíveis ou indivisíveis. Constataram-se, então, as lacunas da lei material na positivação desses direitos e a inadequação do processo civil para a defesa deles.

Fez-se urgente a aplicação do princípio da fraternidade, esquecido pelo materialismo liberal. Ele veio sob o manto da solidariedade, criando o sistema protetivo do vulnerável, em um movimento mundial que eclodiu, não pela bondade natural dos homens, mas pela devastação causada na Terra e pela indiferença que a minoria dominante demonstrou em relação à massa dominada e continuamente lesada em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Brasil vivia a ditadura militar. Na Europa, Cappelletti² apontava a sociedade convivendo com produção e troca de bens de consumo massificadas; o mégalo-urbanismo fazendo surgirem novas visões dos direitos de vizinhança, de um maior controle público sobre a ocupação do solo urbano e a poluição do ar.³

Cappelletti acrescentou fatores como mudanças nos contratos, que não mais resultavam de contatos diretos entre os envolvidos. O avanço do capital, com a incessante procura pelo lucro imediato, ameaçando a natureza e o homem; a pobreza econômica da maioria e as consequências culturais, sociais e jurídicas dela advindas; a multinacionalização das empresas, atuando e violando direitos em vários países; tudo isso movendo o Estado a intervir efetivamente, no mercado, sob pena de se testemunhar a desagregação social.

No Brasil, acompanhando a efervescência mundial e acrescentando fatores supervenientes, Gavronski (p. 19) cita “o moderno processo de globalização econômica com ampla e volátil circulação

² CAPPELLETTI, Mauro. As formações sociais e os interesses coletivos diante da justiça civil (tradução). *Rivista di Diritto Processuale* 30/362-402. Pádua: 1975.

³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civis pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édis (Org.). 2005., p.18.

mundial de capital (grande parte dele de origem ilícita)”. Esse autor valoriza a contribuição dos membros do Ministério Público Ferraz, Milaré e Nery Junior que, nas suas reflexões, apontam fenômenos como a cartelização, “a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica e o aparecimento dos meios de comunicação de massa”, tudo a exigir instrumentalização do processo para servir a nova realidade emergente.⁴

Ada Grinover⁵ apreciou a vertente política desse cenário, quando “interesses edilícios empreendedores conflitam com a preservação das belezas naturais, históricas ou culturais” e demandam decisões de natureza política que, muitas vezes, descuidam da defesa dos interesses coletivos. Todos os fatores mencionados representam, no dizer de Gavronski (p.18) “O substrato material e jurídico da tutela jurisdicional coletiva e a preocupação com a garantia do acesso à justiça”.

Esse momento histórico acarretou uma conscientização necessária dos Poderes constituídos e da sociedade como um todo, relativamente aos direitos fundamentais do homem. Não os positivar significaria o fomento do capitalismo selvagem, de um lado, e o da miséria, do outro, sabendo-se que os frutos dessa polarização são difíceis de digerir, além de ser impossível ignorá-los.

Sendo assim, o Estado não pôde mais ficar omissos. Teve de impor-se deveres para promover a igualdade material, positivando tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, ou de segunda geração, como os de terceira geração, todos antes ignorados pela sanha do capitalismo irrefreado, cujos mecanismos fugiram ao controle de seus mentores, que deram asas à liberdade sem alimentar a fraternidade, criando as profundas desigualdades.

Esses direitos positivados foram assumindo uma feição coletiva, efeito da massificação. Sua tutela começou a parecer impossível, porque a lei processual era inadequada, privilegiando o individual em detrimento do coletivo.

⁴ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; JUNIOR, Nelson Nery; MILARÉ, Édís. **Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) **A tutela dos direitos difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p.31-32.

A exigibilidade dos direitos consagrados materialmente não estava instrumentalizada. Só o foi como exigência da tutela efetiva dos direitos de terceira geração. Quanto aos de segunda, sempre pendeu sobre eles a idéia de que sua judicialização, de forma coletiva, esbarra em fatores extrajurídicos: as políticas públicas.

Na esfera jurídica, a resposta tinha que ser processual. E, nessa linha, Grinover (p. 36) já proclamava que somente instrumentalizando o processo, ele se tornaria o meio capaz de transformar o “direito declarado em direito assegurado”.

Urgia, então, criar-se o minissistema processual civil coletivo que se construiu, primeiro, com a LACP e, cinco anos depois, com o CDC. Para resolver o problema do representante adequado, veio o art. 5º da LACP no qual, conforme Gavronski (p. 23-24) se “optou por uma legitimidade concorrente disjuntiva, conferida ao Ministério Público, a entes estatais e a associações privadas (tanto aquelas formadas para defesa de interesses coletivos específicos como também os sindicatos), todos com liberdade para atuarem separadamente em juízo”.

A LACP resolveu também a ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada, dispondo que seria, conforme seu art.16, “*Erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Quanto ao juiz, a mudança acarretada pelo processo coletivo desenvolveu julgamentos mais justos, socializados, nos quais a razoabilidade e a proporcionalidade são aplicadas na ponderação dos princípios gerais do direito, flexibilizando um ou outro, ou a própria norma para fazer justiça.

Além disso, o provimento judicial, podendo determinar um fazer, um não fazer, mesmo liminarmente, tornou realidade a participação efetiva da sociedade, ampliando o controle político das ações e omissões do Governo e reduzindo o espaço de uma discricionariedade que insiste em existir na implementação dos direitos sociais, escudando-se no fato de serem positivados em normas programáticas ou na discricção. Nessa tarefa de tirar a jurisdição da inércia, destaca-se o papel dos legitimados para o ajuizamento da ACP, visto que, graças a eles, o Poder Judiciário tem sido bem mais efetivo e ousado para garantir

eficácia ao controle jurisdicional sobre ações ou omissões do Estado, relativas aos direitos sociais verdadeiramente fundamentais do homem como indivíduo, como coletividade e como massa.

3. A Ação Civil Pública na implementação dos direitos sociais e as perspectivas de ampliação do seu objeto.

3.1. Ação Civil Pública na implementação dos direitos sociais

O *caput* do art. 6º da Lei Magna declara os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Desse rol tão significativo e suficiente à satisfação das necessidades básicas do ser humano, o chamado piso mínimo, o constituinte pinçou o direito ao trabalho disposto em tese, no art. 6º, para dar efetividade aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais nos artigos do 7º ao 11.

Na positivação dos direitos sociais do artigo 7º, inciso IV, prevê-se que o salário mínimo nacional, fixado em lei, seria para o trabalhador, “capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Nota-se que, ao regular as normas que positivam os direitos dos trabalhadores, o legislador garantiu-lhes o salário mínimo, atribuindo-lhe capacidade para satisfazer os direitos sociais que lhes assegura o art. 6º (CF/1988).

Como se vê, apenas direitos do trabalhador mereceram exaustivo cuidado do constituinte, restando educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança etc. como uma vitrine de boas intenções. A seguridade social cuida da previdência e assistência social, bem como da saúde, por meio do SUS. O estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor tratam dos direitos das pessoas mais vulneráveis. No ordenamento jurídico, o direito material evoluiu, mas não o bastante para dar exigibilidade a vários dos direitos fundamentais. É esse o espaço de atuação da ação civil pública.

Quando o legislador infraconstitucional quebrou as barreiras do processo civil liberal para poder tutelar os interesses coletivos, teve que afastar o princípio dispositivo; o da demanda, com a vedação à atuação

ex officio do juiz (salvo exceções); o da isonomia; o da autoridade limitada da coisa julgada; e a regra pela qual a ninguém é lícito postular, em nome próprio, direito alheio, todos constituindo características marcantes do processo individualista. Em seu lugar, novas regras foram introduzidas, admitindo, conforme Macedo Júnior⁶, “A tutela de interesses transindividuais, de grupos [...] por órgãos representativos, assegurando discriminações positivas visando à efetividade do acesso à justiça e redefinindo os limites da coisa julgada e ampliando o papel ativo do juiz na condução do processo”.

Bobbio⁷ (ver Macedo Júnior, p. 561), em síntese, considera que os direitos do homem constituem um fenômeno social, porque se multiplicam com o correr do tempo, aumentando a quantidade de bens tuteláveis; estendendo-se a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; e passando-se a considerar o homem nas “suas diversas maneiras de ser na sociedade”.

Diante desse cenário, quanto ao aumento da quantidade de bens, sabe-se que esse fato impôs a positivação dos direitos sociais e políticos, exigindo a intervenção direta do Estado cuja obrigação deixou de ser apenas a de abster-se, para incorporar a de fazer.

Com relação à titularidade dos bens, a mudança deu-se do indivíduo para a massa, para o coletivo, o transindividual e para o ecossistema.

Relativamente à visão do homem, passou-se a enfocá-lo, não mais como abstratamente percebido, porém considerando-o como pessoa que necessita de proteção com fundamento em suas necessidades específicas, “segundo seja homem ou mulher; criança, jovem, adulto ou idoso; sadio ou doente; doente temporário ou crônico; doente mental ou outro tipo de doente; fisicamente normal ou deficiente – cada especificidade”, conforme Bobbio, “não permite igual tratamento e igual proteção” (cf. Macedo Júnior, p. 561-562).

Firmando-se o foco nesses três aspectos apontados, percebe-se um imenso campo de atuação da ação civil pública na implementação dos direitos sociais transindividuais tantas vezes desrespeitados.

⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édis (Org.). 2005, p.560.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Examinando-se novamente o rol do art. 6º da CF/88, vê-se que educação, saúde, trabalho, moradia e segurança são direitos cuja fundamentalidade é inquestionável. Ao mesmo tempo se constata que o acesso a eles não é uma realidade na vida de todos os brasileiros. Todos esses direitos exigem um fazer do Estado o qual tem sido bem deficiente na sua atuação.

A LACP, quando nasceu, “limitava os interesses protegidos ao meio ambiente, consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico”.⁸ Com a vigência da CF/88, o art.129, III, ampliou esse objeto, prevendo a tutela de outros interesses difusos e coletivos, mas atribuindo a legitimidade ao Ministério Público (MP), uma vez que esse dispositivo trata das funções institucionais desse Órgão, não se comunicando, portanto, com o art. 5º da LACP, a não ser quanto ao MP.

Em 1990, entra em vigor o Código de Defesa do Consumidor (CDC), dando grande impulso à tutela desses interesses, porque atribui a defesa de outros interesses difusos e coletivos a todos os legitimados do art. 5º da LACP. Nas palavras de Alonso Jr. (2005, p. 2008), o art. 117 do CDC cumpre o seguinte papel:

Cria uma interação entre o CDC e a LACP, instituindo um sistema processual coletivo até então inexistente em nosso país e viabiliza a tutela dos interesses difusos e coletivos já identificados pelo legislador, bem como proporciona a proteção processual de novos valores e interesses que vão sendo identificados e agregados ao objeto da ação civil pública, gerando gradativa e dinâmica ampliação em seu alcance.

O CDC, estabelecendo essa interação com as ações coletivas, e, de modo especial, com a ACP, trouxe o art. 83, fruto do princípio da instrumentalidade do processo, garantindo, para a defesa dos interesses protegidos por esse Código, a efetividade por meio de todos os provimentos jurisdicionais existentes no sistema. Alonso Jr. (2005, p. 208) comenta, a respeito de tal norma, que “Assim, provimentos condenatórios, declaratórios, constitutivos, mandamentais, executivos, antecipatórios, assecuratórios, inibitórios, cautelares, dentre outros, são

⁸ ALONSO JR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édis (Org.), 2005, p. 208.

juridicamente possíveis nas ações civis públicas, dando concreção ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário”.

Sobre esse ponto, Kazuo Watanabe⁹ leciona que essa inafastabilidade “(...) não somente possibilita o acesso ao órgão judiciário como também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça”. A consequência lógica é que “isso significa, a toda evidência, a promessa de preordenação dos instrumentos processuais adequados à concretização dessa garantia”.

É frequente o manejo da ACP na implementação de direitos fundamentais de primeira geração. Mas, quando se trata dos direitos de segunda geração, há muitos entraves a serem superados. Dispositivos constitucionais programáticos, de baixa densidade normativa, constituem o maior obstáculo à utilização da ACP para implementar esses direitos.

Observando-se os arts. 34, VII, “e” e 35, III, verifica-se que há um mínimo exigido das receitas dos Estados e dos Municípios a serem aplicados em educação e saúde, sob pena de intervenção da União nos Estados ou dos Estados em seus Municípios, se não aplicarem esse percentual. Todavia, conforme as reflexões de Alonso Jr. (p. 209), no que tange aos direitos sociais, constata-se o seguinte:

Carece o sistema de normas infraconstitucionais que determinem à Administração a aplicação de percentual certo para áreas que a Constituição Federal declara genericamente como direito do povo. Na falta de um cronograma legal, o administrador público está obrigado constitucionalmente, porém não se sabe em qual medida, o que não o exime tão-só pelo argumento de que está sendo “realizado investimento na área ou que não há recursos disponíveis”.

Diante de tais argumentos, a doutrina e a jurisprudência têm encontrado solução para o manejo eficaz da ACP, pois eles não subsistem ao sopesamento dos princípios gerais do direito, muito menos ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, vetor preponderante do ordenamento jurídico de um País Democrático de Direito, como é o Brasil.

⁹ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 649.

Acrescente-se que a ordem jurídica nacional possui este instrumento de vanguarda, frente ao direito comparado, e de utilidade capital na implementação dos direitos sociais, a ACP que, no dizer de Alonso Jr. (p. 209),

No campo dos direitos sociais (art. 6º e ss.), sua utilização é adequada, quando, por exemplo, exista desvio de verba da saúde, desrespeito aos direitos difusos ou coletivos dos trabalhadores, da criança ou do adolescente, investimentos públicos frontalmente contrários ao interesse do povo, dentre outros. No campo político, tributário, econômico, em suma, sempre que o cidadão coletivamente considerado sofrer ameaça de lesão ou tenha sofrido efetivamente lesão aos seus direitos, será possível instrumentalizar a ação civil pública.

Assim a ACP e sua comunicação com o CDC viabilizaram grande progresso na implementação dos direitos sociais. O atual sistema processual coletivo, fruto das leis e do laborioso trabalho de criação doutrinária e jurisprudencial, abre caminhos eficazes para se fazer a justiça social. Um ponto crucial, na construção da instrumentalidade do processo, diz respeito à possibilidade jurídica do pedido. São claras as palavras de Alonso Jr. (p. 210) sobre o tema: “Hoje é possível afirmar que a possibilidade jurídica do pedido exsurge da mera inexistência de proibição expressa do ordenamento legal ao pedido veiculado na petição inicial. [...] Havendo direito e obrigação correspondente, viável a postulação do crédito social”.

Nessa linha de pensamento, é preciso lembrar que demandas sociais não são supridas com toques de mágica. Requerem recursos pesados. Não é possível pleitear, por exemplo, em ACP, a erradicação da miséria, que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III da CF/88). Mas, nos nichos do desperdício, dos desvios, das imoralidades e improbidades, da falta ou do erro de planejamento, que acontecem na Administração, há, sim, campo para o manuseio da ACP, veiculando pleitos que promovam mais justiça social, distribuindo melhor a riqueza, visando ao interesse público e primando pela eficiência, de forma a mover o Estado a implementar direitos básicos indispensáveis à dignidade da pessoa humana, cumprindo a lei que ele criou.

Os demais direitos sociais não tiveram do legislador a atenção necessária para dar eficácia a normas programáticas, nem há percentuais de recursos destinados à satisfação deles, a não ser para a saúde e

educação. Quando a Administração faz escolhas equivocadas na alocação dos recursos, privilegiando o supérfluo, em detrimento das necessidades básicas que dizem respeito à dignidade humana, por vezes, o Judiciário é invocado, mas argumenta impossibilidade de julgar o mérito administrativo, de invadir a esfera de outro Poder da República etc. Embora sejam válidas as razões alegadas, sabe-se que a Administração não pode ferir o interesse público, pois a discricionariedade do agente não suplanta esse princípio. Alonso Jr. (p. 211) declara que “A vida é mais rica que o direito, [...]”. Há parâmetros. O cumprimento da lei não está solto no sistema”. E, no dizer de Mello¹⁰:

É de se presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, à finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público.

É inegável que a lei se cria sob a orientação de princípios, deve ser interpretada à luz deles e aplicada aos casos concretos sem perder esse foco. Isso deve levar a Administração a usar a discricionariedade com responsabilidade. Alonso Jr. (2005, p. 211) observa que a inserção do princípio da eficiência no art. 37 da CF é um claro indicativo para a seguinte conclusão acerca do ordenamento nacional:

(...) o sistema não tolera mais decisões contrárias ao interesse público sob o manto da impossibilidade de sindicá-lo jurisdicionalmente o ato administrativo proveniente da discricionariedade administrativa. Como ressalva Wallace Paiva Martins Júnior, “o princípio da eficiência comunga os propósitos da razoabilidade (ou proporcionalidade), na medida em que contribui para a escolha mais adequada ao interesse público, de modo a satisfazer plenamente a demanda social”.¹¹

Vê-se, portanto, que o sistema processual da tutela coletiva evoluiu, recebeu as contribuições da doutrina e está apto a

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.32.

¹¹ JUNIOR, Wallace Paiva Martins. **A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência**. RT 789/62. (apud ALONSO JR., 2005, p. 211).

expandir-se para alcançar ainda maior produtividade no uso ACP para a implementação dos direitos sociais. É sobre essa potencialização que se falará no próximo tópico.

3.2 Perspectivas de ampliação do objeto da ACP

A ampliação do objeto da ACP depende de uma construção solidária, envolvendo a participação da sociedade, representada pelos legitimados ativos e a sensibilização do Poder Judiciário, desaguando em uma resposta da Administração como consequência da execução dos provimentos jurisdicionais.

O ponto crucial está no Judiciário, uma vez que a ação coletiva exige do julgador transdisciplinaridade, “põe em cheque a clássica divisão de Poderes, quando se questiona em juízo a adequação de uma determinada política pública à Constituição ou o desatendimento de direitos sociais legalmente previstos”, conforme Gavronski (2005, p. 31), que acrescenta, referindo-se às dificuldades que a mudança do individual para o coletivo acarreta:

Esses fatores, todavia, não podem ser suficientes para afastar o Poder Judiciário de sua importantíssima missão na garantia de efetividade da tutela jurisdicional coletiva, para o que é imprescindível uma ativa, crítica e compromissada participação de juízes atentos aos escopos maiores da jurisdição, mormente o da pacificação social com justiça, o da educação da sociedade e o da atuação concreta da lei, garantindo efetividade a esta.

Ocorrendo essa postura proativa do Judiciário, haverá economia processual e se evitará que lhe aconteça o previsto nas palavras de Cappelletti (ver Gavronski, 2005, p. 32), segundo o qual, acomodando-se a Justiça, por certo se daria o seguinte:

[...] terminaria por se tornar uma sobrevivente, talvez respeitável mas irrelevante e obsoleta, porque incapaz de adaptar-se às exigências de um mundo radicalmente transformado; e, mais cedo ou mais tarde, outros organismos ‘quase-judiciários’ e procedimentos terminariam por ser criados, ou gradualmente adaptados, para atender às novas e urgentes solicitações sociais.

Nesse enfoque, a contribuição dos legitimados está em fiscalizar as ações da Administração e levar à Justiça tudo o que represente lesão ou ameaça a direito coletivo, difuso ou individual homogêneo. Quanto à jurisdição, não estará desrespeitando a separação de Poderes, quando

julgar essas questões. Sérgio de Andréa Ferreira¹² dá sua contribuição sobre isso, afirmando que:

[...] não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja em face de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são os parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade.

Inferem-se, dessa lição, vastas oportunidades para o manuseio da ACP, na verificação da constitucionalidade de políticas públicas, possibilitando a participação da sociedade para buscar o que lhe é mais benéfico.

Alonso Jr. (p. 218) defende, ainda, que dados colhidos por instituições idôneas, como a ONU, o IBGE, o IPEA, jornais sérios, universidades etc. apontam espaços de desrespeito aos direitos fundamentais, inclusive aos sociais, que devem ser objeto de ACP, viabilizando a participação política da sociedade na construção do Estado Democrático de Direito que se pretende.

Nessa esteira, pode-se acrescentar a necessidade de se estabelecer uma comunicação mais efetiva entre a LACP, o CDC e o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, na implementação dos direitos fundamentais sociais. Sobre o tema, ao analisar o ambiente artificial que deve assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, leciona Fiorillo¹³

[...] os “espaços habitáveis” pela pessoa humana – que compõem a definição doutrinária de meio ambiente artificial – merecem ser entendidos também em face do piso vital mínimo (art.6º da CF) e das demais necessidades inerentes à existência humana em face não só da ordem econômica capitalista (a saber, trabalho, consumo, locomoção etc.), como de sua própria “essência” (por exemplo, aspectos relacionados à sua intimidade, à sua vida privada, à sua religião, ao seu lazer, à morte etc.).

¹² FERREIRA, Sérgio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional. In: Celso Antônio Bandeira de Mello (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2* (direito administrativo e constitucional). São Paulo: Malheiros, 1997, p.584.

¹³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Direito ambiental tributário como instrumento de defesa do direito a cidades sustentáveis no Brasil e o IPTU progressivo no tempo. In: MILARÉ, Édís (Org.), 2005, p. 101.

Na mesma linha, vêm as cidades sustentáveis, que priorizam uma sadia qualidade de vida, incluindo “o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer” (Cf. Fiorillo, p. 103). Tudo isso constitui campo fértil para a utilização de ACP, frente ao desrespeito ou à inércia da Administração. E muito há ainda o que se dizer sobre a ampliação do objeto dessa ação, porém tal conteúdo extrapola as delimitações da presente reflexão.

4. Conclusão

O tema da ACP na implementação dos direitos fundamentais de segunda geração foi abordado, partindo-se de uma visão histórica do panorama social que fez surgirem direitos cuja tutela não poderia ser viabilizada por meio do processo civil individualista. Viu-se que o mundo jurídico analisou essa questão e propôs soluções. No Brasil, alguns doutrinadores enfrentaram o problema, aproveitaram a contribuição extraída do direito comparado e, junto com o Ministério Público e o Poder Legislativo, trouxeram a lume a LACP, instrumento processual de vanguarda que, três anos depois, foi constitucionalizada. Em 1991, veio o CDC, e ambos constituíram o sistema processual coletivo.

Observou-se que, a partir de então, a ACP tem sido utilizada para implementar direitos fundamentais, no espaço que a Administração cria, quando se omite, quando atua lesando ou ameaçando esses direitos ou quando, agindo com discricionariedade, toma decisões equivocadas, preterindo o interesse público.

Destacou-se que o relevante papel do Judiciário, no controle das políticas públicas, tem-se fortalecido, sobretudo quando os julgadores começaram a fazer valerem os princípios constitucionais e passaram a utilizar o sistema de sopesamento deles sob a ótica da razoabilidade ou proporcionalidade. Constatou-se, enfim, que o constante manuseio da ACP tem ampliado o objeto dela e apontado para perspectivas crescentes nessa direção, sobretudo quando a doutrina percebeu que, relativamente ao pedido que se faz nessa ação, tudo o que não for vedado por lei é permitido. O espaço de utilização dela para a implementação dos direitos sociais cresce, e a comunicação entre a LACP, o Estatuto da Cidade e as instituições de pesquisa como Universidades, IBGE, IPEA etc. oferece campo fértil para a continuidade desse crescimento.

Esse é um caminho que já está sendo palmilhado.

MEIO AMBIENTE, SAÚDE PÚBLICA E SANEAMENTO BÁSICO: BASES LEGAIS E PROBLEMAS PRÁTICOS NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ/AL

Mariana Torres de Lima Oliveira

Bacharela em Direito pela FDA da UFAL; advogada; ex-bolsista do PIBIC (2005/07)

Sarah Vanessa Araújo Paixão

Bacharela em Direito pela FDA da UFAL; advogada; ex-bolsista do PIBIC (2005/07)

Andreas J. Krell

Professor Associado de Direito Ambiental e Constitucional e Diretor da Faculdade de Direito (FDA) da UFAL; Doutor em Direito pela *Freie Universität Berlin*; Professor colaborador dos Cursos de Mestrado/Doutorado da Faculdade de Direito do Recife (UFPE); Pesquisador bolsista do CNPq. O presente trabalho é resultado de pesquisa realizada em 2005/06 no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da UFAL

SUMÁRIO:

1. Saneamento básico: conceito; importância para realização de direitos fundamentais; competências constitucionais; 1.1 Notas introdutórias; 1.2 Breve histórico da regulamentação do serviço de saneamento básico e a nova Lei federal n. 11.445/07; 1.3 Conceito de saneamento básico; 1.4 Saneamento básico, meio ambiente e saúde pública: temas indissociáveis; 1.4.1 Saneamento e proteção ambiental; 1.4.2 Saneamento básico e saúde pública; 1.5 Saneamento básico: dispositivos constitucionais; 1.5.1 Competências legislativas e administrativas; 1.5.2 Competência para a prestação do serviço de saneamento básico; 1.5.3 Saneamento básico na Constituição Alagoana; 1.5.4 Saneamento básico na Lei Orgânica do Município de Maceió; 2. Prestação do serviço de esgotamento sanitário no Município de Maceió; 2.1 Considerações preliminares: a questão da titularidade dos serviços de saneamento básico; 2.2 Atuação da CASAL; 2.3 Atuação dos órgãos ambientais no Município; 2.3.1 Atuação da SEMPMA; 2.3.2 Atuação do IMA e do IBAMA; 2.4 Política Municipal de Saneamento Básico (Lei n. 5.239/02); 2.5 A Lei federal n. 11.445/07 e suas inovações no setor de saneamento básico; 3. Controle judicial de omissões administrativas na área do saneamento ambiental; 3.1 Considerações preliminares; 3.2 Separação dos Poderes e controle judicial da discricionariedade administrativa; 3.3 A questão orçamentária; 4. Conclusão. Referências.

1. Saneamento básico: conceito; importância para realização de direitos fundamentais; competências constitucionais

Brasil 2008: PIB entre os primeiros 10; IDH: 70 (!); a mortalidade infantil (até 1 ano) continua altíssima: 21/mil no país; 31 no NE; 51 em AL (IBGE, 2007). As estimativas sobre a parte das internações nos hospitais do SUS por causa da falta de saneamento variam entre de 30 e 60%.

1.1 Introdução

O desenvolvimento da sociedade humana não se fez acompanhar do controle e planejamento adequados, trazendo consigo inúmeros problemas ambientais, e dentre eles, um dos que assumem maiores proporções, na atualidade, é a questão do saneamento básico. A deficiência ou até mesmo a ausência da prestação deste serviço constitui um dos grandes entraves enfrentados pelos municípios brasileiros, os quais até hoje enfrentam as mais variadas dificuldades no estabelecimento de um padrão razoável de atendimento às populações, especialmente às de baixa renda.

A Agenda 21, documento aprovado na Conferência da ONU sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente (RIO-92), destaca que, para milhões de pessoas no mundo inteiro, as condições de vida sofríveis das zonas e periferias urbanas estão destruindo vida, saúde e valores sociais e morais. Além de expor as populações a sérios riscos ambientais, o crescimento urbano deixou as autoridades municipais sem condições de proporcionar às pessoas os serviços de saúde ambiental necessários.

A interdependência entre os fatores de saúde, meio ambiente e desenvolvimento torna preciso a reformulação drástica do processo de tomadas de decisões nessas áreas, havendo uma “necessária convergência das ‘agendas’ social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano”.¹

Nesse quadro, o *saneamento ambiental* é vital para proteger o meio ambiente, melhorando a saúde e mitigando a pobreza, ganhando destaque as medidas para fortalecer as instituições locais na implementação e sustentação de programas de saneamento. Pré-requisito para o progresso no acesso a serviços de saneamento é o

¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.94s.

estabelecimento de uma estrutura institucional que assegure que as necessidades reais e as contribuições potenciais das populações atualmente não atendidas se reflitam nos planos de desenvolvimento urbano. Enfatiza-se também a importância de fortalecer a capacitação das companhias de águas e esgotos, para garantir a autonomia e viabilidade financeira destas.²

Onde as condições físicas do meio ambiente têm se agravado de forma alarmante em função da ação do homem, várias são as medidas de proteção ambiental tomadas por diversos países. O Brasil ocupa uma posição de destaque do ponto de vista jurídico-formal, já que possui uma legislação ambiental moderna e bem concebida, certamente uma das mais avançadas do mundo. A União e a maioria dos Estados federados têm promulgado um arcabouço considerável de normas referentes à proteção ao meio ambiente; vários municípios, especialmente as capitais, possuem códigos de defesa ambiental ou até leis específicas sobre a questão de saneamento básico, conforme se observa no Município de Maceió, que além de possuir um Código Municipal do Meio Ambiente, conta com uma Lei da Política Municipal de Saneamento Básico (Lei 5.239/02).

Diariamente são coletados no Brasil cerca de 25 milhões de metros cúbicos de esgoto, dos quais somente 20% são tratados (IBGE, 2006), o resto lançado nos rios e no mar. Os investimentos em saneamento básico, financiados pelas instituições financeiras ligadas ao Governo federal, subiram de R\$ 600 milhões em 2000, para R\$ 3 bilhões em 2003, girando desde 2007 em torno de R\$ 10 bilhões por ano. No *ranking* da ONU, o Brasil ocupa o 67º lugar de acesso a redes de esgoto; o custo de atender toda população do País foi estimado em cerca de R\$ 200 bilhões.³

A notória deficiência de políticas públicas de esgotamento sanitário não resulta da ausência de leis, e sim de sua efetivação. As próprias inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela recente Lei Nacional de Saneamento Básico (11.445/07) ainda não foram suficientemente amadurecidas para levar a uma melhor prestação do serviço. Nesse contexto, insere-se a importância de atuação do

² CNUMAD (UNCED), 1995, itens n. 6.32, 6.39, 8.2, 18.47, 18.48-c, 18.63, 18.64.

³ NERI, Marcelo Cortes (coord.). Trata Brasil: a falta que o saneamento faz. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2009..

Ministério Público, posto pela Carta Magna para interferir na conduta dos negócios políticos estatais, e, sobretudo, interferir na defesa dos interesses da sociedade, inclusive contra a omissão estatal na esfera do saneamento básico.

O presente estudo se propõe à análise concreta da prestação do serviço de esgotamento sanitário em Maceió e da atuação dos órgãos ambientais responsáveis pela fiscalização.

1.2 Breve histórico da regulamentação do serviço de saneamento básico e a nova Lei Federal n. 11.445/07

A responsabilidade pela prestação do serviço de saneamento básico se situava na esfera municipal, mesmo antes da Carta de 1988, que veio reafirmar esta competência, com fundamento no interesse local. Todavia, na capital do Império e em algumas cidades estratégicas, os serviços deixaram de ser administrados pelos Municípios, passando sua gestão para o Governo das Províncias ou do Estado, havendo ainda registro de algumas concessões à iniciativa privada.⁴

Só passa a existir uma regulamentação específica deste setor a partir da década de 60 do século XX, como consequência da expansão urbana e da grande pressão da população e dos representantes da indústria e do comércio, que exigiam maiores investimentos no setor, tais como extensão das redes de abastecimento, redes de coleta e tratamento de esgotos, já que os déficits estariam impedindo o crescimento econômico e social das cidades.

Atendendo a estas reivindicações, a Lei n. 5.318/67 instituiu a Política Nacional de Saneamento e o Conselho Nacional de Saneamento, órgão ao qual se atribuiu a competência para editar o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA). Tendo em vista a impossibilidade de centralização da execução dos serviços, em face da extensão do território e das desigualdades regionais, o governo, valendo-se do mecanismo do PLANASA,⁵ incentivou a criação de companhias estaduais de

⁴ PORTO NETO, Benedicto. Parecer à consulta do Projeto de Lei nº. 5296/2005. Série Saneamento para todos. São Paulo. Publicação 1, 2005, p.73.

⁵ Institucionalizado pelo Decreto-Lei 949, de 1969, o PLANASA permitia que o antigo Banco Nacional da Habitação utilizasse recursos do FGTS para financiar a implantação ou expansão dos serviços de saneamento básico.

saneamento básico, que se tornaram executoras do referido programa, utilizando-se de recursos transferidos pela União, através do BNH e, posteriormente, da Caixa Econômica Federal.⁶

Em 1962, foi criada, através da Lei 2.491, a CASAL (Companhia de Abastecimento d'Água e Saneamento do Estado de Alagoas), sociedade de economia mista, responsável pela construção, exploração e manutenção dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário dos centros populacionais do Estado. Com a extinção do PLANASA, em 1986, o quadro regulatório do setor de saneamento de todo o país ficou marcado por inúmeras carências, diante da ausência de diretrizes normativas para a organização das ações neste sentido, ocorrendo uma estagnação dos investimentos e de seu desenvolvimento (PORTO NETO, p. 74).

Desde tal extinção, diversos foram os projetos de lei⁷ que tramitaram no Congresso Nacional com o objetivo de regulamentar o serviço. Todavia, só em janeiro de 2007 foi aprovada a tão almejada Lei 11.445, que estabelece as diretrizes nacionais e regulamenta a política federal para o setor. Antes da promulgação desta lei, o serviço de saneamento básico não estava desamparado pela legislação, vez que sempre foi tratado na Constituição e na legislação infraconstitucional juntamente com o meio ambiente e a saúde pública de forma interligada, enquanto três institutos correlatos.

A Lei 8.080/90, que regulamenta as condições para a promoção, proteção e recuperação da Saúde, prevê em seu art. 7, X, “a integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico”, sendo colocada inclusive como princípio que deverá nortear todas as ações e serviços públicos de saúde. Além disso, coloca, em seu art. 3º, o saneamento básico e o meio ambiente como fatores determinantes e condicionantes da proteção à saúde, e como objetivo do Sistema Único de Saúde (SUS) prestar assistência às pessoas, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas, competindo-lhe participar tanto na formulação da política do

⁶ DEMOLINER, Karine Silva. Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.112s.

⁷ A título de exemplo, o PL n. 199/90, o PL n. 4.147/01, o PL n. 1.144/03, o PL n. 155/05.

saneamento básico como na execução das ações nesta seara (art. 5º, III, e art. 6º, II).

Formalmente sempre foi reconhecido o caráter de essencialidade do serviço de saneamento básico, mas, se antes ficava em aberto para a Administração os meios que seriam utilizados para a prestação deste serviço, com a nova Lei 11.445/07, há uma regulamentação específica das diretrizes a serem seguidas. Ela está voltada para aspectos sociais e a necessidade de universalização do acesso aos serviços sanitários face às disparidades regionais que caracterizam sua distribuição, destacando a vinculação entre a importância da prestação de um serviço adequado de saneamento e a manutenção de um meio ambiente equilibrado e de um quadro de saúde pública estável. Ela busca a fixação de instrumentos que impliquem a prestação racional do serviço, orientado pelo paradigma do desenvolvimento sustentável.

1.3 Conceito de saneamento básico

A deficiência ou até mesmo a ausência da prestação do serviço constitui um dos grandes problemas ambientais enfrentados pelos municípios brasileiros, os quais até hoje enfrentam as mais variadas dificuldades no estabelecimento de um padrão satisfatório de atendimento às populações, especialmente às de baixa renda. O sistema de saneamento no Brasil encontra-se em uma grave crise, seja por falta de planejamento, seja pela insuficiente aplicação de recursos ao longo dos anos, o qual permaneceu muito aquém do necessário nas últimas décadas).⁸ A maioria dos municípios do País não possui recursos humanos e materiais necessários para uma efetiva implementação das normas que regulam os serviços públicos socialmente mais relevantes, a exemplo do saneamento básico.⁹

Em sentido amplo, o conceito de saneamento abrange todas as “atividades tendentes a prevenir doenças, transmissíveis ou não, além de propiciar o bem-estar dos cidadãos, de forma que suas ações têm influência direta na qualidade do ambiente como um todo e

⁸ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Aspectos jurídicos do saneamento. Advocacia pública e sociedade. São Paulo. Ano II, n. 3, p. 257-285, 1998. p.257.

⁹ KRELL, Andreas J. A Reestruturação das relações intergovernamentais no Brasil: a importância do art. 23 da CF. Revista da ESMAL. Maceió, n. 2, p. 55-84, 2003. p.56.

conseqüentemente na qualidade de vida das pessoas”.¹⁰ O conceito legal de saneamento básico abrange desde o abastecimento de água e a coleta e tratamento de esgoto até a limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos e a drenagem das águas pluviais (art. 3º da Lei 11.445/07).

Apesar de o presente estudo estar centrado no âmbito específico da coleta e tratamento dos esgotos, ou seja, no serviço de esgotamento sanitário, não pode ser olvidado que a questão dos serviços de escoamento e tratamento de esgotos domésticos (e também dos industriais) está intimamente ligada ao *gerenciamento* dos recursos hídricos em geral, já que o lançamento de efluentes líquidos em águas superficiais representa um ato sujeito à outorga das autoridades hídricas, de acordo com a Lei federal n. 9.433/97 (art. 12, III), devendo haver, inclusive, cobrança pelo uso da água (DEMOLINER, p. 63ss.).

Justificativa para a utilização de um conceito restrito de saneamento básico na presente análise é o fato de que dentre todas as atividades que compõem o sistema sanitário, a prestação do serviço de esgotamento é a que se apresenta de forma mais precária. No Município de Maceió, a parcela da população que tem acesso a este serviço gira em torno de 27%, ao passo que o serviço de abastecimento de água potável ultrapassa os 90% da população.

Este descompasso se deve aos altos investimentos realizados no setor de abastecimento de água, já que com o crescimento acelerado e desordenado da ocupação das áreas urbanas e a urgente necessidade de execução de medidas sanitárias, priorizou-se um investimento inicial no fornecimento de água potável em detrimento da coleta e do tratamento de esgoto, em virtude do elevado custo para execução destes últimos serviços.¹¹

¹⁰ SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Município e meio ambiente: considerações. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 33, p. 163-174, 2001. p.167.

¹¹ VIEGAS, Eduardo Coral. Saneamento Básico, mercantilização e privatização da água. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: RT, n. 40, p. 163-174, dez. 2005. p.33.

1.4 Saneamento básico, meio ambiente e saúde pública: temas indissociáveis

1.4.1 Saneamento e proteção ambiental

A análise da relação entre o saneamento básico, meio ambiente e a saúde pública assume uma relevância fundamental, uma vez que a ausência de políticas públicas aptas à prestação do serviço de saneamento básico faz com que o Município de Maceió viva atualmente um processo de degradação ambiental e uma evidente crise de saúde pública.

O art. 225 CF assegura que “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”. A previsão deste direito fundamental constitui uma inovação da Carta Magna em relação aos textos anteriores. O vínculo que se coloca entre o meio ambiente e o saneamento é resultante da proibição de poluir; é por alterar e utilizar os recursos naturais que o serviço de esgotamento sanitário se sujeita às normas ambientais (GRANZIERA, p. 276).

A ausência ou deficiência na prestação deste serviço prejudica diretamente o meio ambiente, sujeitando o responsável, inclusive, às sanções previstas na Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de atividades e condutas lesivas ao meio ambiente. Ademais, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (n. 6.938/81) estabelece como princípios o controle das atividades poluidoras e a racionalização do uso da água (art. 2º, *caput*, II) e como um dos objetivos a preservação e restauração das águas na condição de recurso ambiental (art. 3º, V).

Por sua vez, a Constituição do Estado de Alagoas, de 1989, estabelece, em seu art. 217, VII, como objetivo do Estado a manutenção dos recursos hídricos de serem desfrutados pela comunidade e com características que favoreçam suas autodepurações. Não obstante, vários municípios do Estado, inclusive Maceió, continuam permitindo e efetuando o lançamento de seus esgotos em rios e praias sem qualquer tipo de tratamento. Apenas 8,5% da população alagoana está sendo

atendida por uma rede coletora de esgoto; desse já (pequeno) volume coletado, apenas 26,4% é tratado (PNAD, 2002).¹²

Incontestáveis são os prejuízos trazidos ao meio ambiente em virtude da ausência de um eficiente sistema de esgotamento sanitário. O cenário paisagístico municipal, famoso por suas belezas naturais, tem, atualmente, como elementos característicos as “línguas negras”, de odor e aspecto desagradável, que assolam suas famosas praias, prejudicando o meio ambiente e conseqüentemente a população, além de afastar investimentos turísticos na cidade.

O Instituto do Meio Ambiente - IMA, órgão ambiental do Estado, em seus relatórios mensais divulgados na imprensa, costuma apontar diversos trechos das praias da cidade como “impróprias para o banho”, causando diversos riscos para a saúde pública e o equilíbrio do ambiente aquático, entre eles, os cartões postais de Maceió: as praias da Pajuçara, Ponta Verde e Jatiúca, além dos locais onde é jogado esgoto *in natura* ao mar, como a praia do Pontal da Barra e praia da Avenida, onde deságua o riacho Salgadinho.¹³

A poluição da orla marítima, somada à do complexo lagunar Mundaú–Manguaba, constitui um quadro de desequilíbrio ambiental preocupante. Se, no passado os principais responsáveis pela poluição hídrica eram as usinas de açúcar e álcool, hoje, o principal problema é a poluição originada dos esgotos domésticos. A degradação também traz prejuízos econômicos consideráveis, na medida em que uma das principais fontes de subsistência das comunidades ribeirinhas do complexo lagunar, o *sururu* (molusco comestível), devido à exagerada poluição, pode entrar em extinção.

Apesar de ter ocorrido uma melhoria do ponto de vista legislativo, não há uma efetiva prestação administrativa ambiental, assim como resta ausente uma atuação efetiva do Poder Público no sentido de dar prioridade à execução de políticas que venham a viabilizar um efetivo saneamento básico. A Prefeitura, devido à baixa

¹² Fonte: PNAD. IBGE – Informações sobre amostras de domicílios referentes ao ano de 2002, publicadas no Relatório de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável – Brasil, 2004, Dimensão Ambiental, Saneamento (cf. DEMOLINER, ob. cit., p. 118ss.).

¹³ Disponível em: www.ima.al.gov.br/servicos/servicos/resultados-das-analises; acesso: julho 2007.

visibilidade política das obras de saneamento, não trata da matéria com a prioridade que lhe deveria ser conferida, eximindo-se de destinar os recursos disponíveis para a realização desses projetos. A população, por sua vez, não cobra a prestação destes serviços, nem tampouco adota práticas de conservação do meio, jogando detritos nos cursos de água, realizando ligações clandestinas, direcionando seus dejetos diretamente nas águas do mar e dos rios, construindo fossas sépticas em lugares inadequados, causando contaminação dos lençóis freáticos e a poluição.

1.4.2 Saneamento básico e saúde pública

Além da correlação direta com o meio ambiente, o saneamento básico está intrinsecamente relacionado com a saúde pública. Afora os danos exclusivamente ambientais, a deficiência nos serviços de esgotamento sanitário traz enormes conseqüências para a saúde da população, uma vez que a ausência de coleta e tratamento de esgotos leva à proliferação de diversas doenças endêmicas e epidemias. Estudos desenvolvidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS) demonstram que a cada um dólar investido em saneamento, economizam-se cinco dólares em saúde (DEMOLINER, p. 22).

A ausência ou deficiência do serviço de saneamento contribui, ainda, para os altos índices de mortalidade infantil na capital alagoana, que chega a ser um dos piores do país¹⁴. A Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB) lançada pelo IBGE no início de 2002, ao relacionar a ausência de saneamento adequado com a mortalidade infantil, evidenciou a importância da instalação de redes de água e esgoto nos domicílios brasileiros. Constatou-se que, enquanto a taxa de mortalidade de crianças menores de cinco anos residindo em domicílios adequados (aqueles com água e esgoto) era 26,1 por mil, para as que residiam em domicílios inadequados, a taxa chegava a 44,8 por mil, atingindo até 66,8 por mil no Nordeste.¹⁵

Assim, afere-se que o sucesso dos programas federais de combate à mortalidade infantil no Estado vem esbarrando na ausência de serviços de saneamento básico, especificamente de esgotamento

¹⁴ Disponível em:
<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/noticias/mortalidadeinfantil.htm>.

¹⁵ Pesquisa Nacional de Saneamento, realizada pelo IBGE; disponível em: www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/index.html. Acesso: ago. 2007.

sanitário, uma vez que os índices de mortalidade infantil caem cerca de 20% quando são realizados investimento no setor. Indiscutível o fato de a saúde pública estar intimamente relacionada, entre outros tópicos, com o saneamento, “à medida que este é uma das formas de afastar as doenças e proporcionar melhor qualidade de vida à população” (GRANZIERA, p. 279).

Há na própria Constituição Federal um grande número de dispositivos que tratam dessas matérias fortemente ligadas; ao tratar da saúde, ela prevê que esta é um “direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Estabelecendo ainda, entre outras atribuições do Sistema Único de Saúde, “participar da política e da execução das ações de saneamento básico e colaborar na proteção ao meio ambiente” (art. 200, IV e VIII).

A crise de saúde enfrentada pelo Município de Maceió é, de fato, gritante, principalmente se levada em conta a situação das periferias, nas quais resta ausente o mínimo das condições higiênicas adequadas, o que acarreta a incidência de diversas patologias, tais como hepatite A, dengue, cólera, diarreia, leptospirose, esquistossomose e infecções intestinais. O Poder Público costuma “justificar” a precária prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotos com o argumento de que não há recursos suficientes à implantação de uma rede de esgotos que atenda às necessidades populacionais, além de uma suposta diluição de competências que acabaria por confundir as atribuições de cada ente federado neste setor.

Entretanto, a alegação de inexistirem recursos para aplicar no setor não é plausível, pois o serviço de saneamento básico deveria ser tratado como uma prioridade pelo Poder Público. O investimento na área acarreta economia aos cofres públicos. Cada investimento realizado em saneamento básico, retorna em economia no setor da saúde, isso porque as doenças vindas da ausência de esgoto correspondem cerca de 70% das internações hospitalares.¹⁶ O que se

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Saneamento Básico: competências constitucionais da União, dos Estados e Municípios. Interesse Público. Porto Alegre, n. 14, p. 28-47, 2002. p.29.

verifica é que a discussão orçamentária é, na realidade, uma questão de vontade política.

As mazelas e os descasos para com o direito à saúde, evidenciados no Município, são consequências diretas da omissão do Poder Público, que não destina recursos suficientes para a implementação das políticas públicas de saúde, reajustando as contas públicas em detrimento dos gastos sociais, não atendendo devidamente às necessidades da população.

1.5 Saneamento básico: dispositivos constitucionais

1.5.1 Competências legislativas e administrativas

A par das previsões constitucionais referentes ao saneamento básico, a questão do saneamento básico está inserida em um considerável arcabouço legislativo, tanto a nível estadual, encontrando guarida também na Constituição Estadual de Alagoas, quanto a nível municipal, sendo tratado na sua Lei Orgânica e no Código do Meio Ambiente. Em geral, pode-se afirmar que a legislação a respeito do serviço de coleta e tratamento de esgoto tem assumido uma postura animadora; o que se verifica, no entanto, é a ausência de aplicação destas normas.

Assim, para a correta aplicação da legislação ambiental nos três níveis de governo, torna-se de fundamental relevância, ainda que de forma sucinta, analisar a questão das competências neste setor, assim como o arcabouço legislativo existente, a fim de ultrapassar o estudo dos textos legais e realizar um contraponto entre a realidade normativa e a realidade vivenciada pelo Município.

Embora a competência para versar acerca das diretrizes gerais na área de saneamento básico seja atribuída à União (art. 21, XX, CF), nada obsta que os Estados, assim como os municípios, em nome da preservação ambiental e da saúde pública (arts. 24, VI; 30, I, II, CF), tratam também da matéria, sendo possível, portanto, aos três entes federativos legislar na área de saneamento básico. Diante desta perspectiva, o Município de Maceió promulgou, em 2002, a Lei n. 5.239/02, que dispõe sobre a Política Municipal de Saneamento Básico, exemplo de uma legislação simbólica, que aguarda a sua aplicação.

1.5.2 Competência para a prestação do serviço de saneamento básico

No que tange à competência político-administrativa para prestação de serviço de saneamento, ou seja, no tocante à realização de políticas públicas e promoção de programas de melhoria das condições de saneamento básico, cabe aos três entes, União, Estados e municípios realizá-los, seja conjuntamente, configurando assim uma competência comum (art. 23, IX, CF), seja individualmente, caracterizando uma competência exclusiva (art. 30, V; art. 25, § 3º e art. 200, IV, CF).

No art. 23, IX, o Constituinte previu a possibilidade de ações conjunta dos três entes federativos, declarando “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Impende ressaltar que o enunciado normativo em questão “não se refere à titularidade do serviço, mas a possibilidade de uma ação de quaisquer dos entes estatais visando ao melhor resultado na matéria” (BARROSO, 2002, p. 36). Intenção do Constituinte ao estabelecer esta competência comum foi de assegurar a instauração de uma ação conjunta entre os diferentes entes federativos, de forma a obter uma satisfatória prestação do serviço, evitando assim uma superposição inútil e burocrática de competências, dada a essencialidade do serviço na manutenção da qualidade de vida dos cidadãos. Todavia, não é o que se verifica na realidade, caracterizada pela ausência de uma coordenação de ações, que acaba por confundir as atribuições dos respectivos entes, desembocando, assim, na omissão da prestação desses serviços. O que deveria ser a responsabilidade de cada esfera estatal acaba, quase sempre, configurando a irresponsabilidade de todas elas.

Aliada a essa competência comum, conferida aos três entes, cada um deles possui individualmente a competência para prestar o serviço de saneamento básico. No caso do município, a atribuição tem a sua base no art. 30, V, CF, segundo que compete aos entes locais “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Apesar de não se referir diretamente às questões de

saneamento básico, esse dispositivo acabou por abrangê-las, sendo inadmissível a omissão do administrador municipal nesta seara.

Ao tratar das atribuições do SUS, a Constituição remete à questão do saneamento básico, conforme o disposto no art. 200, IV, CF, *in verbis*: “Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) IV – participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico.”

1.5.3 Saneamento básico na Constituição Alagoana

A Constituição do Estado de Alagoas prevê uma ampla proteção ao meio ambiente dispondo em seu art. 12 que “compete ao Município dispor sobre todas as matérias pertinentes ao seu peculiar interesse e especialmente: (...) VI – desenvolver ações de proteção ao patrimônio histórico-cultural e ao meio ambiente (...); XI – legislar sobre os assuntos de interesse local”.

Em relação ao saneamento básico, enquadra-o enquanto um direito para o qual se deve adotar as medidas necessárias para sua concretização, assim dispõe o art. 187: “Constitui função social do Estado velar pela proteção e defesa da saúde a nível individual e coletivo, adotando as medidas necessárias para assegurar os seguintes direitos: I – condições dignas de trabalho, *saneamento*, moradia, alimentação, educação, transporte e lazer; II – respeito ao meio ambiente e controle da poluição ambiental” (destaque nosso).

Apesar de a Constituição Estadual encarar a prestação do serviço de saneamento básico como *dever* do Estado, a ser alcançado por esta unidade política imprescindível à concretização dos princípios fundamentais que norteiam a condução da administração e dos cidadãos, conforme observamos no art. 187, dirige, todavia, um tratamento abrangente à matéria, fazendo referência a atividades a serem praticadas sem, no entanto, defini-las. Isto acaba por acarretar um déficit na execução deste serviço, vez que tal previsão confere ao administrador a idéia de que pode atuar a seu alvedrio.

1.5.4 Saneamento básico na Lei Orgânica do Município de Maceió

Ao lado da União e dos Estados, os municípios brasileiros são detentores de legítimo poder estatal, sendo consideradas entidades autônomas, regidas por suas respectivas Leis Orgânicas, conforme preceitua o art. 29, *caput*, CF. O município é uma entidade territorial

dotada de autonomia, com participação nas decisões políticas, a fim de garantir o bom funcionamento da Administração Pública, exercendo papel fundamental na execução do serviço de saneamento básico, dada sua maior proximidade com os interesses locais. Em sua Lei Orgânica, o Município de Maceió faz menção expressa à necessidade de promoção e execução do serviço de saneamento básico, como bem preceitua o art. 7º, VI:

Compete ainda ao Município de Maceió, participativamente com a União Federal, o Estado de Alagoas e a comunidade: (...) VI-promover e executar programas de construção de moradias populares, observadas as condições de habitabilidade compatíveis com a dignidade humana, inclusive no que toca ao atendimento, aos núcleos residenciais, por serviços adequados de transportes coletivos e de *saneamento básico*. (Destaque nosso.)

Apesar de este ser o único dispositivo que trata especificamente da questão, a Lei Orgânica traça um amplo leque de diretrizes direcionadas à preservação ambiental e à questão da saúde pública, assuntos diretamente relacionados à prestação do serviço de saneamento, aumentando sobremaneira o tratamento da matéria. O que se verifica é que todas essas previsões normativas são editadas muito mais para legitimar o poder do que para serem efetivamente aplicadas no caso concreto.

2. Prestação do serviço de esgotamento sanitário no Município de Maceió

2.1. Considerações preliminares: a questão da *titularidade* dos serviços de saneamento básico

Antes de adentrar na análise fática da prestação do serviço de esgotamento sanitário no Município de Maceió, cumpre tecer algumas considerações preliminares. A nova Lei de Saneamento Básico (Lei federal n. 11.445/07), apesar de representar um avanço, é omissa no que diz respeito à questão da *titularidade* dos serviços de saneamento básico, isto é, se ela pertence aos municípios ou aos Estados.

Não se pode olvidar que os municípios são historicamente os titulares do serviço de saneamento básico, visto que desde a época imperial eram por eles executado, sem maior planejamento ou regulação (PORTO NETO, p. 73). Mesmo com essa previsão constitucional, grande parte dos municípios brasileiros, seja por

ausência de recursos ou por debilidade técnica para implantação ou manutenção do serviço, concedeu a prestação às companhias estaduais então criadas, trazendo a distorcida idéia de que o serviço não seria de sua competência.

Todavia, ainda que este serviço seja prestado por uma empresa estatal, remetendo-se ao interesse local, não há dúvida que sua execução compete ao município. Assim tem entendido grande parte da jurisprudência, que não raras vezes vem concluindo pela possibilidade de retomada dos serviços pelo ente local¹⁷. Quando o serviço de saneamento básico vem a ser prestado nos limites do município, a questão da titularidade não é posta em dúvida. A polêmica coloca-se em relação às Regiões Metropolitanas, onde o sistema de distribuição de esgotamento sanitário demanda a ação integrada de diversos municípios, conforme prevê o art. 25, § 3º, CF, que dispõe que os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões para integrar a *organização*, o *planejamento* e a *execução* de funções públicas de interesse comum.

Há autores que vêem uma substancial diferença da situação jurídica nessas regiões, alegando que o Estado passaria ser o titular do serviço, podendo os entes locais dele participar ou não. Outros entendem que os municípios metropolitanos, por um lado, não poderiam ser obrigados a participar da prestação dos serviços de interesse comum por órgãos do Estado, mas, por outro, também não teriam o direito de impedir a realização das respectivas medidas nos seus territórios. Apesar de que nesses casos que envolvem mais de um município há iniciativa tanto do ente federativo local quanto do regional, “não há que se falar em transferência da titularidade dos serviços, mas apenas na necessidade de implicar os demais entes, sem, contudo, excluir a titularidade municipal”.¹⁸

Os entes locais têm também o direito de prestar estes serviços através de *consórcios públicos* regionais, o que, sem dúvida, aumenta a

¹⁷ STF-Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 2340-3/Santa Catarina (liminar). Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio. Publ.: DJ 29.8.2003, PP-00017.

¹⁸ MUKAI, Toshio (coord.). Saneamento básico – Diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.50s.

influência das prefeituras e as possibilidades de uma prestação descentralizada neste setor, que sofreu, durante décadas, com o desempenho irregular de muitas empresas estatais de saneamento, as quais dificilmente têm respeitado os interesses específicos dos municípios. De qualquer forma, deve-se sempre considerar que as demandas neste setor são complexas, mutáveis e exigem soluções flexíveis na formulação das políticas públicas municipais e estaduais.¹⁹

O problema ainda não foi resolvido e alguns municípios, como Petrolina (PE), ingressaram em juízo²⁰ para retomar os serviços de saneamento básico em face da empresa concessionária estatal. A nova Lei de Saneamento Básico não adotou uma posição clara em relação à competência para prestação dos serviços, conforme se observa no seu art. 8º, o qual prevê a possibilidade dos titulares dos serviços públicos de saneamento básico delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, sem, no entanto, definir quem seria o titular²¹ do serviço.

O argumento utilizado para justificar esta omissão era que a questão da titularidade estava pendente no Supremo Tribunal Federal (STF),²² devendo por ele ser decidida. Sabe-se, no entanto, que o Legislativo e o Judiciário são Poderes independentes, e que não caberia

¹⁹ ALVES, Alaôr Caffé. Saneamento básico: concessões, permissões e convênios públicos. São Paulo: EDIPRO, 1998, p. 37s.

²⁰ STF, Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 26-1/Pernambuco. Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau. DJ 7-04-2006, p. 165-174. O STF concluiu pela possibilidade de retomada dos serviços pelo município, destacando que o “serviço público não pode ser retido pelo concessionário em benefício da situação de interesse privado”.

²¹ Assim dispõe o art. 8º: “Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº. 11.107, de 6 de abril de 2005.”

²² Diversos são os processos tramitando no STF que dizem respeito à disputa da titularidade dos serviços de saneamento básico pelos Estados e municípios, havendo ainda em tramitação uma ação direta de inconstitucionalidade n. 1842/RJ, que se encontra pendente. A referida ação tem por objeto a constitucionalidade de lei complementar que cria a região metropolitana do Rio de Janeiro e transfere para o Estado a titularidade dos serviços de saneamento.

ao primeiro omitir-se em função de uma decisão do Poder Judiciário que pode vir a tardar. De qualquer maneira, pode-se afirmar que existe, como regra, uma competência local para esta tarefa, que caracteriza, *prima facie*, um interesse local.²³

É de ressaltar também que não é permitida uma privatização dos serviços ligados ao saneamento ambiental, visto que se trata de serviços *públicos* vinculados a critérios constitucionais e legais indisponíveis, o que proíbe a sua caracterização como mera atividade econômica, sujeita apenas à *lógica do mercado* e da livre concorrência (cf. ALVES, p. 82ss.; também, SCHIRATO, p. 133).²⁴

Por consequência, é impossível o repasse da titularidade destes serviços para o setor privado, pois “a sua disciplina, controle e fiscalização ficam sempre sob a responsabilidade do Poder Público competente”, que apenas pode *outorgar* a terceiros o exercício das respectivas atividades executivas. O próprio STF entendeu que o serviço público de água e esgoto não representa uma “mera atividade econômica”, sujeita às regras de mercado, mas diferencia-se dela quanto ao modo de prestação, à supremacia sobre o interesse particular, à adequabilidade e universalidade da prestação, à continuidade e qualidade do serviço prestado, entre outros fatores.²⁵

2.2 Atuação da CASAL

Diversas são as possibilidades para a prestação do serviço público de saneamento básico, podendo seu titular delegar a organização, a regulação e a execução do serviço. Assim, as formas básicas de prestação são: a gestão *direta* (serviço é prestado pelo próprio titular, mediante um órgão ou entidade administrativa) e a gestão *indireta* (prestação por meio de concessões, permissões ou autorizações). A nova Lei federal de Saneamento Básico prevê, ainda, a possibilidade de uma gestão *associada* e a formação de consórcios públicos entre Estados e municípios.

²³ ALOCHIO, Luiz H. A. A problemática do enquadramento jurídico da remuneração dos serviços de saneamento básico (água e esgoto), Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, vol. 6, 2006, p. 49.

²⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. Revista de Direito Administrativo, n. 237, Rio de Janeiro: FGV, 2004.

²⁵ STA 26 – AgR/PE (Tribunal Pleno), Rel. Min. Nelson Jobim, j. 15.3.2006.

O Município de Maceió, por diversas razões, dentre elas não possuir uma estrutura para prestar o serviço de saneamento básico, que demanda altos investimentos, transferiu a prestação, mediante contrato de concessão, para a CASAL, cabendo a esta empresa a implantação, manutenção, e operação do sistema de esgotamento sanitário no Município.

A CASAL é uma sociedade de economia mista, criada em 1962 pela Lei n. 2.491, cuja finalidade essencial é a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água, remoção e tratamento de esgotos sanitários e o planejamento e o controle de poluição hídrica em todo o Estado de Alagoas (art. 4º). Neste sentido, também o Decreto estadual 33.439/89, que aprovou o regulamento de prestação de serviços da companhia, fixou dentre suas competências (art. 2º) a atuação na administração de serviços públicos de abastecimento de água e de coleta de esgoto, compreendendo a captação, tratamento, adução e distribuição de água, e, coleta, tratamento, e disposição final dos esgotos explorados.

Vale frisar, no entanto, que a CASAL vem operando de forma ociosa, enfrentando problemas de diversas ordens, trazendo com isso enormes prejuízos para a sociedade maceioense e alagoana em geral, haja vista que apenas uma pequena parcela (cerca de um quarto) da população é contemplada com o serviço de coleta de esgoto, significando um número ínfimo em face da relevância assumida pelo serviço nas sociedades modernas ao passo que sua efetiva prestação é imprescindível ao alcance de um meio ambiente equilibrado e um quadro de saúde pública satisfatório.

Considerando-se que a população do Município gira em torno de 825.000 habitantes,²⁶ pode-se concluir a grosso modo que apenas 223.000 habitantes tem acesso ao serviço, ao passo que 600.000 habitantes, em especial das classes sociais menos abastadas não são atendidos.

O fato de que uma parte da população tem acesso ao serviço, não implica necessariamente que essa parcela venha a utilizá-lo

²⁶ Dados obtidos dos resultados preliminares da contagem da População 2007 realizada pelo IBGE; disponível em: www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007. Acesso: set. 2007.

efetivamente, já que em algumas regiões, inclusive nas de classe mais baixa, o serviço está disponível, todavia, não vem a ser utilizado. Estes dados tornam-se mais dramáticos quando se considera que a existência de rede coletora de esgoto, por si só, não assegura o acesso ao serviço para a população mais pobre, já que esta não possui em suas residências as instalações sanitárias mínimas para se conectarem ao sistema, em virtude dos custos para fazer a ligação entre as fossas das residências, que geralmente ficam atrás das casas, e a tubulação da CASAL.

Analisando a área de cobertura do serviço, podemos constatar que apenas alguns bairros da parte baixa da capital é contemplada com obras de serviço de saneamento. Os dejetos e esgotos destes bairros são recolhidos e encaminhados para as redes coletoras e transportados por gravidade e declive até as estações elevatórias, até chegar ao emissário submarino, localizado na praia do Sobral. Desta forma, cerca de 90% do esgoto coletado tem como destino o emissário, os outros 10% correspondem à área do Benedito Bentes que possui lagoas de estabilização.

Impende ressaltar ainda que o emissário submarino de Maceió, construído em 1986, é um sistema que demanda altos custos na sua operação e manutenção. Como atualmente ele é o destinatário final de quase todo o esgoto coletado, os dejetos têm que percorrer um longo caminho; para que toda a cidade fosse coberta pelo serviço, far-se-iam necessários altos investimentos, uma vez que seria preciso implantar várias estações elevatórias.

Tendo em vista os custos elevados, outras cidades, a exemplo de Recife, abandonaram esse sistema e passaram a utilizar o sistema de *microbacias* urbanas que reduz o custo de obra e operacional, já que divide a cidade em microrregiões onde os esgotos já são coletados e tratados, não havendo necessidade de percorrer um longo caminho para chegar a um único destino. O que se observa é que, não obstante à essencialidade do serviço de esgotamento sanitário, a CASAL vem prestando-o de forma precária, mantendo-o muito aquém das necessidades atuais. Há uma ausência da manutenção do sistema de esgotamento, assim como de novos investimentos na expansão da rede coletora, tendo em vista que o emissário submarino opera com apenas 20% de sua capacidade projetada. No entanto, o sistema do emissário

necessitaria um elevado volume de recursos para a recuperação de sua capacidade máxima.

Assim, a própria CASAL é a responsável por grande parte das “línguas negras” existentes nas orlas de Maceió, por jogar esgotos *in natura* nas redes de águas pluviais, que deságuam diretamente nas praias, o que explica os elevados índices de coliformes fecais encontrados nas amostras coletadas pelo IMA²⁷ nos trechos que vão desde o Pontal da Barra até Garça Torta. Essa situação traz imensuráveis danos à população que convive com irregularidades cometidas pela própria concessionária responsável pela prestação do serviço.²⁸

A companhia tenta se eximir da responsabilidade afirmando que apenas seria responsável pelas áreas cobertas pelo serviço e que as demais estariam excluídas da sua seara, justificando, ainda, essa omissão com a ausência de recursos.

Ao lado desse desempenho deficiente da CASAL, que ora atua de forma ociosa, ora comete infrações ambientais, sancionáveis pelas normas ambientais federais, estaduais e do próprio Município, os administrados presenciam ainda a inexistência de fiscalização pelos órgãos competentes: a SEMPMA (Secretaria Municipal de Proteção ao Meio Ambiente), o IMA (Instituto do Meio Ambiente) e o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis).

2.3. Atuação dos órgãos ambientais no Município

2.3.1. Atuação da SEMPMA

O Código do Meio Ambiente de Maceió (4.548/96), no que se refere ao controle da poluição e à matéria do esgotamento sanitário, atribui à SEMPMA a fiscalização para o cumprimento de suas normas, cabendo a ela, ainda, aplicar a legislação federal e estadual quando necessário à proteção ambiental (art. 21). Quando o ente local encontra-

²⁷ Informações obtidas no relatório do IMA (maio/2007), disponível em: www.ima.al.gov.br/servicos/servicos/resultados-das-analises. Acesso: jul. 2007.

²⁸ A CASAL já foi autuada pela SEMPMA por lançar esgotos *in natura* nas redes pluviais, conforme se constata no relatório de fiscalização da SEMPMA, n. 560/2006.

se diretamente interessado em determinado aspecto ambiental alheio a sua regulação legislativa e o órgão competente não atua, cabe a ele ainda atuar em defesa de seus interesses.²⁹

Estabelece o Código, em seu art. 108, como dever da SEMPMA, no que se refere às águas e esgotos domésticos, a realização periódica de análise da água da rede de distribuição do Município, cabendo-lhe conferir autorização para a abertura de poços artesianos (art. 109) e a aprovação do processo prévio de tratamento de esgotos a serem lançados nas localidades onde não houver rede pública de esgotamento (art. 110).

Determina, ainda, como função desta Secretaria a proteção da zona costeira e da rede de recursos hídricos municipais, proibindo taxativamente o lançamento de esgotos (art. 113: “É proibido o lançamento de esgoto, mesmo tratado, nas praias ou nas redes de águas pluviais”). Ademais, o Código configura como ilícito ambiental atos relativo ao tratamento de esgotos ou outros resíduos poluentes: segundo o art. 178, XX, constitui infração “efetuar despejo de esgotos ou outros resíduos poluentes na rede de coleta de águas pluviais”, constando como pena a multa de 20 a 200 Unidades Fiscais de Referência do Município.

Verifica-se a relevância que o Código confere a SEMPMA no que se refere à concretização das normas por ele veiculadas, sendo a Secretaria considerada o órgão encarregado de coordenar e executar a Política Ambiental do Município de Maceió. Essa previsão é correta, pois, em um país de porte continental como o Brasil, uma fiscalização descentralizada das normas ambientais por parte dos entes locais promete resultados bem melhores, uma vez que eles conseguem constatar mais facilmente as necessidades concretas da população para melhor atendê-las. Ademais, as ações da prefeitura podem ser submetidas a um maior controle por parte da população.³⁰

Todavia, este maior controle esperado não corresponde à realidade constatada em Maceió, vez que diversas são as dificuldades

²⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 368.

³⁰ KRELL, Andreas J. *Condições jurídicas e administrativas da municipalização da proteção ambiental: O Projeto Costa Dourada*. Direitos & Deveres. Maceió, n.º 6, p. 9-51, 2000. p. 18.

estruturais enfrentadas pela SEMPMA, caracterizada por um despreparo técnico de pessoal e do próprio órgão para lidar especificamente com a questão do saneamento básico. Verifica-se que as ações, no sentido de cumprir estas normas ambientais, têm sido tímidas, assim como as rígidas sanções previstas no Código do Meio Ambiente, em diversas situações, não são aplicadas.

Poucas providências são tomadas pela SEMPMA em relação ao saneamento básico; uma delas é o Projeto Mar Aberto, iniciado em 2006, que é uma operação destinada a detectar as ligações clandestinas de esgotos a fim de combater o lançamento destes nas praias.

Nesse projeto atuaram em conjunto a SEMPMA, a SOMURB (Superintendência Municipal de Obras e Urbanização) e a SETURMA (Secretaria Municipal de Promoção ao Turismo de Maceió), com uma equipe de fiscais que efetuou notificações e autuações das diversas irregularidades encontradas, bem como acompanhou as providências para solução dos casos de poluição detectadas. Ainda que se queira ampliar a ação para outros locais da cidade, esta restaria inoperante na área periférica (ex.: margens da Lagoa Mundaú), uma vez que a população que reside lá, devido ao baixo poder aquisitivo, não tem como implantar um sistema de fossa, nem tampouco pagar as multas que por ventura fossem aplicadas. No decorrer do projeto foram encontrados mais de 300 pontos de ligações clandestinas, onde a SEMPMA realizou a notificação, autuação e aplicação de multas; muitas dessas não foram pagas, já que muitas foram revistas em grau de recurso administrativo, quase não havendo recursos arrecadados.

Em agosto de 2006, constataram-se inúmeras irregularidades perpetradas pela própria CASAL, como ligações entre poços de visitas e bocas de lobo das galerias de águas pluviais, instalação de bombas submersas que jogam os dejetos das galerias de esgotos para as de águas pluviais e vazamento de rede de esgotos que está sendo lançada diretamente na rede das águas pluviais. Constatadas essas irregularidades, a concessionária dos serviços de saneamento, a fim de se eximir das responsabilidades cabíveis, alegou em todas as situações *caso fortuito e força maior*, acrescentando a impossibilidade de conduta

diversa diante da ausência de investimentos no setor; quando muito, ela ficou obrigada a pagar multas singelas.³¹

Neste contexto, cabe indagar até que ponto estas multas impostas à CASAL vem a solucionar o problema, fazendo-se necessário, portanto, rever esta forma de punição, a qual não é suficiente para a reparação do dano ambiental, já que, como se sabe, a insuficiência ou a falta de saneamento constitui uma das maiores fontes de poluição do ambiente. A legislação prevê a reparação ou substituição do bem ambiental lesado e a indenização pecuniária, que funcionam como uma compensação ecológica. Portanto, inicialmente, deve-se buscar a recuperação do bem lesado, ou seja, deve-se impor à CASAL que proceda a correção imediata das irregularidades por ela cometidas, a fim de se tentar reverter a situação.

A partir do momento em que houver a efetiva cobrança pelos órgãos de fiscalização e pela própria população e, conseqüentemente, a responsabilização da CASAL pelas infrações cometidas e pela deficiência do serviço prestado, esta será compelida a se adequar aos padrões exigidos e de forma gradativa passaria a prestar o serviço de forma mais satisfatória.

2.3.2 Atuação do IMA e do IBAMA

Outro órgão de extrema relevância na preservação ambiental e, conseqüentemente, no trato da questão do saneamento básico, é o IMA, autarquia estadual instituída através da Lei n. 4.986/88, cuja finalidade é a execução da Política Ambiental do Estado de Alagoas. No art. 4º da lei de criação do IMA vêm detalhadas todas as suas atribuições; dentre elas, cabe ao Instituto acompanhar as transformações do meio ambiente, identificando e corrigindo as ocorrências que possam modificar os padrões adequados à manutenção da saúde, da segurança e do bem-estar da população; efetuar fiscalização, inspeção, vistorias e avaliações em estabelecimentos públicos ou particulares, cujas atividades possam causar poluição ou degradação do meio ambiente, bem como aplicar

³¹ Como exemplo, as multas aplicadas a CASAL quando constatadas irregularidades no lançamento de dejetos diretamente no Riacho Salgadinho, que não passam de uma quantia simbólica, conforme verificado no auto de multa lavrado pela SEMPMA nº180/06, sendo ainda revistas em grau de recursos administrativo.

penalidades aos infratores da legislação ambiental, vigente no Estado sem exclusão daquela cuja aplicação compete a outros órgãos.

Impende ressaltar que não cabe ao IMA aplicar a legislação municipal em qualquer situação. Caso isto fosse permitido, acarretaria um esvaziamento da competência do Município, significando uma violação ao princípio da autonomia municipal estabelecida no art. 30 CF. O que se torna possível é um controle ecológico supletivo, nos casos em que o órgão legalmente competente se omita na devida atuação. Portanto, no caso de omissão da SEMPMA para fazer cumprir as disposições no Código Municipal do Meio Ambiente referentes ao saneamento básico,³² pode o IMA atuar supletivamente, fazendo cumprir as normas sem que isso se configure um esvaziamento da competência da Secretaria Municipal.

Todavia, no caso concreto, ocorrendo omissão dos órgãos da Prefeitura o que se constata é não há essa atuação supletiva do IMA, o qual, assim como a SEMPMA, vêm exercendo suas atividades funcionais de forma precária, no tocante ao saneamento básico em virtude da ausência de recursos e de técnicos para desenvolvê-las. Percebe-se a negligência com que a questão de esgotamento sanitário é tratada pelos órgãos de fiscalização e pela própria população que não cobra uma efetiva atuação na área. Ademais, é de frisar que grande parte das atuações destes órgãos é subordinada a interesses políticos,³³ eximindo-se o Instituto, em vários casos, de tomar as medidas para que cessem essas violações ao meio ambiente.

Ao IBAMA, por sua vez, enquanto autarquia federal criada através da Lei n. 7.735/89, cabe, nos moldes do Decreto 78, de 5.4.1991, recuperar áreas degradadas; incentivar pesquisas; fazer cumprir a legislação para a consecução dos objetivos da Política Nacional de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e

³² Um exemplo é a aplicação de multa no caso de lançamento de esgotos na rede de coleta de água.

³³ Como exemplo dessa dependência sirvam os exemplos da aprovação de licenças ambientais para a construção de um canal na APA da Ilha de Santa Rita em favor de um projeto imobiliário de grande porte (obra barrada pela Justiça Federal) e de prédios de quase 20 andares na beira-mar da praia de Guaxuma, litoral-norte de Maceió, apesar de flagrante violação da legislação urbanística e ambiental federal, estadual e municipal.

prestar assistência técnica aos órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, atuando supletivamente; fazer cumprir a legislação federal sobre meio ambiente e promover a fiscalização das atividades de exploração da flora e fauna silvestres e dos recursos hídricos, entre outras atividades.

No que se refere ao esgotamento sanitário, ou seja, à fiscalização de sua prestação e o controle de aplicação das normas e padrões de qualidade ambiental referentes ao tema, por se tratar de assunto de interesse local, deve o IBAMA atuar supletivamente, na hipótese de ser constatada a ausência de atuação tanto da SEMPMA quanto do IMA, conforme previsto no art. 11, § 1º da Lei n. 6.938/81. Entretanto, a atribuição destas competências suplementares, conferidas tanto ao IMA, quanto ao IBAMA, restam inoperantes. Os órgãos ambientais federal e estadual não atuam supletivamente diante da ausência dos órgãos de nível local, verificando-se a falta de uma integração e articulação entre as próprias Secretarias e os diferentes órgãos de proteção ambiental.

2.4 Política Municipal de Saneamento Básico (Lei n. 5.239/02)

Devido à relevância do saneamento básico em relação à preservação da qualidade ambiental e do quadro de saúde pública cabe ao Município, no exercício de suas competências legislativas, elaborar um Plano Municipal de Saneamento voltado para a realidade e às exigências locais (SANTOS, 2001, p. 167).

Atentando para esta necessidade, foi promulgada em Maceió a Lei n. 5.239, de 2002, que dispõe sobre a Política Municipal de Saneamento Básico, trazendo diversas diretrizes sobre a questão sanitária. Ela determina onde prioritariamente serão aplicados os recursos, objetivando a universalização dos serviços de água e saneamento, prevendo ainda uma participação relevante da população através de entidades representativas como a Conferência Municipal do Saneamento (COMUS), que tem como objetivo definir os campos de investimento no setor, e o Conselho Municipal de Saneamento (CMSB), que é um órgão colegiado, deliberativo, ao qual compete formular e definir as estratégias e prioridades na área de saneamento ambiental.

Não há uma efetiva aplicação desta lei. Grande parte da população não a conhece e não há a participação prevista. Por outro lado, houve diversas dificuldades na sua regulamentação e execução,

como o crescimento demográfico, a degradação ambiental, uma indefinição e descontinuidade política e o baixo índice cultural das comunidades carentes que dificulta a assimilação da educação sanitária. Todos esses fatores somados com o próprio desinteresse político acabam por prejudicar as ações neste sentido, assim como a aplicação da lei. O maior problema é, portanto, a debilidade das condições fáticas de concretização destas previsões normativas, ou seja, a aplicabilidade das normas no meio social.³⁴

A falta de aparelhamento e estruturação dos órgãos administrativos dificulta sobremaneira a aplicação das normas, o que leva à impressão de que as leis são criadas mais para legitimar o sistema político, demonstrando uma “boa vontade” de atuação do que para serem efetivamente aplicadas no caso concreto, fazendo-se necessário analisar sua eficácia social e não somente a jurídica, já que o problema se encontra na aplicação das normas (KRELL, 2004, p. 90). Não obstante a legislação específica do Município sobre saneamento básico já existir há cerca de sete anos (2002), poucos a conhecem, verificando-se ausência de um interesse tanto da população, quanto da própria administração em divulgá-la, não havendo notícias de sua regulamentação até a presente data.³⁵

2.5 A Lei federal 11.445/07 e suas inovações no setor de saneamento básico

Nesse ponto, torna-se necessário delinear sucintamente os contornos trazidos pela recente Lei federal n. 11.445/07 (Lei Federal de Saneamento Básico), a fim de se aferir de que forma ela poderá influir na prestação do serviço em tela no Estado de Alagoas, mais especificamente na sua capital. A Lei traça diretrizes gerais, de âmbito nacional, deixando para os Estados e municípios definir suas próprias políticas conforme suas peculiaridades e necessidades, vez que face à dimensão do país não teria como a lei federal pormenorizar as políticas públicas de cada ente.³⁶ Ela é explícita a respeito da obrigatoriedade de

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.82ss.

³⁵ Consta do *site* da Prefeitura de Maceió (www.maceio.al.gov.br) apenas a realização de reuniões para elaboração do Plano de Saneamento “Componente Resíduos Sólidos”, em fev. 2008.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer à consulta do Projeto de Lei nº. 5296/2005. Série Saneamento para todos. Curitiba. Publicação 1, maio/2005, p.224.

planejamento e fixação de metas (art. 9º, I), reforçando os deveres dos entes federativos em relação à prestação adequada dos serviços públicos de saneamento.

Outro aspecto importante trazido pela Lei 11.445 é a expressa menção da possibilidade de uma cooperação intermunicipal e de uma *gestão associada* na prestação do serviço, tendo em vista as dimensões dos investimentos necessários à operacionalização do sistema. Estas previsões, contudo, não apresentarem um cunho compulsório, na medida em que nenhum município pode ser obrigado a realizar uma gestão associada por convênio ou consórcio, tendo em vista a própria autonomia destas entidades políticas.

É uma oferta para que o Poder Público utilize este instrumento na base voluntária, para melhor prestação do serviço. Para viabilizar juridicamente essa gestão associada em todas as áreas da Administração Pública, foi promulgada, em 2005, a Lei de Consórcios Públicos (n. 11.107), que regulamentou a formação dos consórcios, investindo-os inclusive de personalidade jurídica própria.

Outra inovação trazida pela Lei 11.445/07 é a exigência de transparência e publicidade na prestação dos serviços de saneamento básico, que são postos como princípios norteadores e se referem a todos os atos de regulação e fiscalização dos serviços e aos direitos e deveres dos usuários (art. 2º, IX e X). A inexistência de transparência é um entrave para a prestação efetiva de qualquer serviço público, e no caso do saneamento sempre gerou conflitos entre as concessionárias e o Poder Público, que, sem receber as informações devidas, não tem como avaliar a aplicação dos recursos investidos no setor, nem analisar as áreas prioritárias na execução do serviço (cf. JUSTEN FILHO, p. 234ss.). Apesar da obrigatoriedade, não é estabelecido prazo para que as concessionárias estaduais adaptem os seus sistemas contábeis, sendo possível que se ignore simplesmente a exigência, caso não haja uma efetiva cobrança.

Ademais a Lei prevê, ainda que de forma tímida, uma participação popular, ficando a redação final do texto muito atrás do previsto no respectivo projeto de lei. De qualquer forma, foram abertos espaços para o fomento de um debate público, trazendo, com isso, vantagens para que haja uma maior cobrança. Ela também proporciona uma maior segurança jurídica ao estabelecer as formas de contratação,

exigindo na hipótese de execução de serviço ser delegada para entidade que não integre a administração do titular, a celebração de um contrato, sendo vedado o uso de outros instrumentos precários, como os convênios e os acordos e com isso a delegação de “fato”, como muito já ocorreu no País (JUSTEN FILHO, p. 238-239).

A Lei ainda estabelece ainda regras que disciplinam importantes questões como regime tarifário, contratos de programa, subsídios, o tipo de remuneração dos prestadores do serviço, proibindo alterações e rescisões administrativas unilaterais atraindo, desta forma, investimentos no setor. Atentando-se para estas inovações, percebe-se a visão de cunho “contratualista” trazida por ela, uma vez que cria possibilidades de investimentos futuros .

Esta tendência é confirmada pela resistência à criação do SISNASA (Sistema Nacional de Saneamento), previsto ainda no projeto de lei n. 5.296/05, que foi encaminhado pelo Ministério das Cidades. Neste projeto criava-se o SISNASA como o objetivo de executar as ações da Política Nacional do Saneamento Básico, sendo a adesão a esse sistema (e conseqüentemente o cumprimento de suas normas) condição para que o ente viesse a receber transferências voluntárias da União, assim como celebrar contratos na área (PORTO NETO, p. 89). Em virtude do receio de se impedir investimentos estrangeiros com a instituição dos órgãos do SISNASA, que possuiriam caráter deliberativo, estas previsões foram “suavizadas”, estabelecendo o art. 47 apenas a possibilidade de criação de órgãos consultivos, não mais a obrigatoriedade dos referidos órgãos deliberativos, a fim de evitar um maior controle desses órgãos.

Ademais, a Lei atribui papel de destaque a temas como o planejamento e regulação do setor, indispensáveis para investimentos a longo prazo. Coloca ainda o tema da financiabilidade do saneamento na pauta de discussões, ensejando ações concretas como a inclusão do setor como um dos principais objetivos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), trazendo possibilidades de investimento no setor de saneamento básico do Estado, fazendo-se necessário, entretanto, que estes recursos sejam acompanhados pelo controle de resultados e metas de universalização (PORTO NETO, p. 91).

A Lei federal estabelece ainda a obrigatoriedade de existência de um ente responsável pela fiscalização e regulação, que terá

independência decisória, autonomia administrativa, financeira e orçamentária, devendo atuar dentro dos respectivos limites. Não obstante estas previsões, a Lei não define com clareza a função de fiscalização das agências regulatórias, assim como não estabelece o período de transição para a adaptação a todas as inovações trazidas por ela.³⁷ Desta forma, torna-se imprescindível que as autoridades municipais sejam devidamente orientadas e capacitadas a fim de se implementar esses novos modelos de prestação do serviço.

Verifica-se, portanto, que a nova Lei de Saneamento Básico busca uma verdadeira associação entre os diferentes níveis na administração do serviço, sem a qual ela não ganhará eficácia. Não podemos olvidar que a Lei não vai ser capaz de sozinha resolver os problemas de saneamento básico enfrentado pelos municípios brasileiros, visto que a situação precária é resultado de décadas de negligência com o serviço. Todavia, é um primeiro passo para a estruturação do setor.

O saneamento básico não deve ser utilizado como uma ferramenta política e ideológica. Deve ser voltado para a sociedade através da compreensão de suas demandas e da educação para o exercício da cidadania, haja vista que o desenvolvimento econômico e social do País depende da efetivação das políticas públicas adequadas em prol do saneamento básico. Também os direitos fundamentais à vida, à saúde, à habitação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado protegidos constitucionalmente requerem ações estatais eficazes neste sentido (JUSTEN FILHO, p. 207).

3. Controle judicial de omissões administrativas na área do saneamento ambiental

3.1 Considerações preliminares

Exposta a realidade político-social da prestação do serviço de saneamento básico (esgoto doméstico) enfrentada pelo Município de Maceió, deve ser analisada a atitude do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário diante das relatadas omissões. Sabe-se que a CASAL, além de prestar deficientemente o serviço, continua permitindo e

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer à consulta do Projeto de Lei nº. 5296/2005. Série Saneamento para todos. São Paulo. Publicação 1, abril/2005, p.106.

efetuando o lançamento de efluentes e esgotos nos rios e praias sem qualquer tipo de tratamento, surgindo a questão da superação da inércia da Administração Pública por via jurisdicional. Além disso, a companhia estadual tem autorizado com frequência ligações de esgotos escondidas na rede pluvial do Município, sob o argumento que a sua própria tubulação estava desgastada.³⁸

Cabe indagar sobre a possibilidade do Poder Judiciário impor à Administração Pública o cumprimento da obrigação de fazer consistente na implantação de um sistema de esgotamento sanitário a nível satisfatório que venha a atender ao postulado da universalização do serviço, como propõem formalmente as Políticas Municipais do Meio Ambiente e do Saneamento, assim como a Lei federal n. 11.445/07.

Não obstante parte da doutrina já defender um maior controle do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, grande parte da jurisprudência ainda não admite que a Administração possa ser compelida pelos tribunais ao cumprimento de determinadas medidas de saneamento ambiental.³⁹ Em Alagoas, a atuação do Poder Judiciário na seara ambiental não é distinta. Entretanto, a questão de saneamento básico não se configura apenas enquanto um problema econômico-social, como também um problema de cunho jurídico, já que diz respeito a deveres impostos constitucionalmente à Administração Pública.

O Ministério Público estadual se exime do seu dever de garantir a defesa dos interesses coletivos, encarando o problema da poluição sanitária com certo conformismo, alicerçado através da ultrapassada justificativa da impossibilidade de compelir o Poder Público, uma vez que ele não dispõe dos recursos necessários para implementar políticas aptas à prestação do serviço de saneamento básico. Mesmo diante de todas as consequências causadas em virtude da ausência da coleta e do tratamento de esgotos no Município de Maceió, até o ano de 2007, não se tinha registro de ações civis públicas intentadas pelo Ministério

³⁸ Assessoria da Procuradoria da República em Alagoas. MPF/AL obtém liminar em ação contra companhia de saneamento. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/meio-ambiente-e-partimonio-cultural/>. Acesso: dez. 2007.

³⁹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública e reparação do dano ao meio ambiente. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 397ss.

Público estadual neste sentido. No que se refere à temática do saneamento básico, ainda não há no Estado nenhuma construção jurisprudencial neste sentido.

Em setembro de 2006, o Ministério Público Federal (MPF), ajuizou ação civil pública⁴⁰ contra a CASAL, com o escopo de cessar a poluição causada pelo lançamento de esgotos *in natura* na orla marítima de Maceió, bem como no riacho Reginaldo (o “Salgadinho”), assim como recuperar o sistema de esgotamento sanitário danificado em razão da ausência de manutenção e recuperação da rede de esgotos na cidade. A decisão liminar proibiu fazer qualquer ligação de rede de esgotos em rede pluvial, cursos d’água, praias ou mar territorial na cidade de Maceió, além de estipular um prazo até março de 2007 para que a CASAL apresente um projeto de aplicação de um desvio de fluxo de água (*bypass*) em pontos críticos da rede de esgotos da capital, para evitar danos ao meio ambiente.

Poucos meses depois, em maio de 2007, o MPF em Alagoas ajuizou outra ação civil pública, dotada de características semelhantes, esta vez contra o município vizinho de Maceió, Marechal Deodoro, para coibir a poluição da famosa *Praia do Francês* causada por lançamento de esgoto doméstico.⁴¹

3.2 Separação dos Poderes e controle judicial da discricionariedade administrativa

Poucos questionam a necessidade de uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário, de modo a influir diretamente na adoção e realização de políticas públicas de saneamento. O juiz, atualmente, não pode mais ser visto como um simples “aplicador do Direito”. Seu papel mudou para ser um verdadeiro agente que interfere nas políticas públicas. Exige-se, desta forma, que ele tenha como objetivo maior a efetivação da Constituição e dos valores e objetivos por ela traçados para o Estado Social e Democrático de Direito.⁴² Ademais, quando se fala em controle das políticas públicas por “intermédio” do Judiciário não significa que

⁴⁰ Ação Civil Pública n. 2006.80.00.006366-2, que tramita na 1º Vara da Justiça Federal de Alagoas.

⁴¹ Ação Civil Pública nº. 2007.80.00.002314-2, que tramita na 2º Vara da Justiça Federal de Alagoas.

⁴² GOMES, Luís Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 283.

seja propriamente o juiz, ou o Judiciário que realizará o controle, mas sim a sociedade como um todo representada pelos cidadãos, ou por entes representativos dos seus interesses. Diante destas formulações, pode-se afirmar que o Judiciário é um meio de que a sociedade se vale para o controle da Administração Pública na esfera ambiental (MIRRA, p. 135-140).

Todavia, muitos juízes ainda se recusam a condenar o Poder Público a tomar determinadas medidas de proteção ambiental e, para tanto, diversos são os argumentos utilizados para justificar essa inação, dentre eles, a teoria da separação dos poderes, alegando tal atitude entraria em choque com o sistema da separação dos poderes estabelecido na nossa Carta Magna, a impossibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, já que envolve o mérito administrativo e, ainda, a questão orçamentária, invocando a teoria da “reserva do possível”.

Esses argumentos não podem ser considerados enquanto justificativas plausíveis, haja vista esse entendimento encontra-se superado, sendo constatadas decisões recentes em alguns Estados brasileiros e no próprio STF, neste sentido, onde órgãos do Poder Público foram condenados a realizar determinadas políticas públicas.⁴³ A partir do momento em que se consagrou na Constituição o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) como bem de uso comum do povo e o direito a promoção e recuperação da saúde pública (art. 196), não se pode mais conceber que decisões sejam tomadas pelo Poder Executivo em desconformidade com essas premissas.⁴⁴

A própria teoria da separação dos poderes não pode ser aplicada de forma contrária aos objetivos para os quais foi criada, ou seja, não pode vir a impedir a limitação do poder em favor das liberdades

⁴³ Assim: STF – Rest. 410.715-5 – SP, Rel. Min. Celso de Mello – DJU. 3.2.2006, a qual manteve a sentença do juiz de 1º grau que condenou o Município a realizar políticas públicas referentes a educação infantil a fim de garantir a educação básica assegurada no art. 211, § 2º da CF; o Município de Torres (RS) condenado a implantar o sistema de tratamento de esgoto (5º Vara Federal de Porto Alegre - autos nº. 96.0003092, Juiz Cândido Leal Jr. -5.01.001); outras decisões vide MIRRA, 2004, p. 402ss.

⁴⁴ ALONSO JÚNIOR, Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: RT, 2006, p.117ss.

individuais, impossibilitando a intervenção do Judiciário de modo que este fique impedido de cobrar a efetivação dessas políticas públicas. Este princípio deve ser submetido a uma nova interpretação, a uma adequação, de forma a atingir seu objetivo, ou seja, coibir o arbítrio estatal.⁴⁵

Portanto, não obstante a prerrogativa de formular e executar políticas de saneamento básico resida, primariamente, no âmbito de atuação dos poderes Legislativo e Executivo, revela-se possível ao Poder Judiciário determinar, excepcionalmente, as hipóteses dessas políticas públicas definidas pela própria Constituição, de forma a implementá-las, já que esta omissão importa em descumprimento dos encargos político-jurídicos, comprometendo assim a eficácia e a integridade dos direitos à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, já existem várias decisões do Judiciário brasileiro, que condenam entes públicos para tomarem medidas ativas de saneamento básico e ambiental (*vide* KRELL, 2004, p. 81ss.).

A partir do momento que se reconheceu na Constituição Federal o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a um quadro de saúde pública estável, não se pode mais tolerar atuações da Administração Pública que entre em choque com essas garantias. A ação civil pública assume um papel fundamental nessa implementação, visto que é o instrumento primordial para garantir o equilíbrio entre os poderes.

Também não há como alegar a discricionariedade do Administrador para realização dessas políticas públicas, já que não cabe invocar a oportunidade e conveniência na realização de obras que defendam o meio ambiente e garantam a saúde pública da população..⁴⁶ Essas obras devem ser prioridade e tratadas com seriedade pelo Poder Público, sob pena de serem frustrados direitos fundamentais de tamanha relevância. Assim tem-se posicionado a Suprema Corte, consoante a qual as regras inscritas na Carta Magna não podem “converter-se em promessa inconstitucional, inconseqüente, sob pena de o Poder Público,

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 325ss.

⁴⁶ BECHARA, Érika. Tratamento de esgoto doméstico pelo Poder Público: discricionariedade ou vinculação? In: Direito, água e vida – vol. I. São Paulo: Instituto O Direito por um planeta Verde, 2003, p. 513-527; p. 518ss.

fraudando justas expectativas nele depositadas, substituir de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever”.⁴⁷

Quando se refere à concretização do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88) e à promoção de políticas públicas que garantam o direito a saúde pública (de forma que atenda os padrões ambientais exigidos art. 196 CF, a discricionariedade é *reduzida a zero*, “visto que as próprias normas legais constitucionais estabelecem, de forma expressa, os deveres de implementação das respectivas políticas públicas, cabendo ao Judiciário corrigir as omissões de outros poderes estatais” (KRELL, 2004, p. 136).

3.3 A questão orçamentária

Por último, cabe ainda discorrer acerca de outro entrave posto por grande parte da jurisprudência como um meio de impedir o controle das políticas públicas pelo Judiciário, que é a questão orçamentária, ou seja, da existência de orçamento disponível a possibilitar a prestação do serviço posto em discussão. Muitos autores, equivocadamente, defendem que não é possível um controle das políticas públicas de saneamento básico por parte do Judiciário tendo em vista que a prestação deste serviço demanda recursos, os quais muitas vezes restam ausentes nos cofres públicos diante da realidade econômica enfrentada por grande parte da Administração Pública do País.

É inquestionável que a implementação das políticas públicas necessárias para a prestação do serviço de coleta e tratamento de esgoto exige custos para a Administração, isto, evidentemente, não pode ser ignorado, tampouco, pode ser utilizado como excludente da obrigatoriedade do Poder Público de prestar este serviço, dada a relevância assumida por ele nas sociedades modernas.

A efetivação de direitos fundamentais não pode ficar subordinada à existência de orçamento; caso isto fosse permitido, a concretização de qualquer direito fundamental (seja de primeira, segunda ou terceira geração/dimensão) ficaria condicionada à existência de disponibilidade orçamentária, já que ao contrário do que

⁴⁷ STF - RE 393.175-RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 1.2.2006.

muito se difunde, tanto os direitos negativos, aqueles que exigem um abstenção do Estado, quanto os positivos, aqueles que exigem uma atuação estatal, dependem necessariamente de recursos.

Diante dessa perspectiva, com objetivo de evitar qualquer tipo de cobrança na efetivação destes direitos, e assim se eximir da responsabilidade da prestação satisfatória do serviço de esgotamento sanitário, o Poder Público tem se utilizado do argumento da indisponibilidade financeira invocando a teoria da “reserva do possível”, a qual parte do pressuposto de que os direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho social, dependem para sua implementação de recursos orçamentários disponíveis.⁴⁸

Esta teoria surgiu na Alemanha em um contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade brasileira. Enquanto naquele país o padrão de bem-estar social já atingiu níveis bastante consideráveis, o Brasil ainda é caracterizado pelas extraordinárias desigualdades sociais. Assim, em um país como o Brasil onde nem mesmo os direitos mais essenciais foram concretizados, onde a luta pela assistência nas áreas da educação, saúde e saneamento básico ainda persiste, a teoria da reserva do possível não pode ser importada sem fortes ressalvas.⁴⁹

Desta forma, a teoria da “reserva do possível” não pode ser utilizada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações, sob pena de mutilação dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. A ausência de recursos não pode servir como justificativa para a não prestação do serviço de esgotamento sanitário, se não há recursos, torna-se imprescindível um melhor direcionamento do orçamento a fim de garantir as condições mínimas de existência da sociedade. O Município de Maceió efetua gastos elevados com propaganda política, com obras desnecessárias, que por possuírem maior visibilidade política são tratadas com prioridade na destinação dos recursos públicos.

⁴⁸ SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (orgs.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁹ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 51ss.

É justificado um controle das políticas públicas por parte do Judiciário nos casos em que realmente for constatado que a empresa concessionária não estaria prestando o serviço de forma satisfatória, deixando mais do que dois terços da população sem o serviço do esgotamento sanitário, por pretensa indisponibilidade financeira. Contudo, se restasse comprovado a existência de projetos e estudos devidos, para que em um prazo razoável houvesse adequação dos serviços, não seria necessário um controle judicial neste sentido, pois não se estaria diante de uma flagrante omissão.

4. Conclusão

Os problemas decorrentes da ausência ou da precária prestação do serviço de saneamento básico, principalmente do serviço de coleta e tratamento de esgotos, são uma realidade no Município de Maceió. Tais problemas, em virtude de sua íntima relação com as temáticas do meio ambiente e da saúde pública, constituem-se em sérios casos de degradação ambiental, além de ocasionarem um quadro de crise no âmbito da saúde pública municipal.

Apesar da grande quantidade de textos legais que, no mundo do dever-ser normativo, resguardam o meio ambiente e garantem o acesso à saúde, a falta de efetividade normativa caracteriza um estado de inadequação entre as normas de Direito material e a realidade social. Este *déficit* de execução legal é decorrência direta da falta de vontade política da Administração que, em virtude dos altos custos e da baixa visibilidade política destas obras, acaba por relegá-las em detrimento da realização de outros projetos.

A ausência de políticas públicas efetivas de concretização destas leis mediante a realização de obras que visem à implantação de um sistema de esgotamento sanitário adequado constitui-se em latente violação aos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde, de modo que deve o Poder Público encarar a prestação deste serviço como uma prioridade de governo, cabendo ainda ao Ministério Público e ao Judiciário a intervenção nos casos em que não se verifica o cumprimento das devidas medidas.

A PRESCINDIBILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO NA LEGÍTIMA DEFESA

Rodolfo Marcus Gomes de Souza

Graduando pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Estagiário do Ministério Público Estadual de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As alterações na compreensão da ilicitude. 3. Os elementos formadores da legítima defesa. 4. Os princípios/regras constitucionais aplicáveis. 5. A distinção entre as normas: o entendimento tradicional. 6. A concepção de Robert Alexy. 7. A intervenção mínima e a ofensividade solucionando a problemática *a priori*. 8. O novo posicionamento de Eugênio Raúl Zaffaroni. 9. A regra da legalidade e a análise fragmentada do artigo 25 do Código Penal. 10. Os meios de interpretação. 11. As correntes objetivas e a justificação completa. 12. A corrente subjetiva e o crime consumado. 13. As vertentes intermediárias. 14. Decifrando a controvérsia a partir da tentativa (in)idônea. 15. A adequada tese da *eximente* incompleta em observância aos fins do direito penal. 16. O sopesamento de princípios como racionalização da política-criminal. 17. Conclusão.

1. Introdução

Os ordenamentos jurídicos das nações democráticas prescrevem normas que garantem uma atuação substitutiva da proteção estatal por parte dos cidadãos. O Estado, pelo fato de não ser onipresente na vida das pessoas que vivem sob sua tutela, não dispensa de um direito sublime, de caráter imediato, conceituado de legítima defesa. No direito penal brasileiro, há, e como não poderia deixar de ser, a previsão legal da discriminante citada, no artigo 25 do Código Penal, que elenca os requisitos para sua efetiva configuração. Atuando alguém nos moldes dessa excludente, está nada mais que incorrendo em uma norma permissiva, afastando o ilícito.

São separadas, para fins metodológicos, as exigências da legítima defesa em objetivas e subjetivas. As primeiras consistem na ocorrência de agressão injusta (atual ou iminente), sendo esta contra bem jurídico próprio ou de outrem, e que haja uma moderação na defesa necessária. Por sua vez, os elementos subjetivos são dois, a

saber, cognitivo – o conhecimento da situação justificante – e o volitivo – vontade de se defender – que, ao menos para maioria da doutrina brasileira, são imprescindíveis.

2. As alterações na compreensão da ilicitude

Delimitando o tema, passa-se nesse instante a elencar as mudanças ocorridas na segunda categoria do delito, a ilicitude. No sistema causalista, a antijuridicidade era tida como uma contrariedade a uma norma jurídica, por uma ação típica, sendo assim, um conceito meramente formal, que se satisfazia com a simples ausência de causas de justificação. Destarte, um movimento corpóreo causador de uma mudança no mundo exterior, se não efetuado em estado de necessidade (e demais excludentes de ilicitude), era considerado um ato antijurídico.

A compreensão do sistema neoclássico é diametralmente oposta. A ilicitude deixa de ser formal, afastando a trivialidade em favor da teleologia das causas de justificação. Desta maneira, uma ação danosa, porém necessária, respeitando o limite da lesão social, excluiria a própria tipicidade, caso fosse adotada a teoria dos elementos negativos do tipo. O ponto de partida do sistema finalista é, tautologicamente, a finalidade. O cerne da antijuridicidade é transferido da lesividade social ou do bem jurídico para o desvalor da ação, formando um ilícito pessoal. A conclusão desta mutação é a exigência de elementos subjetivos nas excludentes de ilicitude, nos moldes dos tipos, diferenciando por estes serem normas proibitivas, ao tempo que aquelas, permissivas.

Com a renormatização do funcionalismo, tipo e antijuridicidade voltaram a ter sua linha divisória tênue, e, ao perfilar a teoria dos elementos negativos do tipo, a ausência de causas de justificação afastaria a própria tipicidade. A distinção substancial entre o finalismo e uma nova concepção advinda do funcionalismo, em sede de ilicitude, é que o primeiro não dispensa elementos cognitivos e volitivos na finalidade da justificação, ao passo que a segunda idéia agrada-se com o elemento cognitivo, ou seja, conhecimento das circunstâncias objetivas da justificação.

3. Os elementos formadores da legítima defesa

As causas de justificação são compostas por elementos objetivos e subjetivos¹, conforme observado nos tópicos anteriores. No ordenamento jurídico brasileiro, são consideradas normas permissivas, de forma expressa, consoante artigo 23² do Código Penal, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Ainda são elencados como excludentes o consentimento do ofendido e as *offendiculas*.

O artigo 25³ prevê a legítima defesa, sendo seus requisitos: a agressão injusta, atual ou iminente; preservação de direito (qualquer bem jurídico) próprio ou de outrem; repelida por meios necessários, usados moderadamente⁴. Entretanto, e aqui o cume da controvérsia do tema, o requisito subjetivo da legítima defesa, denominado de *animus defendendi*, é necessário para configuração da mesma? A resposta para a indagação acima não é fácil, sendo constatada mais adiante.

4. Os princípios/regras constitucionais aplicáveis

O direito tem várias fontes. Entre elas, a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina, os tratados, etc. A mais essencial claramente é a lei, e a mais essencial das leis é a Constituição. Sabe-se que a norma é o conteúdo retirado da lei (texto), portanto, inconfundíveis. As normas inerentes ao presente estudo estão contidas precipuamente na parte geral do Código Penal brasileiro, nos artigos 23, 24 e 25, sem prejuízo das demais normas da própria parte geral, que serão de

¹ Entre os poucos trabalhos específicos sobre o tema no Brasil, um merece destaque por já ter mais de 30 anos que foi escrito, JUNIOR, Heitor Costa. Elementos subjetivos nas causas de justificação. **Revista de Direito Penal. Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 23, p. 41-53, julho-dezembro, 1978.

² Art. 23 – Não já crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

³ Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

⁴ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

importante matéria de comparação.

De caráter inexorável ao problema, tem-se a Constituição da República Federativa do Brasil. Sabe-se que não se deve mais observar a Constituição Federal meramente como um convite as atuações estatais, ganhando ela, no Brasil, de forma até atrasada, o que não causa surpresa, um viés material, adquirindo uma força normativa⁵, que, junto com outros avanços, deu nome a um novo direito constitucional, ou, neoconstitucionalismo. As normas, constitucionais ou não, são tradicionalmente distinguidas em regras e princípios. Em solo brasileiro, a noção nessa diferenciação é tida como tradicional, e, de maneira oposta, aqui serão utilizados outros critérios, seguindo linha de raciocínio de Robert Alexy, quanto à distinção entre as normas.

5. A distinção entre as normas: o entendimento tradicional

No Brasil, a convicção sobre o que diferencia as normas, ora como regras, ora como princípios, é baseada na fundamentalidade. Os princípios são considerados “mandamentos nucleares”⁶, expressão esta que evidencia a intenção de hierarquizar as normas. Desta forma, princípios são normas essenciais. As regras, inversamente, são normas pertencentes ao sistema que não são fundamentais. As regras, portanto, são concretas. Nítido, então, é que além do caráter fundamental, a distinção se passa pelo grau de abstração e generalidade. Normas-princípios têm elevado grau de abstração e são mais gerais, à medida que normas-regras são menos abstratas e mais concretas, portanto, baixo grau de generalidade.

Nesse modelo, quando do embate entre as normas, regras x regras, princípios x princípios e regras x princípios, a solução se dá da seguinte maneira: no conflito entre regras, respeitam-se os critérios da especialidade, da hierarquia e da posterioridade; na colisão de princípios, atenta-se qual o mais útil ao caso; no choque entre normas e princípios, prevalece o segundo, por ser uma norma fundamental.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>, acessado em 11 de outubro de 2009.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 408.

6. A concepção de Robert Alexy

Neste trabalho, será *standard* de critério de distinção entre princípios e regras aquele proposto por Robert Alexy.⁷ Segundo o autor, a diferença entre estas normas são qualitativas e não de grau, além de que, os princípios são normas que devem ser realizados em medida máxima alcançável, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, decorrendo tal característica do fato de serem mandamentos de otimização⁸.

Destarte, calha observar que nos casos de embate entre as normas – conflito de regra x regra e colisão de princípio x princípio – a resolução se dá de maneira diferente dos moldes tradicionais. Isto acontece devido ao fato que regras, no modelo proposto por Alexy, expressam direitos e deveres definitivos, sendo relevante analisar que se a regra é válida para o caso, deve ser aplicada integralmente para a hipótese – tudo ou nada –, enquanto que os princípios, que são normas que expressam direitos e deveres *prima facie*, deverão passar por um sopesamento com a finalidade de buscar uma solução ótima para um caso concreto.⁹ Ninguém melhor que o aluno e discípulo brasileiro de Alexy, Virgílio Afonso da Silva¹⁰, para clarear a distinção:

A principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.

Aqui, o conflito entre regras é também utilizado os critérios da corrente tradicional, e em qualquer caso, quando não puder ser feita uma cláusula de exceção, uma regra tem que ser declarada inválida¹¹. Os

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

⁸ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 86-87.

⁹ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 88 e ss.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**.

Disponível em http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf, acessado em 11 de outubro de 2009.

¹¹ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 88.

princípios, por representarem mandamentos de otimização, quando entram em rota de colisão, serão ponderados e penderá a balança para o lado do princípio de maior peso, com respeito à regra da proporcionalidade, embora ambos aplicar-se-ão na maior medida possível, no caso concreto. Quando o embate se der entre princípios e regras, o princípio será ponderado com o princípio que der sustento a regra.

7. **A intervenção mínima e a ofensividade solucionando a problemática *a priori***

O direito penal possui traços distintivos marcantes em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico. Essas peculiaridades são normalmente chamadas de princípios constitucionais penais, e variando na doutrina¹² quais são assim considerados. De todo modo, os imprescindíveis neste trabalho, sem prejuízo dos demais citados posteriormente, são: a legalidade, a intervenção mínima e a ofensividade.

Em suma, a intervenção mínima corresponde ao caráter de *ultima ratio* do direito penal, ou, como muito bem explica Muñoz Conde, “o direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objetos de outros ramos do direito”¹³. Neste sentido, o conteúdo do princípio em tela permite caracterizar o direito penal em fragmentário, já que insta em proteger os bens jurídicos mais caros do ordenamento jurídico, quando a agressão tiver um mínimo de gravidade.

Quanto ao princípio da ofensividade, é indispensável uma

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 200 e ss. Os autores dividem os princípios em três grandes grupos, dos quais decorrem outros princípios. O primeiro agrupamento é o da legalidade; o segundo consiste em princípios limitadores que excluem violações ou disfuncionalidades grosseiras com os direitos humanos; o último refere-se princípios limitadores da criminalização que emergem diretamente do princípio do estado de direito. No total, elencam mais de 15 princípios.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción ao derecho penal**. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2001, p. 107.

compreensão das suas funções, quais sejam, proibir a criminalização de atos internos; proibir a incriminação de atitude que não ultrapasse o âmbito do autor em si; proibir a criminalização de estados existenciais; proibir a criminalização de comportamentos desviados que não lesem bens jurídicos¹⁴. Todos esses vetores limitativos dão relevância ao brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*.

Verificado o significado dos princípios, passa-se a analisar se o viés dos mesmos é compatível com qual tipo de norma na teoria de Robert Alexy. Não foi por imprudência que, desde o começo, foi denominado de princípios a norma que prescreve a intervenção mínima e a ofensividade. Como foi visto, princípios e regras não se distinguem com base em fundamentalidade – embora um princípio possa ser fundamental, bem como uma regra – mas sim em sua estrutura, tendo os princípios caráter de mandamento de otimização, desembocando na efetivação máxima possível mesmo que haja colisão com outro princípio. Nesta medida, a norma da intervenção mínima e da ofensividade, por expressarem deveres *prima facie* e admitirem um sopesamento, e não serem julgadas inválidas quando não aplicadas, obedecendo uma variação de grau, são considerados princípios também na forma como demonstrada por Alexy¹⁵.

Ao legislador, cabe a função de criar regras, ponderando, nesse âmbito, em abstrato. Malgrado a obra de Alexy seja voltada à decisão judicial, é admissível esse sopesamento. Em matéria de exigibilidade de elementos subjetivos nas excludentes de antijuridicidade, uma norma que expresse esse direcionamento constitui um desrespeito aos princípios supramencionados? A resposta é aparentemente negativa, quanto ao elemento cognitivo. Inicialmente, porque na ponderação abstrata da intervenção mínima e a ofensividade com a proteção de bens jurídicos e fins da pena, a cabo dos membros do poder legislativo, não é ilegítimo tal necessidade, já que o direito penal não perderá seu aspecto fragmentário de imediato. A ofensividade, por sua

¹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 92 e ss.

¹⁵ Não obstante serem características do direito penal, eis que constituídas de meras intenções, de difícil concretização, mas que são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana (independente da teoria adotada, é princípio e de cunho fundamental), e de que finalizam em proibições de intervenções drásticas.

vez, não será, obrigatoriamente, afetada por essa exigência, pois não se proíbe, a princípio, com ela, meras cogitações criminosas¹⁶. Há a exteriorização do pensamento criminoso, não sendo finalizado devido à ausência de desvalor do resultado.

A discussão não é estéril, nem muito menos termina nesse instante legislativo. A controvérsia tem repercussões em sede de injusto penal, e lá é que parece ser mais razoável, voltando à vista aos casos concretos, concluir se a intervenção penal mostra-se (im)prescindível. A única resposta que se chega aqui é que não é descabido ao legislador trazer à ilicitude um requisito subjetivo, apesar de que, como posteriormente será estudado, não aparenta haver, expressamente, no Código Penal pátrio, esta condição para a legítima defesa.

8. O novo posicionamento de Eugênio Raúl Zaffaroni

O Ministro da Suprema Corte argentina, Eugênio Raúl Zaffaroni, modificou, recentemente, seu entendimento sobre a necessidade de elementos subjetivos nas causas de justificação. A idéia anterior era consequência da concepção finalista deste autor, consubstanciada no manual escrito por Pierangeli¹⁷, mais precisamente nesse trecho:

Assim como o tipo proibitivo requer uma congruência entre seus aspectos objetivo e subjetivo, também ela é requerida no tipo permissivo, nele abarcando aspectos cognitivos que são pressupostos necessários dos volitivos. Os elementos particulares dependem de cada tipo permissivo em especial: assim, a legítima defesa requer o conhecimento da situação de defesa e a finalidade de defender-se; o estado de necessidade requer o conhecimento da ameaça sobre o bem maior e a

¹⁶ Conforme explanação posteriormente efetuada, a posição defendida neste trabalho julga supérflua a exigência de elemento volitivo para as causas de justificação. Assim, basta conhecer o fato, mas pouco importa se incorre em uma excludente sem vontade de defesa ou unindo a esta sentimentos mesquinhos.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 546-547. Desde 1997, ano da 1ª edição, o autor brasileiro vinha revisando e ampliando o livro, por esse motivo fica a impressão que Zaffaroni ainda compartilha dessa noção subjetiva, o que é inverídico, tendo em vista sua posição defendida em seu manual argentino.

finalidade de evitá-lo etc.

O novel modo de ver o problema do penalista argentino parte de uma linha de raciocínio oposta, tendo em vista que defende que se existente os pressupostos objetivos, age justificadamente aquele que os desconhece. Adota, entretanto, para a resolução da hipótese em exame, uma compreensão puramente objetiva. Condensando esse atual posicionamento, Zaffaroni¹⁸ em seu manual argentino, sustenta:

Quando se constrói o conceito de antijuridicidade como juízo que verifica que um preceito permissivo confirma a vigência de um âmbito de ilicitude ou liberdade, a exigência de qualquer elemento subjetivo na justificação aparece como totalmente desnecessária e inclusive aberrante em um estado de direito: não tem porque conhecer as circunstâncias que atua quando se está exercendo um direito, pois os exercícios dos direitos não dependem de que o titular saiba ou não saiba o que está fazendo. Em rigor, aquele que se imagine está cometendo um injusto quando na realidade está exercendo um direito, só incorre em um delito em sua imaginação, porque não haverá nunca um injusto no mundo real. A impunidade do delito putativo ou imaginário não é discutível e, deste modo, não se pode pensar em excluir a justificação quando ela existe. A única possibilidade de requerer elementos subjetivos na

¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Derecho penal: Parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 602. *“Cuando se construye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permisivo confirma la vigencia de un ambito de licitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesaria e incluso aberrante en um estado de derecho: nadie tiene por qué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo. En rigor, el que se imagina está cometiendo un injusto cuando en realidad está ejerciendo un derecho, sólo incurre en un delito en su imaginación, porque no habrá nunca un injusto en el mundo real. La impunidad del delito putativo o imaginário no es discutible y, por ende, no puede pensarse en excluir la justificación cuando ésta existe. La única posibilidad de requerir los elementos subjctetivos de la justificación es hacer recaer el desvalor de la antijuridicidad sobre el animus desobediente a la voluntad del estado: por esta vía se lleha a la conclusión de que sólo existe un bien jurídico, que es la vo voluntad estatal o, lo que es lo mismo, el conseqüente derecho a exigir obediência del subdito”*. Vide, ainda, TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, prefácio.

justificação é fazer recair o desvalor da antijuridicidade sobre o animus desobediente da vontade do estado: por esta via se chega a conclusão de que só existe um bem jurídico, que é a vontade estatal ou, o que é o mesmo, e, por seguinte, exigir a obediência do súdito.

Zaffaroni nega qualquer relevância subjetiva, sob pretexto que objetivamente incorre em um direito, o que, não parece de todo errado – consoante que o caráter decisório do ânimo tem seu limite na ausência de desvalor do resultado – não obstante seja arriscado, pelo fato de que para que haja uma atuação conforme o direito, permissiva, é preciso, ao menos em tese, um ligeiro conhecimento da situação justificante, sendo assim, político-criminalmente interessante um mínimo de elemento cognitivo.

Um exemplo vem a ser útil: ultimamente é rotineiro roubos dentro de transportes coletivos, muitas vezes cometidos por menores – o que não exclui a suposta legítima defesa a seguir descrita, já que é afirmável que é possível legítima defesa contra inimputáveis¹⁹. Numa hipótese de um menor “M” abordar uma vítima “V” com uma arma dentro de um ônibus, quando, um terceiro “T” avista seu desafeto, “M”, e, ignorando a prática do mesmo, joga uma pedra que vem a atingir o inimputável, evitando o prosseguimento do seu ato análogo ao crime.

Para Zaffaroni, a conduta de “T” está justificada, pois objetivamente transcorria uma situação que autoriza a legítima defesa. No entanto, os pressupostos objetivos são mais respeitados quando conhecidos, ou pelo menos, tomados como possível. Se o direito penal negar as peculiaridades dos casos concretos, é difícil fazer política-criminal. Sem relevar o problema probatório no processo penal, essa ocorrência legitimaria tomar atitudes arriscadas, muitas vezes imoderadas, que, no plano objetivo, teve um valor de resultado. Assim, defender em qualquer caso que jogar pedras em ônibus

¹⁹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. vol. I. tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 296. O clássico autor diz ser admissível a legítima defesa contra inimputáveis, porém, afirma ter a excludente um aspecto político de prevenção geral, devendo o agente buscar a fuga quando possível, e, ao contrário, sendo a situação inevitável, estaria o mesmo abarcado pelo estado de necessidade. Sem dá relevância a confusão de qual excludente seria, o que importa é que há uma.

evitando roubos é uma conduta justificada, mesmo que sem querer, traz certa insegurança à convivência social.

Como em tempo oportuno será entendido, o exame a ser feito nessas hipóteses, é com base nos fins do direito penal, trabalhando o injusto, (des)valor da ação e resultado, sopesando a necessidade de intervenção penal (pena) com princípio inerente a legítima defesa: autodefesa. Corroboram essa tese objetiva autores italianos que, invariavelmente, dispensam os elementos subjetivos em sede de ilicitude. Porém, a razão é diversa. O Código Penal italiano, em seu artigo 59.1, apresenta o seguinte texto “*Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell’agente anche se da non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti*” (As circunstâncias que atenuam ou excluem a pena são valoradas a favor do agente ainda que este não as conheça ou por erro as considere inexistentes).

9. A regra da legalidade e a análise fragmentada do artigo 25 do Código Penal

Vale ressaltar o sentido que é dado sobre as normas jurídicas neste trabalho. Para a regra, é válida a aplicação da, outra regra, do “tudo ou nada”. É questionável, então, se o princípio da legalidade, expressado na fórmula proposta por Feuerbach, é verdadeiramente um princípio. Para evitar ser repetitivo, é saudável socorrer-se de voz honesta e inteligente no direito constitucional atual, que explica que “falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios”.²⁰

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.**

Disponível em http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf, acessado em 13 de outubro de 2009. Sobre a anterioridade da lei penal, o mesmo autor explica “a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (art 5º, XL, da constituição). A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como ‘é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu do que a lei anterior; nesses casos, deve haver retroação’”. SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. **Revista de Direito do Estado**. n. 04, out./dez. 2006, p. 27.

A mudança de premissa implica na alteração de concepção: adotando a teoria dos princípios de Alexy “não há como não se chegar à conclusão de que há regras tão ou mais importantes que muitos princípios, como é o caso da legalidade ou da *nulla poena sine lege*”²¹. O fato da fundamentalidade não diferenciar as normas não significa dizer que uma regra não possa ser fundamental, pelo contrário, há regras mais fundamentais que princípios, como a vedação da retroação da lei penal e a legalidade. Tais normas são regras pelo simples motivo de suas estruturas não permitirem uma aplicação em diversos graus a depender do caso concreto.²² No caso do agente incorrer numa atuação conforme o suporte fático de um tipo penal, este será sua consequência jurídica, não cabendo uma variação como se dá em normas principiológicas.

O exame da regra da legalidade é axial devido ao fato de haver uma discrepância, no texto do Código Penal brasileiro, no que concerne às necessidades subjetivas de cada causa de justificação. É notório que enquanto para a realização de um tipo penal a dispensa de requisitos é desfavorável ao réu, já que amplia a esfera incriminadora, nas causas de justificação ocorre o revés, pois quanto mais exigências para a configuração de uma excludente, maior o setor do ilícito punível. Destarte, é nítido que no artigo 24 é taxativa esse requisito da finalidade de atuação – “para salvar perigo atual” –, conquanto que no artigo 25 não parece tão claro assim – do “moderadamente” pode-se extrair uma qualidade de evitar excessos, porém, sem qualquer menção ao propósito desta, sendo possíveis condutas lícitas, apesar de típicas, que não sejam planejadas. Sebastian Soler²³, entretanto, visualiza pontualmente o que se tem em comum dos clássicos institutos:

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

²² Lembra o mesmo constitucionalista “No caso das disposições de direito penal, como, por exemplo, aquela que veda o homicídio, a definição do suporte fático é razoavelmente simples. O art. 121, do código penal, por exemplo, dispõe: ‘Matar alguém: pena – reclusão de 6 a 20 anos’. Para que a consequência jurídica ocorra, é necessária apenas a ocorrência daquilo que o dispositivo descreve, ou seja, que alguém seja morto por outra pessoa”. SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

²³ SOLER, Sebastian. Causas de justificação da conduta. **Revista de direito penal**. n. 5, jan/mar. 1972, p. 15.

Há, pois, duas fontes, e não apenas uma, de justificação: a lei e a necessidade. Da primeira surgem o cumprimento da lei e o exercício regular de um direito; da necessidade surgem a legítima defesa e o estado de necessidade propriamente dito. O que determina o conteúdo justificativo desses últimos casos é a comparação estimativa de bens, e a prevalência da valoração juridicamente superior.

10. Os meios de interpretação

A hermenêutica jurídica é composta por cinco métodos de interpretação quanto aos meios, quais sejam, gramatical, lógico, sistemático, histórico e sociológico. Não são exclusivos, mas se acoplam e possibilitam entender a norma jurídica de modo mais correto. Do ponto de literal ou gramatical, não há como considerar existente a condição subjetiva no artigo 25 do Código Penal nacional, tendo em vista não haver palavra que identifique um fim na conduta prescrita. A interpretação lógica, por sua vez, não pode ser acatada porque não há como saber a intenção do legislador na reforma da parte geral datada de 1984, que manteve o *caput* do artigo 25 inalterável, bem como, na mesma reconstrução foi também mantido o *caput* do artigo 24, que aqui gera tal dúvida.

O meio de interpretação sistemático insta uma interpretação de normas em consonância com as outras, no caso, penais. Aqui, o argumento para o método anterior é também válido. Mais, o Código Penal é taxado por muitos doutrinadores, equivocadamente, de finalista²⁴. Como se um sistema teórico pudesse ser a “alma” de uma codificação! No máximo, premissa, o que não é o caso, já que artigos do próprio código demonstram a incompatibilidade com o finalismo –

²⁴ Entre outros, os que se cingem aos ideais finalistas à luz do Código Penal: SILVA FRANCO, Alberto. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 274; DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: Parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 387; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 380, 449, 472, 634, 645 e ss; JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: Parte geral**. vol. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva: 1998, nota do autor; MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal: parte geral**. vol. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 915-916. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 154.

o artigo 17²⁵ prevê o benefício do crime impossível. Dessarte, é pertinente a indagação: como um sistema pode ter base o finalismo, sendo este o marco da transferência em completo dos elementos subjetivos da culpabilidade para o tipo, se prescreve que não é punível a tentativa quando por ineficácia do meio ou impropriedade do objeto é impossível a consumação do delito? O instituto vaticinado no artigo 17 faz nada mais que pesar para o lado do (des)valor do resultado em detrimento da vontade do agente penal.

Na tentativa inidônea, o resultado pretendido é impossível, devido à impropriedade do objeto ou ineficácia absoluta do meio, e o *animus* do agente é irrelevante. Outro ponto é o tratamento divergente entre as discriminantes putativas fáticas e o erro de proibição – as primeiras não correspondem com a reclamação proposta pelos finalistas, qual seja, a mesma punição prevista ao segundo. A teoria extremada da culpabilidade, inerente ao finalismo, não foi seguida pelo Código Penal doméstico²⁶ no que toca ao erro, decidindo-se, então, pela teoria limitada da culpabilidade²⁷.

²⁵ Art. 17 – Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. Em sentido inverso, o Código Penal alemão pune, de certo modo, a tentativa inidônea (StGB §§ 22 e 23 III). Especificamente sobre ela: § 23 *Strafbarkeit des Versuchs* (3): *Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern.* (Se o autor, devido a uma falta enorme de compreensão, deixar de reconhecer que a tentativa não levaria à conclusão, devido à natureza do objeto, ou aos meios utilizados, o juiz pode suspender a punição ou no seu próprio critério atenuar o castigo).

²⁶ Sobre a possibilidade de compatibilizar a corrente objetiva, que não exige elementos subjetivos para configuração de uma excludente, com o finalismo, embora conclua que não é o que se extrai do Código Penal espanhol e alemão, em virtude de dispositivos outros que justificam a melhor “explicação satisfatória” por esse sistema ontológico, viabilizando a também resolução no problema do injusto: GIL GIL, Alicia. Elementos subjetivos de lo injusto y de justificación. **Revista Peruana de Ciencias Penales**. n. 17. 2005, p. 190.

²⁷ Vide Exposição dos Motivos da nova parte geral do Código Penal, no item 17, “É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine*

Desta feita, não há como crer que pelo método sistemático se chegue a uma interpretação que exija o *animus defendendi* no artigo 25 do Código Penal. Enrique Gimbernat Ordeig, que faz uma ligação entre a interpretação lógica com a sistemática, aduz “o que se faz nessas argumentações é chegar a conclusões similares para todas as modalidades contidas num mesmo preceito, ou em preceitos distintos que a mesma lei tenha colocado em conexão”²⁸, malgrado a lei penal aparentemente queira dá raciocínio igual aos dois institutos, não o fez, e, por meio dessa maneira de interpretar não é razoável porque desembocaria em uma analogia contra o réu. Nessa seara, afirma o autor lembrando Antón “a interpretação analógica contra o réu não é outra coisa que uma forma de interpretação sistemática”²⁹.

Com lhanza, embora Ordeig distinga os efeitos da analogia e interpretação analógica quanto aos resultados desfavoráveis ao réu, asseverando ser admissível a segunda nesses casos, não é razoável entender desta forma um Estado Democrático de Direito pautado na segurança jurídica e no garantismo penal. Arthur Kaufmann, lembrado pelo próprio Ordeig, explica “a interpretação é impossível sem a analogia; proibir a analogia é proibir a interpretação”³⁰. E, no bojo do artigo 1 do Código Penal brasileiro, que normatizou a fórmula proposta por Feuerbach, “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, está contido a proibição da analogia *malam partem*. Garantia esta que ganhou status constitucional, conforme o artigo 5, XXXIX³¹ da Constituição Federal.

culpa vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a inevitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade”.

²⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da ciência do direito penal**: Série As ciências criminais no século XXI, vol. 9, trad. José Carlos Gobbis Pagliuca, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

²⁹ Apud ORDEIG, Enrique Gimbernat. Ob. cit., p. 56.

³⁰ Apud ORDEIG, Enrique Gimbernat. Ob. cit., p. 59.

³¹ Art. 5, XXXIX – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

A interpretação histórica e a sociológica dão ensejo a uma fusão, pois o sentido de observar o passado das normas para concluí-las de modo acertado só pode significar descobrir a intenção do legislador. Ordeig trata o problema com a indagação de saber se o fim a ser investigado é o subjetivo do legislador ou o fim do objetivo da lei³². Mais uma vez aqui a resolução se passa pela negação da analogia em desfavor do réu. Ficou imutável o artigo 25 mesmo depois da reforma de 84, mantendo assim, o artigo original do Código Penal de 1940, que parecia ter um escopo causalista. As alterações da década de 80, ditas finalistas, não alcançaram a legítima defesa. E mais, se os tipos penais não podem ser de maneira alguma abstratos, abertos ou imprecisos, a norma permissiva também não deve ter tais características. Não é outro o entendimento de Celso Delmanto³³, que quanto trata da temática dos requisitos da legítima defesa, exprime:

para a doutrina finalista, inspiradora da reforma de 84, a legítima defesa não prescinde da vontade de defender-se. Todavia, ao contrário do que se dá no artigo 24, esse requisito subjetivo não vem expresso nas demais descriminantes. Assim, parece-nos que o princípio da legalidade impede a rejeição da descriminante, a pretexto de falta de um elemento subjetivo não pedido, expressamente, em lei.

Por derradeiro, se não é coerente chegar a uma conclusão que o Código Penal não dispensa do *animus defendendi*, nem com todo esse exercício interpretativo, a regra do artigo 1 daquele diploma legal, legalidade, não pode, em sede de direito penal, taxativo que é, ser inaplicável, sob pena de ter que se criar uma cláusula de exceção nos casos da descriminante em questão, ou, de declarar inválida a legalidade penal, que implica nada mais que um suicídio do sistema jurídico-penal.

Nesse diapasão, ausente está no texto legal um elemento formador da legítima defesa. Um problema surge: como será visto, então, o suporte fático dessa descriminante? Mais adiante ficará demonstrado como abstrair da regra da legítima defesa (artigo 25 do código penal) o princípio que lhe dá sustento, a autoproteção, que possui, por sua vez, um suporte fático amplo, possibilitando variação

³² ORDEIG, Enrique Gimbernat. Ob. cit., pp. 70-71.

³³ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

de grau em sua aplicação, que deverá ser a máxima possível no caso concreto.

11. As correntes objetivas e a justificação completa

A corrente objetiva finaliza as hipóteses em que existem os pressupostos objetivos, inobstante faltem elementos subjetivos, com a resposta estudada no capítulo que tratou do novo posicionamento do penalista argentino Eugênio Raúl Zaffaroni. Para os autores que defendem uma ilicitude objetiva, a ação é plenamente justificada, pouco importando os elementos cognitivos e volitivos do agente.

Assim, aquele que se encontra acobertado por uma situação que permita atuar em legítima defesa, estará incorrendo na mesma, independente de que saiba do que se passa ou não, ou que tenha, tão só, intenção de vingança ou ódio. Para essa linha argumentativa, só importa o (des)valor do resultado, pois, se o mesmo for favorável, ou melhor, efetivamente ocorra um valor de resultado, não há que se ater a elementos anímicos daquele que exerce um direito.

Percebe-se que há três doutrinas neste sentido: a primeira, de Zaffaroni, que mudou sua posição subjetivista para esta objetiva, entendendo agora que ninguém precisa saber que exerce um direito, apenas que efetivamente exerça; a segunda, advinda do direito italiano, quando a maioria dos autores do país europeu defende a corrente objetiva, sendo que, com fundamento diverso da doutrina anterior, já que esta se baseia em diploma legal nesse sentido; a última é proveniente da teoria causal-naturalista do delito. Às duas primeiras já foram tecidos comentários e críticas, fato este que obriga a restringe-se à terceira posição.

No conceito analítico do crime, o sistema causalista informa que a ação é movimento corporal que cause uma mudança exteriorizada. Disto, é criada uma descrição, o que forma o tipo. Assim como no tipo, a antijuridicidade não foi contemplada com algum elemento subjetivo, sendo mera contrariedade do fato para com a norma. Já na culpabilidade eram concentrados os elementos subjetivos. Por óbvio, a antijuridicidade não tinha como deter o *animus defendendi*, pois qualquer elemento anímico residia na culpabilidade. Corroborando esse intelecto, toda a doutrina causalista, com autores de porte, tais como: Néelson Hungria, Magalhães Noronha e o maior expoente da teoria, Franz von Liszt. Mister citar as lições

dos supramencionados penalistas. Hungria³⁴, na sua extensa obra “Comentários ao Código Penal”, expunha:

Já não há cogitar da rigorosa adequação ou proporção entre os meios da reação e os da agressão, mas da necessidade e moderação dos meios empregados pelo defensor. A legítima defesa, por isso mesmo que é uma causa objetiva de exclusão de injuricidade, só pode existir objetivamente, isto é, quando ocorrem, efetivamente, os seus pressupostos objetivos. Nada têm estes a ver com a opinião ou crença do agredido ou do agressor. Devem ser reconhecidos de um ponto de vista estritamente objetivo.

Por sua vez, Noronha³⁵ aduzia:

É causa objetiva excludente de antijuricidade. “Objetiva” porque se reduz à apreciação do “fato”, qualquer que seja o estado subjetivo do agente, qualquer que seja sua convicção. Ainda que pense estar praticando um crime, se a “situação de fato” for de legítima defesa, esta não desaparecerá. O que está no psiquismo do agente não pode mudar o que se encontra na realidade do acontecido. A convicção errônea de praticar um delito não impede, fatal e necessariamente, a tutela de fato de um direito.

Franz von Liszt³⁶, grande precursor do causalismo, enunciava há mais de um século:

Como deve-se apreciar a relação entre o ataque e a repulsa, de um modo objectivo ou segundo a concepção subjectiva do agredido? A opinião *commun* pronuncia-se pela primeira solução (Olshausen, n. 11) e pela segunda Binding (o legislador deve considerar a defesa como necessária, em tanto quanto o individuo aprecia como homem criterioso), Berner (cada um tem o direito de defender-se conforme a medida de sua individualidade), v. Wächter (o momento do perigo deve ser apreciado completamente do ponto de vista de quem se achava sob a pressão d’elle) e outros. Considera-se geralmente, porém indifferente que a defesa necessaria para a repulsa do ataque esteja ou não em relação com o bem defendido.

³⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. I. tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 289.

³⁵ NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 192.

³⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. vol. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 232.

O problema desta postura é preocupar-se unicamente com o (des)valor do resultado, negando relevância para a ação. Sem um mínimo de elemento cognitivo, raramente a ação será justificada como requer a corrente objetiva, incorrendo muitas vezes num excesso objetivo de legítima defesa, imprescindível, dessa maneira, uma pena. Nesse sentido, havendo um erro sobre um dos pressupostos objetivos da justificante, obrigatoriamente deverá ser perfilhada a teoria extremada da culpabilidade, para a qual o referido erro – erro de tipo permissivo – releva exclusivamente para a culpabilidade. Trazendo o dilema para o ordenamento jurídico nacional, seria esta uma conclusão impossível, já que aquele erro exclui o dolo – e via de regra todo elemento subjetivo no sistema causalista situa-se na culpabilidade –, haja vista os ditames da teoria limitada da culpabilidade.

12. A corrente subjetiva e o crime consumado

O modo de enxergar o problema da linha subjetivista é diametralmente oposto àquela vista acima. Posição ligada ao finalismo, o movimento subjetivista não dispensa da presença de pressupostos objetivos e subjetivos, consubstanciando numa autêntica congruência entre o que se dá no tipo e na ilicitude. Desta forma, só a existência dos pressupostos objetivos, resultará num delito consumado, em face da irrelevância dos mesmos.

É sabido que o sistema finalista foi o responsável por uma concepção de injusto pessoal, que trouxe em seu bojo elementos subjetivos. Desta feita, o resultado nas causas de justificação deve ser originário de um valor da ação, não fortuito ou casual, como propugna o entendimento objetivista. Welzel³⁷ resume em poucas palavras,

³⁷ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 142-143. No mesmo sentido, “da união de avaliação e objeto apreciado, resultaram muitos mal-entendidos acerca do significado da “natureza objetiva” da antijuricidade. A antijuricidade é, como vimos, um predicado objetivo de valor, que expressa o desequilíbrio objetivo entre a ação e a ordem jurídica. Em troca, a ação constitui o objeto de avaliação da antijuricidade contém elementos tanto “objetivos” (do mundo exterior) como “subjetivos” (psíquicos). Dado isso, a afirmação de que a antijuricidade é um juízo de valor objetivo (geralmente válida), não contém a afirmação de que o objeto da antijuricidade deve ser um substrato “objetivo” (do mundo exterior), apesar de que ambas afirmações são mescladas frequentemente”. Cf. p. 100.

“ação de defesa é a realizada para o fim da defesa. Quem se defender deve ter a vontade de defesa. Assim, não há legítima defesa se o autor quis lesionar, e com isso, sem ter a idéia, rechaça a agressão de outro”.

Uma compreensão ultra-finalista não veria problemas em igualar os efeitos jurídico-penais da tentativa e do delito consumado, negando ligação entre a conduta finalista o desvalor do resultado. De fato, uma posição ultra-ontológica não diferencia mesmo a tentativa da consumação, já que exageradamente se volta ao desvalor da ação. Os finalistas, em geral, defendem a congruência já citada. E partem de uma dedução logística, porque julgam incoerente fundamentar um valor de resultado, sem ser oriundo de um valor da ação, se no injusto é impossível um desvalor do resultado sem o desvalor da ação. Obviamente, quem se empenha numa efetiva correspondência entre tipo e antijuridicidade, o argumento soa sólido, mas, as excludentes de ilicitude, como já analisado desde o sistema neokantista, abarca uma certa danosidade social e um conflito de bens e interesses.

Para uma causa de justificação ocorrer é necessário dois elementos: cognitivos e volitivos. A contradição com a corrente objetiva é, dessa maneira, total. Esta, não exigia nem um nem outro, contentando-se com o valor do resultado. O finalismo requer um conhecimento da situação justificante, e mais, uma intenção de defesa voltada a afastar agressão injusta, nos moldes da percepção tida cognitivamente. Aníbal Bruno³⁸, respeitado penalista pernambucano, não perfilhou a idéia, em voga no Brasil, da dispensabilidade de elementos cognitivos e volitivos. Apresentava o autor que:

Apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista, em quem reage, a vontade de defender-se. O ato do agente deve ser um gesto de defesa, uma reação contra ato agressivo de outrem, e esse caráter de reação deve existir nos dois momentos da sua atuação, o subjetivo e o objetivo. O gesto de quem defende precisa ser determinado pela consciência e vontade de defender-se. Mas não exclui a legítima defesa o fato de o agente juntar ao fim de defender-se outro fim, como, por exemplo, o de vingar-se, desde que objetivamente não exceda os requisitos da necessidade e da moderação.

³⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: Parte geral**. vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 380-381. Outro autor clássico brasileiro que seguiu a mesma linha foi Fragoso: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 187-189.

Já Alicia Gil Gil³⁹, discípula de Cerezo Mir, vislumbra que:

Os elementos subjetivos, tanto do injusto como da justificante, são a finalidade orientadora da ação que define e configura a ação típica e a ação justificante e por tanto não se excluem, mas muito pelo contrário ambas finalidades devem concorrer na conduta do sujeito para poder afirmar que este realizou a ação típica e também a ação justificante.

É obrigatória a presença de elementos subjetivos – cognitivos e volitivos – nessa linha argumentativa, eis que a simetria entre o injusto e as causas de justificação é absoluta. A despeito disso, Gil Gil⁴⁰ comenta “os elementos subjetivos de justificação têm, para o tipo de justificação o mesmo valor e estrutura que os elementos subjetivos do injusto para os tipos de injusto”. À guisa de conclusão dessa vertente, Joaquín Cuello Contreras⁴¹, em excelente capítulo sintetizado, assegura:

A norma de justificação, como já foi dito, autoriza um comportamento tendente a promover a segurança do bem jurídico que o Ordenamento considera preponderante no caso de conflito com outros bem jurídicos tidos de menor valor que

³⁹ GIL GIL, Alicia. Elementos subjetivos de lo injusto y de justificación. **Revista Peruana de Ciencias Penales**. n. 17. 2005, p. 189. “*Los elementos subjetivos, tanto de lo injusto como de lo justificante, son la finalidad rectora de la acción que define y configura la acción típica y la acción justificante y por lo tanto no se excluyen, sino que muy ao contrario ambas finalidades deben concurrir en la conducta del sujeto para poder afirmar que éste há realizado la acción típica y también la acción justificante*”.

⁴⁰ GIL GIL, Alicia. ¿Es posible y conveniente uma justificación meramente objetiva?. **Revista de Derecho Penal**. n. 2, jul./dez. 2006, p. 122. “*Los elementos subjetivos de justificación tienen para el tipo de justificación el mismo valor y estructura que los elementos subjetivos de lo injusto para los tipos de injusto*”.

⁴¹ CONTRERAS, Joaquín Cuello. Elemento objetivo y subjetivo de las causas de justificación. **El nuevo derecho penal español: estudios penales em memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 148. “*La norma de justificación, ya se ha dicho, autoriza un comportamiento tendente a promover a seguridad del bien jurídico que el Ordenamiento considera preponderante en caso de conflicto con otros bienes jurídicos tenidos en menor valor que àquel, es decir, un comportamiento final que, según la teoria de las normas de la concepción del injusto pessoal, es el único contenido posible de las normas jurídicas*”.

àquele, isto é, um comportamento final que, segundo a teoria das normas da concepção do injusto pessoal, é o único conteúdo possível das normas jurídicas.

13. As vertentes intermediárias

Tendo em vista a complexidade da matéria, e, talvez, da necessidade de adequar este ponto da teoria do delito a um filtro político-criminal, com sustento constitucional, por óbvio, vieram à tona posições menos radicais, evitando, desta feita, uma punibilidade exacerbada, para não dizer cega, nem uma impunidade em todos os casos que são resolvidos *a priori*, correndo o risco de fomentar a criação de falsas provas no âmbito processual penal.

As soluções dessas recentes teorias são duas: uma se ampara numa correlação entre tipo e antijuridicidade no que toca a tentativa, demonstrando que existindo pressupostos objetivos de justificação, embora ausentes certos pressupostos subjetivos, a resolução se passa por considerar o ato do agente uma tentativa de justificação, podendo ser idônea ou inidônea; a outra, chamada de *eximente* incompleta, tem suporte na coerente tese da justificação inacabada, na qual ocorrendo a hipótese acima descrita, estará incorrendo o agente em um delito abarcado por uma excludente de ilicitude imperfeita, devendo ser “premiado” com uma atenuação da pena. Os preceitos das duas doutrinas serão vistos em apartado, já que a teoria da *eximente* incompleta, neste trabalho, é tida como a mais sensata e, por isso, merecerá um subtítulo a parte.

14. Decifrando a controvérsia a partir da tentativa (in)idônea

Os partidários da tese da tentativa justificante partem de uma noção *a contrario sensu* da consequência que se chega com o erro de tipo permissivo. Vale dizer, ambas as excludentes defectivas devem finalizar em uma responsabilidade criminal compatível entre si. Se no âmago da teoria limitada da culpabilidade, o erro de tipo permissivo – erro sobre os pressupostos objetivos do fato – desemboca na exclusão do dolo, o inverso – desconhecimento da existência dos pressupostos citadas – deveria ter efeitos harmônicos, resultando, assim, em uma tentativa inidônea, valendo-se para tanto, da analogia.

A teoria dos elementos negativos do tipo, quando do erro de tipo permissivo, tem a eficácia de excluir o dolo, diretamente, sendo a ação sequer típica, pelo fato que essa teoria propõe uma junção

completa, isto é, de injusto total em que excluído o crime por uma causa de justificação. Na verdade, o que será afastado é a própria tipicidade. Nesse sentido, não há incompatibilidade da teoria com a tese da tentativa, diferenciando, somente, que não dependeria da analogia para se chegar à conclusão mencionada.⁴²

Joaquín Contreras, descrevendo sobre essa tese, que de certa forma tem respaldo legal na Espanha, defendida, segundo ele, por Sanz Morán, “como parte do reconhecimento, o que é certo, que o nosso Direito pode castigar a tentativa inidônea, quem não há lesionado um bem jurídico que se propunha lesionar, porque objetivamente significou a salvação de outro de maior valor, é responsável por uma tentativa inidônea”⁴³.

⁴² Ver María Trapero Barreales, em: BARREALES, María Trapero. El examen conforme a deber: ¿especial elemento subjetivo de justificación? El nuevo derecho penal español: estudios penales em memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 827-864; no Brasil, Marco Antonio Santos Reis, em: REIS, MARCO A. S. Novos rumos da dogmática jurídico-penal: da superação do finalismo e de sua suposta adoção pelo legislador brasileiro a um necessário esclarecimento funcionalista. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 78, maio/jun. 2009, p. 53. O autor, nessa obra, alerta sobre os verdadeiros fins do direito penal, “Objeta-se, finalmente, que a inclusão de elementos de ânimo enquanto fundamentação de uma causa justificante configura uma inadmissível moralização do Direito ou, noutros termos, um direito penal de atitude interna, de valores do sentir (Gesinnungstrafrecht). Ao se levarem em conta os fins do direito penal, tampouco estar-se-ia livre de críticas. A exigência do elemento volitivo, consistente na materialização de uma finalidade ou motivo concorrentes, fulmina a noção de Estado Democrático de Direito em que a pena não se alicerça em atitudes internas do sujeito, uma vez que o Direito Penal não pretende retribuir tais propósitos íntimos do cidadão, mas proteger os bens jurídicos mais relevantes por meio de sua função preventiva”.

⁴³ CONTRERAS, Joaquín Cuello. Elemento objetivo y subjetivo de las causas de justificación. **El nuevo derecho penal español: estudios penales em memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 153. “como parte del reconocimiento, lo que es cierto, de que en nuestro Derecho puede castigar la tentativa inidónea, quen no ha podido lesionar el bien jurídico que se proponía lesionar, porque objetivamente ello significó la salvación de outro de mayor valor, es responsable de una tentativa inidónea”. Entretanto, ao que parece, a tentativa inidônea no sistema jurídico espanhol é punível.

A mais forte crítica feita a essa posição é que, quase que invariavelmente, os ordenamentos jurídicos dos países não prevêm qualquer responsabilidade para o agente que atua conforme uma tentativa inidônea. Porém, a teoria não busca uma irresponsabilidade em todos os casos, mas só naqueles que há apenas um desvalor da subjetivo da ação. Concorrendo com o desvalor subjetivo da ação, um desvalor objetivo da ação (extrapolando os limites legais e um sentido objetivo de proteção do bem jurídico), resta uma tentativa idônea para o autor. Outra crítica a teoria é de cunho lógico: o agente não pratica uma tentativa em sede de causas de justificação, pois ele representou uma intenção contrária ao direito e chegou à consumação, ferindo bens jurídicos.

15. A adequada tese da *eximente* incompleta em observância aos fins do direito penal

Uma via alternativa à contenda é a admissão da ocorrência de uma defesa incompleta, ou, como chamada originalmente na doutrina espanhola, *eximente* incompleta. Consoante essa construção, a efetiva simultaneidade de elementos subjetivos e objetivos de justificação é desnecessária para que ocorra uma exclusão de ilicitude. Mais: bastando elementos objetivos, a consequência será uma diminuição da responsabilidade do agente, tendo em vista que atuou abarcado com os pressupostos objetivos.

O aspecto da teoria é de certa forma mais coerente com o direito brasileiro que a anterior – inobstante reconheça o mérito da corrente –, visto que finaliza em uma atenuação de pena daquele que objetivamente se encontrava em legítima defesa, sem a representação de qualquer elemento subjetivo, tendo sustento, como em breve será estudado, em dispositivo expresso do Código Penal, correspondendo, ademais, aos reclames da política-criminal mais viável.

Normalmente, a tese da *eximente* incompleta é defendida por doutrina espanhola, já que possui respaldo legal em seu código penal. Trata-se da combinação de três dispositivos daquele diploma, quais sejam, o artigo 20, 4º⁴⁴, o artigo 21, 1º⁴⁵, e finalmente, o artigo 68⁴⁶.

⁴⁴ Artículo 20.- Están exentos de responsabilidad criminal: 4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: [...]. (Artigo 20 – Estão isento de responsabilidade

Desse modo, ausente algum requisito das causas de justificação, estas são circunstâncias atenuantes do crime efetuado, abaixando o juiz a pena em um ou dois graus. Dessarte, Joaquín Cuello Contreras⁴⁷, em sua pequena obra em homenagem a Valle Muniz, que por sinal, também defende essa idéia, leciona:

Quem não representa a situação justificante não é autor de uma tentativa (=realização de uma ação tipicamente perigosa para o bem jurídico), senão alguém que quis realizar, e realizou, o tipo delitivo correspondente. Só que, em virtude do estado resultante (valor-resultado) sua antijuridicidade aparece diminuída (defesa incompleta).

A conclusão é simples: devido ao fato de o agente ter em seu favor um valor de resultado, não há razão para puni-lo na mesma intensidade de um crime consumado, nem motivo para excluir

criminal: 4.º o que atue em defesa de pessoa ou direitos próprios ou alheios, sempre que concorram os seguintes requisitos).

⁴⁵ *Artículo 21.- Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.* (Artigo 21 – São circunstâncias atenuantes: 1.ª As causas expressadas no capítulo anterior, quando não concorrerem todos os requisitos necessários para eximir a responsabilidade a responsabilidade em seus respectivos casos).

⁴⁶ *Artículo 68.- En los casos previstos en la circunstancia 1.ª del artículo 21, los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes.* (Artigo 68 – Nos casos previstos na circunstância 1.ª do artigo 21, os Juízes ou Tribunais poderão impor, fundamentando na sentença, a pena inferior em um ou dois graus à prevista pela Lei, aplicando na extensão que julgue pertinente, atendidos os números e entidade dos requisitos que faltem ou concorram, as circunstâncias pessoais do autor e, nesse caso, o resto das circunstâncias atenuantes ou agravantes).

⁴⁷ CONTRERAS, Joaquín Cuello. Ob. cit., p. 158. “*Quien no se ha representado la situación justificante no es autor de una tentativa (=realización de una acción típicamente peligrosa para el bien jurídico), sino alguien que ha querido realizar, y ha realizado, el tipo delictivo correspondiente; solo que, en virtud del estado resultante (valor-resultado) su antijuridicidad aparece dosminuida (eximente incompleta)*”.

totalmente sua responsabilidade. Esta parece ser o entendimento de Santiago Mir Puig⁴⁸, que ao explicar que a redução de pena é análoga a da tentativa, defende uma *eximente* incompleta:

Da mesma forma que o resultado típico é necessário para a consumação do tipo penal, a valoração positiva do resultado que tem lugar quando concorrem os elementos objetivos de uma justificação, impede que o tipo penal dê lugar a um pleno injusto penal correspondente. Comparto, pois, da opinião dominante que considera necessário abaixar a pena aplicável quando, apesar de concorrer desvalor da ação, falta um desvalor do resultado pela presença dos elementos objetivos de justificação. No Direito espanhol é possível, para este, apreciar nestes casos uma defesa incompleta (artigo 9, 1.º CP). Ao mesmo resultado chega a doutrina alemã majoritária estimando que a falta de desvalor de resultado dá lugar a uma situação materialmente coincidente com a que produz quando o tipo não chega a consumir-se e que procede, por tanto (ainda que por analogia) a atenuação própria da tentativa.

A pergunta que fica é: semelhante conclusão pode ser alcançada pelo Código Penal brasileiro? A resposta é categoricamente afirmativa. O artigo 66⁴⁹ do mesmo permite uma diminuição de pena,

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrática de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p. 202. “*De la misma forma que el resultado típico es necesario para la consumación del tipo penal, la valoración positiva del resultado que tiene lugar cuando concurren los elementos objetivos de una causa de justificación, impide que el tipo penal dé lugar a un pleno injusto penal correspondiente. Comparto, pues, la opinión dominante que considera necesario rebajar la pena aplicable cuando, pese a concurrir desvalor de la acción, falta el desvalor del resultado por la presencia de los elementos objetivos de justificación. En Derecho español es posible, para ello, apreciar en estos casos una eximente incompleta (artículo 9, 1.º CP). Al mismo resultado llega la doctrina alemana mayoritaria estimando que la falta de desvalor de resultado da lugar a una situación materialmente coincidente con la que se produce cuando el tipo no llega a consumarse y que procede, por tanto (siquiera por analogía) la atenuación propia de la tentativa*”. O autor faz referência ao artigo 9, 1.º do Código Penal espanhol porque este livro é anterior ao código de 95, a qual alterou a numeração/ordem do dispositivo que tratava da matéria.

⁴⁹ Art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

em virtude de relevante circunstância, anterior ou posterior ao crime, mesmo que não haja previsão legal, sendo assim, uma atenuante inominada. Por seu turno, o artigo 65⁵⁰ elenca um rol exemplificativo, em razão do artigo 66 prever hipóteses extras, das circunstâncias atenuantes, vaticinando que sempre atenuam a pena. O efeito, no mais das vezes, seria uma fixação da pena inferior ao mínimo legal.

Duas objeções deletérias ao argumento exposto: a Súmula do Superior Tribunal de Justiça de nº 231⁵¹ e o recente reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal⁵² Federal, reafirmando jurisprudência da Corte, no sentido da inadmissibilidade da fixação da pena aquém do mínimo. Observa-se:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Sem adentrar em méritos que fogem do foco da exigência de *animus defendendi*, faz-se mister trazer à baila o posicionamento majoritário da 5ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵³, que, além de reconhecer eficácia ao olvidado artigo 66 do Código Penal, continua admitir, ainda, a possibilidade de fixar a pena abaixo do mínimo legal. Dessa forma:

⁵⁰ Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]

⁵¹ Súmula 231 do STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

⁵² RE 597270 RG-QO/RS – RIO GRANDE DO SUL; REPERCUSSÃO GERAL POR QUES. ORD. RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 26/03/2009.

⁵³ Apelação crime nº 70031041429; 5ª Câmara Criminal; Comarca de Venâncio Aires; Relator(a): Des. Amilton Bueno de Carvalho; Julgamento: 29/07/2009).

Apelação crime. Roubo majorado. Condenação inarredável. Majorante do emprego de arma: imprescindível perícia válida atestando a potencialidade ofensiva do instrumento. Tentativa: ausente posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos. Pena. Atenuante pode deixar a pena aquém do mínimo: o art. 65, do Código Penal, é categórico ao dispor que as circunstâncias lá elencadas sempre atenuam a pena – e sempre é sempre, pena de sempre não o ser.

Diante disso, vê-se que é louvável a tese da diminuição da pena, mesmo que inferior ao disposto legalmente, servindo-se, apenas, de uma interpretação meramente literal, pois como demonstrado pelo digno membro do TJRS⁵⁴, sempre é sempre, e se sempre se pode atenuar a pena, é que atenua mesmo que esbarre no mínimo. Não há nada de forçoso em afirmar isso, pois nem precisou de uma análise interpretativa geral, nem mencionar a argumentação costumeiramente advogada da melhor individualização da pena, o que é apropriado.

Assim, em que pese a procedência da teoria da *eximente* incompleta, há uma peculiaridade do que aqui se defende que destoa da tradicional (original) doutrina. Não será útil na decisão de casos concretos uma perspectiva *ex ante* da periculosidade do ato, visto de uma percepção de um espectador objetivo posto no lugar do agente, que munido dos mesmos elementos que formam a hipótese em que vive o mesmo, não duvidaria que ali se passa um momento que se faz necessária a legítima defesa.⁵⁵

⁵⁴ Muitas críticas são dirigidas ao referido Egrégio Tribunal de Justiça em virtude de, algumas vezes, ter uma feição alternativa do direito e, também, por tentar pensar por si próprio, olvidando dos entendimentos das instâncias superiores. Sobre o tema, Aury Lopes Jr, curiosamente, advogado militante também do Rio Grande do Sul, criticando a figura do juiz como um filho seguindo às ordens do pai-tribunal, copiando acórdão de instâncias superiores, ou ascendentes, não para ter menor esforço, mais para agradar seu genitor: LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos de instrumentalidade constitucional**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 80 e ss.

⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 202-205.

Substituindo esse critério do observador⁵⁶, que é decisivo na apreciação da atividade injusta ou não a atividade do transgressor penal, está um juízo de prudência, efetuado também no caso concreto pelo julgador, no qual se atentará aos princípios inerentes da legítima defesa – autoproteção – em contrabalanceamento com princípios intrínsecos do direito penal – proteção de bens jurídicos mais valiosos, observada, em qualquer caso, a finalidade da pena preventiva.

16. O sopesamento de princípios como racionalização da política-criminal

De prontidão, é descartada a imprescindibilidade de elementos volitivos para configuração da discriminante do artigo 25 do Código Penal brasileiro. Não há nada de legítimo da parte do direito penal em proibir/criminalizar cogitações criminosas. Se o agente, com conhecimento da situação justificante, age conforme a sua legítima defesa (ou de outrem) com sentimento vingativo, de ódio, preconceitos, etc., exerce seu direito normalmente.

Quanto ao elemento cognitivo, é menos exigível do que um conhecimento⁵⁷ efetivo dos pressupostos objetivos, bastando não mais que se tome como possível a ocorrência dos requisitos objetivos⁵⁸. A crítica desta última posição em relação à primeira é de saber quais elementos da excludente deve-se conhecer, como definir o

⁵⁶ Juarez Tavares já alertava sobre a desnecessidade da utilização do homem médio, ou homem prudente, sustentando que “Esta é uma figura de retórica que se introduz na teoria do delito ou para substituir a referência ao homem concreto, tratado como tal não apenas na culpabilidade, como também no injusto, ou para, simplesmente, projetar um certo antropomorfismo de juízos de probabilidade, com base em acepções de valor, objetiváveis. Porque não trabalhar apenas com critérios puramente vinculados à característica perigosa da conduta? Por que valer-se de um parâmetro simbólico, que é esse ‘homem prudente’, para dimensionar os fins de proteção do Direito Penal, quando, na verdade, o que está em jogo deverá ser a experiência geral da vida, que é algo empiricamente demonstrável?”, GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, prefácio.

⁵⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 597.

⁵⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 316.

conhecimento das causas supra-legais, além de que a idéia do “tomar como possível” é a única que se compatibiliza o erro de proibição indireto com a solução culposa.⁵⁹ Então, esse traço cognitivo será abordado para resolver casos, necessitando apenas que o agente tome como possível a situação de legítima defesa. Fundamento importante para a decisão do caso concreto, variando entre a pena legítima e a desnecessária, é o da regra da proporcionalidade⁶⁰.

Sem dá maiores relevos a confusão que se faz entre a razoabilidade e proporcionalidade⁶¹ na doutrina e jurisprudência pátrias, interessa agora esmiuçar o conteúdo das sub-regras da proporcionalidade. Uma atividade estatal só terá o status de proporcional quando for uma via adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Ante a uma possível crítica da incipiência de buscar esteio na proporcionalidade, como vista para o direito constitucional, aplicando-a em problemas penais, de precisão de pena ou não, vale lembrar que o sustento é balizador, eis que implica numa racionalização da política-criminal, em que melhor será observado quais critérios o Estado-juiz utilizou para condenar o réu ou absolvê-lo.

⁵⁹ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 317. O autor aduz, ainda, que a ordem jurídica deve respeitar a liberdade individual, permitindo que o sujeito atue sem extrapolar riscos, e que o limite mínimo deve ser o padrão culposo, jamais o doloso.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit. O constitucionalista elucida que “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações [...] Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade ‘devem ser classificados como regras’”

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit. Segundo o autor, a distinção (esquecida normalmente no Brasil) entre a proporcionalidade e a razoabilidade, equivocadamente tida como sinônimos por boa parte da doutrina pátria – tanto historicamente quanto estruturalmente –, atribui a primeira a obediência para sua concretização de três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conquanto a razoabilidade corresponde a primeira dessas sub-regras, ou seja, a exigência de adequação.

A primeira sub-regra é a da adequação. Assim, conforme Virgílio Afonso da Silva, “adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”. Por sua vez, a necessidade trata-se de que “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”⁶². Persegue-se com a necessidade uma medida restrita, somente não a aplicando quando uma medida mais gravosa for imprescindível.

E sobre a proporcionalidade em sentido estrito, “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁶³. Nesse sentido, para que a medida seja desproporcional em sentido estrito “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição de um direito fundamental atingido”⁶⁴. Ademais, verificado o significado das três sub-regras da proporcionalidade, passa-se agora a deslindar casos concretos sobre a égide da vertente da *eximente* incompleta, com a peculiaridade do sopesamento de princípios, ou melhor, do princípio da proteção de bens jurídicos (finalizando em uma necessidade de punição, conforme uma função preventiva da pena) e o princípio que se abstrai da regra da legítima defesa, a autoproteção⁶⁵.

Em uma primeira hipótese imaginária⁶⁶: uma mulher, “M”, é casada com seu esposo, “E”, supostamente infiel, e ambos residem um

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52. Embora o autor não concorde com essa possibilidade, assevera que é defendida por Alexy.

⁶⁶ Exemplo comum no estudo das causas de justificação, que foi um pouco modificado, porém para pô-lo aqui foi retirado de: FRAGOSO, Christiano. **Sobre a necessidade do *animus defendendi* na legítima defesa**. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo1.pdf>, acessado em 19 de outubro de 2009.

bairro notoriamente perigoso, onde não raras vezes ladrões pulam muros das casas para efetuarem furtos, e muitas vezes, roubos. “E” saiu para curtir a noite deixando “M” sozinha em casa dormindo. “M” ao ouvir um barulho no portão da residência, acorda e percebe que seu marido não se encontra na cama, ficando excessivamente nervosa. Assim, imagina que a zoadá vinda da frente da casa era seu marido chegando de mais uma orgia. “M” pega uma arma de fogo que ficava escondida no armário e decide dá fim àquela insustentável situação. Ocorre que, o esposo, “E”, demora a aparecer no quarto, onde “M” o esperava para disparar quantos tiros fossem necessários para ceifá-lo a vida. “M” passa a notar a diferença das outras ocasiões, nas quais o marido chegava bêbado fazendo muito barulho, levando a mulher a tomar como possível que aquilo tudo se trata de um assaltante, até pelo fato da periculosidade da região. Deste modo, um homem entra no quarto escuro velozmente e “M” alveja com disparos o indivíduo. Ao acender a luz, avista uma pessoa que jamais viu, munida de arma, que estava pronto a praticar um crime grave.

Nesse cenário, “M” estaria justificada plenamente, tendo em vista ter atuado conforme os ditames legais da legítima defesa, no que toca aos pressupostos objetivos, e aos subjetivos ela tomou como possível a situação justificante, o que basta. Para a teoria objetiva de Zaffaroni, “M” poderia ter arquitetado uma morte cruel para seu marido, típica de filmes americanos, e que se viesse a ocorrer tendo como “vítima” um agressor, ela estaria da mesma forma abarcada por uma excludente de antijuridicidade. A teoria subjetivista, definiria esse caso como um homicídio consumado. A tese da tentativa, assim como a da *eximente* incompleta, também resolveria o caso declarando justificada a conduta, caso o observador prudente acreditasse existente os pressupostos objetivos – o que seria razoável concluir.

Já em um segundo caso hipotético: um agente penitenciário, “A”, anda se desentendendo com um presidiário, “P”, porque o mesmo lidera facções criminosas dentro do sistema prisional, e com isso, tira proveito para zombar do serviço público prestado pelos agentes. Em uma determinada jornada de plantão do agente, no meio da madrugada, ele procura descontar todas as gozações sofridas, vai até a cela de “P”, e o leva para outro departamento da prisão, mais isolado, algemando-o junto a uma grade, levando o preso a sofrer lesões corporais leves no pulso. Porém, essa atitude vingativa do

agente penitenciário vem a frustrar um homicídio de outro preso, “O”, que infringiu uma “lei” da prisão imposta pela organização dominante. “P” estava prestes a matar “O” com instrumento cortante, não o fazendo devido à atuação interveniente de “A”, o qual, por razões estranhas ao caso, retirou “P” da cela.

Veja-se que, nessa oportunidade, o agente sequer tomou como possível qualquer agressão injusta, atual ou iminente. Almejava tão só um pouco de vingança sem que o diretor do presídio percebesse as marcas da atuação ilícita para com o preso, e assim, não sofresse qualquer punição disciplinar nem processo-crime. É cediço que a posição subjetivista exige elemento cognitivo e volitivo, razão pela qual a ação do agente seria flagrantemente criminosa. A teoria objetiva, só se atentaria se o agente atuou em um direito, sem extrapolações – excesso –, para fins de justificar a ação. As teses da tentativa e da *eximente* incompleta tradicional valeria dos critérios do homem prudente e da periculosidade da situação *ex ante* para distinguir se justificante ou não, conforme a concepção do observador imaginário objetivo. Aqui, para a doutrina da tentativa, se o homem prudente não reconhece a concorrência de pressupostos objetivos, a conduta não estará justificada, considerando, desta feita, uma tentativa completa (idônea), se ao contrário, reconhecer, é um caso de tentativa inidônea. Para a da *eximente*, que utiliza da periculosidade *ex ante* e do observador prudente⁶⁷, se este não reconhecer, haverá uma *eximente* incompleta, mas se perceber os pressupostos objetivos, terá uma impunidade do caso.

Percebe-se outra situação perigosa aqui: o homem prudente varia no imaginário de cada juiz (a prognose póstuma objetiva de quê(m)?), sendo, assim, um conceito relativamente manipulável. Mais interessante é se perguntar se uma pena é (des)necessária, com arrimo na regra da proporcionalidade, e consequentemente, suas sub-regras. Ao invés de se preocupar com homens prudentes, mais vale focar no fim do direito penal, isto é, se uma pena se mostra legítima, ou mais precisamente, se uma intervenção penal é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

⁶⁷ Posição de Santiago Mir Puig, em: MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal en el Estado social y democrática de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 204-205.

Tais critérios são muito mais limitativos de uma possível postura justiceira do julgador, obrigando-o a fundamentar plenamente a drástica interferência do direito penal. Assim, se a liberdade individual⁶⁸ (consubstanciada, no caso da legítima defesa, em uma autoproteção e até uma confirmação do direito⁶⁹) é um direito fundamental, ou mesmo o princípio que se abstraiu da regra da legítima defesa, vale dizer, uma norma com estrutura de que permite variação de grau, com suporte fático amplo, devendo ser aproveitada em sua máxima aplicação possível, sopesando, aqui, com a função do direito penal da proteção de bens jurídicos (observando a função preventiva da pena), também mandamento de otimização, torna-se obrigatório analisar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de casos concretos como o acima citado.

Como foi estudado, adequado é um meio utilizável para concretizar um objetivo fomentado. Este, no caso, é proteção de bens jurídicos nos casos de excludente de ilicitude, evitando excessos, tentando legitimar a intervenção estatal penal, sempre, observando os fins da pena preventivos (prevenção geral/especial positiva/negativa). Nota-se, que uma sanção penal se demonstra adequada para com o agente penitenciário, já que no ensaio de fomentar que bens jurídicos (na hipótese, integridade física do preso⁷⁰) sejam protegidos – ressalte-se é um direito fundamental e também é um mandamento de otimização – se dá uma aptidão patente: uma realização de um objetivo do Estado foi fomentada e promovida, estimulando, ademais, um respeito à integridade física do presidiário.

Passado esse ponto, é voltado o estudo a necessidade da intervenção penal no agente. A necessidade observa se há outro meio, tão intenso, que limite menos um direito, aqui, da autoproteção. Se não houver, a pena se mostrará além de adequada, necessária. Nesse

⁶⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162. Em fase célebre, o autor ensina “é preciso ressaltar que a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”.

⁶⁹ TAVARES, Juarez. Ob. cit., p. 320. Segundo Tavares, “na legítima defesa vigoram os princípios da proteção individual e da manutenção ou confirmação do direito”.

⁷⁰ Constituição Federal: Art. 5, XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

sentido, o objetivo perseguido (evitar abusos para com os presos) pode ser promovido sem uma intervenção penal, bastando, apenas, uma sanção disciplinar/administrativa ou até, civil, conforme ocorre em casos “normais” de legítima defesa. Na regra da proporcionalidade⁷¹, só se passa a uma próxima etapa da sub-regra se for tida como correta a anterior. Então, não há que se investigar a proporcionalidade em sentido estrito da medida estatal deste caso. Conclui, assim, que o agente está isento de pena.

Em um terceiro caso observa-se que: um motorista, “M”, dirige seu veículo em uma avenida movimentada, acima da velocidade máxima permitida. De longe, avista seu desafeto, “D”, encostado, de pé, junto a um veículo. “M”, aproveitando-se da situação, decide aventurar e deslocar o carro para o lado de seu inimigo, dando a mínima para a real ocorrência de um acidente. O resultado é que a lateral do veículo bate no corpo de “D”, e, devido à alta velocidade do carro, “D” vem a sofrer lesões corporais graves. Constata-se logo após o atropelamento, no entanto, que “D”, naquele exato instante, praticava uma extorsão contra uma jovem, “J”, que se situava dentro do automóvel em que “D” se apoiava. Dessarte, “M” praticou uma suposta legítima defesa de terceiro, sem o conhecimento da situação justificante, nem ao menos a tomando como possível.

Reiteradamente foi examinado que a corrente subjetivista considera todos esses casos como crimes, ante a ausência de elementos cognitivos e volitivos (intenção de se defender). A corrente objetiva se contenta com o correto exercício de um direito, ignorando qualquer subjetividade. A argumentação da tentativa e da *eximente* incompleta que se aproveita de uma prognose póstuma objetiva efetuada pelo observador externo, verificando o perigo *ex ante*, responderia a presente hipótese da seguinte maneira: diante da ocasião em que se deparava o agente, alguém minimamente coerente captaria uma condição de exercer a legítima defesa de terceiro, “M” incorreria em uma tentativa inidônea (tese da tentativa) ou num fato impunível; do contrário, uma tentativa normal e uma *eximente* incompleta, que teria o efeito de atenuar a pena.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob.cit. Diz o professor que “dada a subsidiariedade que as sub-regras da proporcionalidade guardam entre si, só há que se falar em exame da proporcionalidade em sentido estrito caso a medida estatal tiver sido considerada adequada e necessária”.

Consoante o critério das sub-regras, o direito penal para se mostrar legítimo teria que, *in casu*, provar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da sua ingerência ao indivíduo “M”. A adequação, nesse fato, passaria por um meio de se buscar um fomento do Estado para diminuir acidentes de trânsito, primordialmente, na circunstância como se deu o acontecimento, ou seja, a violência no tráfego devido a crimes com dolo eventual. Parece, por essa via, que a punição para “M” se aparenta adequada. O impacto sobre a consciência da sociedade, intimidativo e exemplificativo, e principalmente, estimulativo, no sentido de respeitar as normas do trânsito, a integridade física dos pedestres, torna a medida adequada contra o agente. Em sede de necessidade da ingerência, buscará uma viabilidade da medida que menos restrinja o direito fundamental, só podendo penalizar “M” se o objetivo perseguido não puder ser promovido por algum meio mais limitativo. Poder-se-ia advogar a tese de que uma simples multa, ou apreensão do veículo seria útil (qualquer medida administrativa), e teria a mesma intensidade, diminuindo, em menor escala, o direito fundamental. Não parece o mais justo, eis que o agente atuou com elevado desvalor da ação, e não são suficientes medidas administrativas (intensidade menor) para evitar futuras violações de trânsito pelo restante da sociedade.

Já na proporcionalidade em sentido estrito, ocorre o sopesamento entre a força que se limita o direito fundamental da liberdade individual inerente a legítima defesa (autoproteção, primordialmente) o valor da realização da proteção dos bens jurídicos, com vistas à observância da finalidade das penas. A restrição pode ser desastrosa. Negar a legítima defesa por completo, o sentido da autoproteção (na hipótese, de terceiro), penalizando “M” com a pena de lesão corporal grave, quando, em verdade, evitou um crime com pena superior ao cometido, em princípio, parece ser incongruente. Em princípio porque se deve ater ao caso concreto. Se se prende aos argumentos acima expostos, (quase) sempre não haverá proporcionalidade em sentido estrito. O caso em questão manifestou uma atitude altamente reprovável, tendo o peso da legitimação da punição maior do que o direito a ser restringido. Asseverar que a punição é desproporcional nessa situação, é permear na consciência do povo ao redor do fato que em

todo caso atropelar outra pessoa não é crime, desde que esta esteja fazendo algum mal.

Dessa maneira, é proporcional a punição. Embora, e nesse momento entra a tese da *eximente* incompleta, deve-se punir com menos rigor, isto é, considerar a ocorrência de um valor do resultado uma circunstância atenuante relevante (artigo 66 do Código Penal), que, sempre atenua, até ultrapassando o limite do mínimo legal. Obedecidos todos esses trâmites, a finalidade do direito penal – a política-criminal com esteio na função preventiva da pena – estará respeitada, e respeitando, inclusive, as peculiaridades dos casos concretos.

Cabe ressaltar que em todos os casos analisados se ocorrer o excesso de legítima defesa não há que se falar em justificação, respondendo o agente por esse excesso. Ilustrando, no caso do agente penitenciário que apenas algemou o presidiário, evitando o homicídio de outro encarcerado, embora não soubesse da situação que se passava, não seria a pena desnecessária se tivesse matado o mesmo. Para chegar a essa conclusão basta ver o fato conforme uma excludente tradicional, com elementos subjetivos: se o agente penitenciário tivesse conhecimento do fato (elemento cognitivo) e vontade de defender o outro presidiário (elemento volitivo), bastaria deter o infrator, pois o perigo ainda era iminente. Portanto, a conduta de matar o preso extrapolaria um requisito objetivo da legítima defesa, qual seja, a moderação.

Por derradeiro, esse ponto de vista coaduna a definição desses casos com aquela alcançada pelo erro de tipo permissivo. Neste, há valor da ação e desvalor do resultado; ao revés, na concorrência de pressupostos objetivos, ausente o seu conhecimento, há desvalor da ação e valor do resultado. No erro de tipo permissivo, se este for inevitável, isenta é a pena, do contrário, responderá o agente pelo crime culposos, se houver previsão legal; na hipótese estudada dos casos concretos, terá uma isenção de pena aquele que não tomar como possível a situação que permita uma legítima defesa, e a pena for desproporcional. Sendo proporcional, se dará ensejo a uma atenuante inominada, que terá o condão de diminuir abaixo do mínimo legal a pena do crime em questão.

17. Conclusão

Avistando como a regra da proporcionalidade pode ser útil no embate entre os princípios da autoproteção e proteção de bens jurídicos, conclui-se que só desta forma o direito penal tem seus fins buscados de forma coerente em sede de exigibilidade de *animus defendendi*, pois trabalha com uma política-criminal minimalista.

DANO AMBIENTAL CAUSADO POR PARTICULARES NA EXECUÇÃO DE ATIVIDADES LICENCIADAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL POR SUA CONDUTA OMISSIVA

Victor Marinho de Melo Magalhães

Oficial de Apoio Administrativo do Ministério Público de Alagoas e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil Ambiental. 3. Responsabilidade Civil Estatal. 4. Responsabilidade civil ambiental e a solidariedade. 5. Licença Ambiental. 6. Dano causado por atividade particular licenciada e responsabilização estatal. 7. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo diversas normas protetivas ao meio ambiente. Notadamente no artigo 225 da Carta é percebida a intenção de se resguardar o patrimônio natural, conferindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo.

Sem embargo dessas normas constitucionais, vislumbra-se, hodiernamente, as nefastas consequências ambientais causadas pelo crescimento desenfreado do mercado de consumo, tais como poluição de lagos, mares e rios, destruição da mata nativa etc.. Visando transpor essa problemática, foi criada a chamada licença ambiental, instrumento concedido por meio do procedimento conhecido como licenciamento ambiental, matéria esta tratada na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº. 6.938 de 1981), bem como nas Resoluções nº. 001/86 e 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), principalmente.

Longe da discussão acerca da controversa natureza jurídica da licença ambiental, cumpre investigar se o Estado, responsável por expedir as sobreditas licenças, pode responder civilmente por suas condutas omissivas, solidariamente com os particulares, imediatos causadores das lesões, pelos danos perpetrados por estes últimos ao meio ambiente, mesmo havendo expedição da licença ambiental, a qual possibilita a execução de atividades potencialmente poluidoras.

Para efetivar esse estudo, será utilizada uma abordagem dedutiva e qualitativa sobre o tema, que será analisado criticamente, elaborando o presente trabalho por meio de revisão literária acerca das posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema; análise de artigos, monografias e teses a respeito do assunto, bem como consulta legislativa acerca da matéria.

2. Responsabilidade Civil Ambiental

Antes de adentrar no tema propriamente dito, mister é tecer algumas considerações sobre como é entendida a responsabilidade civil ambiental no Brasil.

É lícito pleitear a reparação dos danos causados ao meio ambiente com fundamento na responsabilidade civil. Essa possibilidade é assegurada pela nossa Magna Carta. Em seu artigo 225, §3º, prescreve que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Também merece destaque a observação feita por Fiorillo, quando lembra que a responsabilidade ambiental também retira seu fundamento na norma inculpada no artigo 5º, XXXV¹, o qual prescreve que a lesão ou ameaça a direito pode ser apreciada pelo Poder Judiciário. Destarte, havendo o dano ambiental, nada obsta o ajuizamento de ação para recompor o bem degradado.

Contudo, é a Lei Ordinária nº. 6.938/1981, que foi recepcionada pela Magna Carta de 1988, que deixa transparecer que, na seara ambiental, a responsabilidade civil é de natureza objetiva, como consta em seu artigo 14, parágrafo primeiro:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor

¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando (Org.). **Direito ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.131-166.

ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifos nossos)

Interpretando o Código Civil de 2002, mais precisamente o *caput* do artigo 927, nota-se que três são os elementos essenciais da responsabilidade civil: o dano, a conduta ilícita e o nexo de causalidade entre ambos os requisitos mencionados primeiramente. Entretanto, o mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, ressalva a possibilidade de responsabilização civil sem a conduta **culposa**, conhecida como responsabilidade objetiva, em contraposição à responsabilidade civil subjetiva (com culpa). Venosa assevera que o conceito de culpa vem se alargando cada vez mais, visando ampliar as possibilidades de responsabilização civil pelos danos perpetrados, havendo, também, forte tendência moderna em alargar os casos de responsabilidade sem culpa.²

O fundamento da responsabilidade civil objetiva pode ser encontrado na teoria do risco. De acordo com esta, aquele que por sua ação ou omissão crie, de alguma forma, riscos ou perigos, ainda que todos os cuidados sejam tomados para evitar o dano, pode ser responsabilizado por eventual lesão³. Como bem destaca Pereira, a partir da idéia geral da teoria do risco, foram criadas diversas variantes: risco integral, risco profissional, risco proveito e risco criado. O autor faz críticas a estas subespécies da teoria do risco e conclui que o Direito brasileiro, de modo geral, fez a opção pela teoria do risco criado.⁴

No âmbito da responsabilidade civil ambiental, defende Mukai que a esta é fulcrada na teoria do risco criado. Para ele, “somente empenha a responsabilidade de alguém por danos ambientais, se ficar comprovada a ação efetiva (atividade) desse alguém, direta ou indiretamente, na causação do dano”.⁵

² VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

³ *Ibidem*, p. 6.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 282.

⁵ MUKAI, Toshio. **Responsabilidade civil objetiva por dano ambiental com base no risco criado**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/comissoes/coda/files/artigos>. Acesso em: 28 out. 2008, p. 8.

Apesar dessa consideração, a teoria do risco criado não é a principal solução encontrada para responsabilizar o causador do dano ambiental. Em virtude das características peculiares deste, como sua irreversibilidade (em alguns casos); o efeito cumulativo e sinérgico da poluição; a imprevisibilidade de sua acumulação; seus efeitos podem se alastrar para outras regiões além daquela originariamente vergastada; são danos coletivos em suas causas e efeitos, pois pode ser perpetrado por um conjunto de agentes e representar um custo socialmente repartido; manifesta-se pelos meios mais distintos (difusos), e possui efeitos diretos e indiretos, por repercussão, atacando bens ambientais públicos e privados⁶, a teoria do risco criado não se mostra a mais apropriada para resolver as eventuais querelas envolvendo lesões ao meio ambiente.

Com efeito, a tendência dominante é considerar a teoria do risco integral como suporte para a responsabilização civil por danos ambientais. Defendendo essa tese estão Benjamin⁷, Cavalieri Filho⁸, Steigleder⁹, Rodrigues¹⁰ e Krell¹¹. Essa teoria (do risco integral) já foi defendida, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXECUÇÃO FISCAL.

1. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, entende-se por:

⁶ PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 51-52.

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 9, p. 5-57, jan./mar. 1998, p. 41.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: 2006, p.164.

⁹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 198.

¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de Direito Ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2002, vol. 1, p. 205.

¹¹ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 65.

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

2. Destarte, é poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

3. O poluidor, por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "sem obstar a aplicação das penalidades administrativas" é obrigado, "independentemente da existência de culpa", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "afetados por sua atividade".

4. Depreende-se do texto legal a sua responsabilidade pelo risco integral, por isso que em demanda infensa a administração, poderá, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento.

5. Considerando que a lei legitima o Ministério Público da União e do Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, é inequívoco que o Estado não pode inscrever sel-executing, sem acesso à justiça, quantum indenizatório, posto ser imprescindível ação de cognição, mesmo para imposição de indenização, o que não se confunde com a multa, em obediência aos cânones do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

6. In casu, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ.

7. Recurso improvido.¹² (grifos nossos)

¹² BRASIL, STJ. REsp nº. 442.586 – SP - 1ª T. - Rel Min. Luiz Fux - DJ 24.02.2003 - p. 196 - Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso: 11.9.08.

Como explicado por Steigleder, a teoria do risco integral propugna a internalização, pelo processo produtivo, de **qualquer** risco relacionado ao empreendimento, cumprindo ao responsável reparar todo e qualquer dano perpetrado¹³. A principal característica dessa teoria é a não-admissão de causas excludentes de responsabilidade.

Nesse passo, Krell preleciona que, conforme seu entendimento atual, a adoção da teoria do risco integral para fundamentar a responsabilização civil ambiental do degradador é salutar para o Brasil, ou algum outro país periférico, isso porque, caso seja aceita a teoria do risco criado, o agente provocador do dano provavelmente sairia incólume¹⁴. Isso ocorreria porque o sistema jurídico brasileiro ainda é influenciado por forças alheias ao Direito (alopoiese), comprometendo o próprio funcionamento do ordenamento.

Esse, de fato, é um bom argumento para se acatar, no Brasil, a teoria do risco integral em sede de responsabilização civil por danos ambientais. Somado a isso, pode-se afirmar que quando o artigo 14, §1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente diz que o poluidor será responsabilizado civilmente pelo dano acarretado direta ou **indiretamente** pela sua atividade ao meio ambiente, o citado diploma estabelece o risco integral como fundamento da responsabilização. O empreendedor que realize atividade causadora de riscos ao meio ambiente deve ser responsabilizado, mesmo que apenas indiretamente sua ação tenha gerado dano.¹⁵

Sem embargo dessas proposições, grande da maioria dos doutrinadores aceita duas excludentes de responsabilidade na seara ambiental: a força maior e o fato de terceiro¹⁶. Isso demonstra que a teoria do risco integral, ao menos no âmbito do Direito Ambiental, é mitigada com proposições de outras correntes da teoria do risco.

3. Responsabilidade Civil Estatal

Pela exigência do tema, curial é traçar breves delineamentos sobre a responsabilidade civil estatal. Em relação ao assunto, pode-se afirmar que, no Brasil, o Estado responde objetivamente pelos danos

¹³ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. 2004, p. 198.

¹⁴ KRELL, Andreas Joachim. 2004, p. 65.

¹⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha, 2002, vol. 1, p. 205.

¹⁶ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. 2004, p. 212.

praticados contra outrem. Essa conclusão é fruto da simples interpretação do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal do Brasil de 1988. Em previsão semelhante, o atual Código Civil, Lei n.10.406/2002, também estabelece essa premissa (artigo 43).

A responsabilização objetiva estatal é fundamentada na teoria do risco, como já explicado, deixando-se de lado o fator culpa¹⁷. Meirelles deixa transparecer em sua obra que é baseada na teoria do risco administrativo a legislação pertinente ao assunto. Essa teoria baseia-se na ideia de que a atividade pública gera certos riscos para os administrados e, no caso de o mero risco tornar-se efetivo dano, o Estado tem a obrigação em repará-lo, restabelecendo o *status quo ante*.¹⁸

Ainda sobre o tema, Mello faz oportuna observação: não importa se o ato do Estado foi ilícito ou lícito; constatado o dano, cabe a reparação. No caso de ação ou omissão ilícita que causa lesão a terceiro, dúvida não há quanto ao dever indenizatório. Mas, com relação ao ato lícito do Estado, cumpre esclarecer que a indenização do dano acarretado tem como fundamento “garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos”.¹⁹

Ponto visceral na seara da responsabilização civil do Estado diz respeito aos danos causados por condutas omissivas. Sobre esse assunto, duas abordagens sobressaem. A primeira é defendida por Meirelles, para quem o Estado responde sempre objetivamente pelos danos causados a outrem, independentemente se a conduta foi omissiva ou comissiva, perquirindo-se, tão somente, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta.²⁰

A segunda, apregoada por Mello, esclarece que em casos de omissão do Estado, este responderá subjetivamente pelos danos surgidos pela sua inação quando, no caso, deveria haver uma conduta

¹⁷ PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. 2002, p. 19-20.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.649.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 991.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. 2006., p. 655.

positiva²¹. Di Pietro também apregoa a responsabilidade subjetiva do Estado no caso de conduta omissiva²². O Supremo Tribunal Federal já decidiu, em diversas ocasiões, que, no caso ora comentado, a responsabilidade estatal é subjetiva, motivada, no mais das vezes, pela falta do serviço.²³

O ponto aceito pela grande maioria dos autores é que a omissão que enseja o dever de indenizar caracteriza-se como descumprimento de um dever legal de agir, o qual, desatendido, criou a possibilidade de surgimento de dano quando deveria este ter sido impedido, o que Cavalieri Filho chama de omissão específica²⁴. As condutas omissivas genéricas não devem ser indenizadas, já que lhes falta nexa causal entre omissão e dano.

Parece mais acertada a tese sustentada por Mello e Di Pietro. Importa destacar que o descumprimento desse dever de agir do Estado será motivado por culpa, em qualquer uma das modalidades (imprudência, negligência ou imperícia). É temerário tornar o Estado uma espécie de “segurador universal”²⁵, respondendo objetivamente por qualquer falha do seu serviço ou até mesmo quando, apesar de o serviço ter funcionado de forma satisfatória dentro da realidade nacional, o dano emergiu. Necessário se perquirir, portanto, se houve culpa para ensejar o dever de indenizar.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2008, p. 997.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 569.

²³ BRASIL, STF. RE nº. 382.054 - RJ - 2ª T. - Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 01.10.2004 - p. 00037 - Disponível em: <http://www.stf.jus.br>; acesso: 8.9.08.; BRASIL, STF - AI-AgR 603.470 – GO - 1ª T. - Rel Min. Sepúlveda Pertence - DJ 10.08.2007 – p. 00025 – Disponível em: <http://www.stf.jus.br>; acesso: 8.9.08.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2006, p. 261.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da **Responsabilidade Civil** do Estado: União "seguradora universal"? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>>. Acesso em: 28 out. 2008. Nesse texto o autor usa a expressão "seguradora universal" se referindo à União, o que não impede de abrangê-la ao Estado de forma geral, englobando todos os entes federados.

Outro ponto que merece ser bem esclarecido é que no dispositivo constitucional relativo à responsabilidade civil estatal está bem claro que a Administração responderá pelos danos *causados* por seus agentes. A palavra “causar”, da forma utilizada no texto, dá a entender que é necessária uma ação efetiva, e não a inércia.²⁶

Impende notar que, no caso ora debatido, não é o Estado o causador direto do dano; o Estado, na pior das hipóteses, concorreu para a existência do dano devido a uma falha dos seus serviços. Para não deixar o administrado desamparado ante a todas as prerrogativas do Poder Público, a teoria da falta do serviço faz presumir a culpa em favor da parte hipossuficiente, presunção esta para a qual cabe prova em contrário (*juris tantum*)²⁷. Cabe lembrar que essa teoria ainda tem guarida no ordenamento jurídico pátrio. Apesar do artigo 37, §6º, da Norma Ápice, os tribunais brasileiros têm aplicado a teoria da falta do serviço no caso de omissão estatal causadora de danos aos administrados, como já destacado anteriormente.

Também é de bom alvitre mencionar que, para Mello²⁸, a responsabilidade civil estatal por danos advindos de conduta omissiva decorrerá sempre de um ilícito. É que a Administração Pública só será responsabilizada por sua omissão quando houver um dever legal de impedir o dano. Caso este ocorra, invariavelmente o Poder Público terá incorrido em uma conduta culposa em sentido amplo (negligência, imperícia, imprudência ou dolo).

4. Responsabilidade civil ambiental e a solidariedade

À primeira vista, parece não ser possível indicar um liame entre a conduta omissiva do Estado e o dano provocado pelo particular em detrimento ao meio ambiente. Essa pretensa ausência de nexo de causalidade é resolvida pelo instituto da solidariedade. A doutrina parece não vacilar quando se trata de afirmar que é plenamente aplicável à responsabilização civil ambiental do citado instituto.

Dois artigos do Código Civil de 2002 devem ser transcritos para a compreensão do tema:

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 568.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2008, p. 999.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2008, p. 997.

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Percebe-se desses artigos que por meio da aplicação da solidariedade a obrigação a ser cumprida poderá ser exigida de qualquer dos devedores e cada um deles responderá pela dívida toda. Contudo, a solidariedade não se presume, resultando da vontade das partes ou de aplicação de norma legal.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela aplicação da solidariedade na responsabilização dos co-responsáveis pelo dano ambiental:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE PASSIVA: SOLIDARIEDADE.

1. A solidariedade entre empresas que se situam em área poluída, na ação que visa preservar o meio ambiente, deriva da própria natureza da ação.
2. Para correção do meio ambiente, as empresas são responsáveis solidárias e, no plano interno, entre si, responsabiliza-se cada qual pela participação na conduta danosa.
3. Recurso especial não conhecido.²⁹

Tratando-se da possível relação do Estado com o dano provocado contra o meio ambiente, insta esclarecer que é plenamente possível responsabilizar esse ente como devedor solidário da obrigação de recompor o meio ambiente degradado. É que é seu dever evitar que os particulares agredam o ambiente, sendo essa assertiva corroborada pelo *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, o qual impõe ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações³⁰. Daí percebe-se que a solidariedade do Estado decorre da própria Constituição.

²⁹ BRASIL, STJ - REsp nº. 18.567 – SP - 2ª T. - Rel. Min Eliana Calmon - DJ 02/10/2000 - p. 154 - Disponível em: <http://www.stj.jus.br> ; acesso: 16.10.2008.

³⁰ MILARÉ, Édis. A ação civil pública por dano ao ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.140-261, p. 165.

Ainda pode ser destacado que no conceito fornecido pelo artigo 3º, inciso IV, da Lei nº. 6.938/1981 que “poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Vislumbra-se que é um conceito amplo, abrangendo tanto o causador imediato da poluição quanto o causador mediato, aquele que não causou o dano diretamente, mas viabilizou o acontecimento deste³¹, como é o caso do Estado em determinadas situações. Aí está mais um fundamento legal para aplicação da responsabilização solidária da Administração na ocorrência de danos ambientais.

Complementado esse balizamento, Benjamim esclarece que o dano ambiental é, por sua própria natureza, indivisível, já que o meio ambiente é um bem infragmentável, conforme consta na Magna Carta³². O que não é possível, ainda segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, é o réu querer eximir-se da responsabilidade de recompor a lesão perpetrada alegando que não é o único causador do dano.

5. Licença Ambiental

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº. 6.938 de 1981), bem como nas Resoluções nº. 001/86 e 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), principalmente, tratam sobre a licença ambiental. Consta neste último diploma citado um conceito para o procedimento e o instrumento jurídico ora analisados:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas

³¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. 1998, p. 37.

³² BENJAMIN, Antônio Herman V. 1998, p. 38.

pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Dos conceitos expostos, fica claro o caráter eminentemente preventivo do licenciamento ambiental, que é a tônica do Direito Ambiental como um todo.

Insta destacar em que casos a emissão da licença ambiental é exigida. Conforme o artigo 10 da Lei nº. 6.938/1981:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Dessa forma, conclui-se que não é qualquer atividade que redunde na utilização de recursos naturais que será necessariamente licenciada, mas sim aquelas consideradas efetiva e potencialmente poluidoras. Como destaca Trennepohl³³, algumas atividades já enumeradas no Anexo III do mencionado diploma normativo possuem, presumidamente, potencial degradador, exigindo-se, portanto, seu licenciamento.

Importa dizer que, no mais das vezes, a expedição de licença ambiental será avaliada de acordo com “juízos de perícia técnica, de valor ou de prognose”³⁴, o que bem demonstra a discricionariedade que permeia a interpretação de conceitos como “atividades efetiva e potencialmente poluidoras”. Assim, para a Administração Pública exigir e conceder uma licença ambiental, faz-se necessário realizar uma análise pautada não só na letra fria da lei, mas sim balizada nos princípios fundamentais relativos ao meio ambiente, dando-se especial atenção a esse bem jurídico.³⁵

³³ TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento Ambiental**. Niterói: Impetus, 2007, p. 28.

³⁴ KRELL, Andreas Joachim. 2004, p. 59.

³⁵ KRELL, Andreas Joachim. 2004, p. 60.

Portanto, é lícito constatar que é a Administração Pública a responsável por decidir, *in casu*, acerca da concessão de licença para realização de empreendimentos que envolvam a utilização de recursos naturais. Para tanto, o Poder Público deverá pautar-se em estudos que apontem os riscos que tal empreendimento traz consigo, devendo ser sopesados com o potencial benefício que poderá advir, a fim de verificar se atividade a ser desenvolvida causará dano despropositado ao meio ambiente, não justificando, portanto, a concessão da licença em questão, o que bem demonstra que o Estado passa a conhecer, ainda que de forma incipiente, os danos que eventualmente possam surgir.

Ressalte-se que não será a simples existência do dano que será determinará a negação da licença ambiental, mas sim a potencial concretização de um dano insuportável à sociedade. Essa proposição parte da idéia de que um empreendimento poderá ser devidamente licenciado mesmo causando danos ambientais, desde que estes sejam diminutos em relação aos benefícios trazidos com a atividade lesiva, sempre tendo como parâmetro para realizar esse juízo o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, proporcionando a sadia qualidade de vida.

6. Dano causado por atividade particular licenciada e responsabilização estatal

Questão instigante no tocante à responsabilidade civil ambiental diz respeito à responsabilização do Estado, em virtude de sua conduta omissiva, pelos danos causados por empreendimentos particulares licenciados.

Inicialmente, impende destacar, como faz Krell, que casos ocorrerão em que a licitude do ato lesivo, consubstanciada na licença concedida, não ensejará indenização pelos danos causados, isso porque o Poder Público, ao permitir a exploração dos recursos naturais, previu, em certa medida, a produção dessa lesão à biota.³⁶

Assim, caso o empreendimento licenciado provoque danos ambientais dentro dos limites impostos pelo Estado, não há o que

³⁶ KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental. Objeções à teoria do "risco integral". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720>>. Acesso: 18/5/2008.

indenizar, máxime quando a atividade degradadora é justificada por um benefício de grande importância à sociedade como um todo (como a construção de uma hidroelétrica quando não é possível se obter energia por outro meio menos invasivo, ou a construção de um hospital em uma comunidade carente, suprimindo-se uma área verde na cidade)³⁷. Gize-se que, em casos como esses terão plena aplicação os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador.

Contudo, deve ser destacado que se for constatado que a atividade licenciada causadora de danos ao meio ambiente, apesar de cumpridos os limites impostos pelo Poder Público, vem provocando danos além dos benefícios trazidos pelo empreendimento, aí sim exsurge o dever indenizatório. Sobre esse tema, cite-se o caso das indústrias do pólo de Cubatão, que estavam emitindo poluição que gerou danos ecológicos à Serra do Mar. Apesar da alegação das mencionadas indústrias de que estavam trabalhando dentro dos limites impostos pela CETESB - Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental, a responsabilização das mencionadas poluidoras deve se impor. É que as ditas indústrias tinham plenas condições e conhecimentos sobre a lesividade de sua conduta, afastando, portanto, uma possível boa-fé no exercício da atividade.³⁸

Voltando ao cerne da questão, percebe-se que não há vacilo ao se afirmar que, em se tratando de **ação** estatal (por meio de seus agentes ou concessionárias) que degrada recurso natural, deve-se aplicar combinadamente o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal com os artigos 3º, inciso IV, e 14, parágrafo 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Portanto, a responsabilidade é, sem sombra de dúvidas, objetiva fundada na teoria do risco integral.³⁹

Outra situação refere-se à responsabilidade chamada por Steigleder de comissiva por omissão⁴⁰. Nesse caso, o Estado teria a obrigação legal de prestar determinado serviço, mas, infelizmente, o Poder Público se omite na realização de seu mister. A autora menciona que nessa situação, a doutrina vem considerando a responsabilização objetiva do Estado e também abraça esse entendimento.

³⁷ PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. 2002, p.64.

³⁸ KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental, jun. 1998.

³⁹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. 2004, p.219.

⁴⁰ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. 2004, p. 223.

Com a vênia que a doutrinadora merece, a orientação sobre a matéria se revela equivocada. Essa hipótese é uma clara situação de que o serviço não foi executado como deveria, pois se o Poder Público tinha a obrigação de prestá-lo, mas o efetuou de forma deficiente ou simplesmente não o prestou, deverá ser aplicada a teoria da falta do serviço, na qual, conforme já explicado, carece a análise da culpa da Administração.

Entretanto, a situação que merece mais atenção está relacionada à omissão estatal e sua relação com os danos ambientais causados pelo particular. Nesse tocante, Leuzinger aponta duas hipóteses básicas⁴¹: a primeira delas diz respeito à licença ambiental concedida de forma ilegal; a segunda se refere aos danos provocados por empreendimentos que, apesar de devidamente licenciados, provocaram danos ao meio ambiente.

Avaliando a primeira hipótese, cumpre destacar que a licença ambiental foi expedida ao arrepio das normas referentes ao procedimento de licenciamento. Constata-se, portanto, que a licença ambiental é ilegal. Porfírio Júnior, por sua vez, assevera que se houve licença expedida ilegalmente, nota-se que o serviço público não funcionou como deveria, pelo que resta aplicar, na hipótese em análise, a teoria da falta do serviço.⁴²

Entretanto, essa diretriz não parece ajustada com a hipótese fática estudada. Apesar de a doutrina defender que se trata de uma omissão, na verdade, o Estado emitiu licença ambiental, mesmo que ilegalmente, por conseguinte sua conduta foi positiva. Desse modo, resta constatada a **ação** (e não inação) estatal, pelo que se faz necessário responsabilizá-lo objetivamente nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal cumulado com os artigos 3º, inciso IV, e 14, parágrafo 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ou seja, com base na teoria do risco integral.

Outra situação que poderá ocorrer é a omissão do Poder Público em fiscalizar as atividades potencialmente poluidoras. Repise-se que o Estado, ao conceder a licença ambiental, fica a par dos possíveis

⁴¹ LEUZINGER, Márcia Dieguez. Responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 45, p. 184-195, jan./mar. 2007, p. 195.

⁴² PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. 2002, p. 71.

danos que poderão surgir a partir da atividade desempenhada pelo particular. Então, é plenamente possível ter conhecimento, mesmo que de forma pouco profunda, de quais empreendimentos merecem ser fiscalizados com maior cautela e aqueles que apresentam riscos mínimos à biota.

A Administração Pública tem, na maior parte dos casos, o poder discricionário de conceder a licença ambiental, avaliando-se, logicamente, se o empreendimento que se pretende pôr em atividade causará alguma espécie de dano ao meio ambiente. Em sendo liberada a atividade, cumpre ao Poder Público fiscalizá-la.

Não importará se o empreendimento agirá nos limites estabelecidos na autorização administrativa ou fora deles; o Estado terá sempre o dever legal de velar pela incolumidade da sociedade. Destarte, constatado que a atividade está causando danos ambientais, estes devem, de logo, ser cessados, cumprindo, para tanto, que a Administração aja, exercitando o seu poder de polícia.

Todavia, nem sempre o Poder Público é atuante, permanecendo inerte na fiscalização. Nessa situação, o Estado deverá ser responsabilizado por eventuais lesões viabilizadas pela sua omissão fiscalizatória, conforme apregoa Mukai⁴³, Porfírio Júnior⁴⁴ e Leuzinger⁴⁵. Trata-se da responsabilização civil por atos omissivos.

Machado defende que mesmo sendo a lesão ao meio ambiente causada por conduta omissiva do Estado, este deverá responder solidária e objetivamente pelos danos emergidos⁴⁶. Para o autor, deveria ser aplicada nessa situação a regra veiculada pelo artigo 37, §6º, da Norma Ápice.

Contudo, essa não se afigura a melhor solução para a hipótese em quadra. Concorde-se com Machado quando apregoa que a responsabilidade do Poder Público deve ser solidária com a do degradador imediato do meio ambiente. Porém, não é possível sustentar que o Estado responda objetivamente por essa lesão, como

⁴³ MUKAI, Toshio. 2004, p. 76-77.

⁴⁴ PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. 2002, p. 71.

⁴⁵ LEUZINGER, Márcia Dieguez. 2007, p. 195.

⁴⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 353.

se fosse um verdadeiro “segurador universal”, pois tal qualificação não se presta para caracterizar o ente estatal.

Em verdade, quando o Poder Público atua fiscalizando as atividades devidamente licenciadas, ele o faz obedecendo a padrões mínimos de cautela. Conforme explica Porfírio Júnior⁴⁷, com base nos ensinamentos de Silveira, existe para a Administração Pública um dever **geral** de cautela e não um dever **total** de cautela, necessitando-se averiguar se o Estado atuou nos limites aceitáveis na sua função de fiscalização. Ressalte-se que acidentes podem ocorrer a qualquer tempo, e isso não pode ser motivo determinante para a responsabilização civil estatal se ficar comprovado que o Poder Público atuou diligentemente.

Deve-se ter em mente que se o Estado empreendeu todas as suas atividades de forma cautelosa, respeitando os padrões técnicos e jurídicos para efetivar um juízo acerca do bom andamento do empreendimento licenciado, descabe falar em responsabilização solidária caso um dano ambiental venha a surgir. Para que seja possível responsabilizar a Administração, assevera Mukai, “há necessidade de se demonstrar que a culpa existiu, pela incúria, pelo desmazelo ou pela recusa em impedir o evento danoso, evidentemente, com a condição de que o ato lesivo poderia ter sido impedido pelo Poder Público”.⁴⁸

Em outras palavras, não há a responsabilização automática do Estado pelos danos acarretados por empreendimentos licenciados, sendo imprescindível averiguar se o Poder Público deixou de agir quando deveria impedir a prática danosa. Nesse caso, constatada a legalidade da licença expedida e a atuação dentro dos padrões exigíveis por parte do Poder Público, o único que será responsabilizado é o particular poluidor⁴⁹. Caso fosse observada apenas a conexão causal, todo e qualquer dano ambiental ensejaria a

⁴⁷ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. Responsabilidade civil da administração pública por dano ambiental. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 72, p. 162-185, mar. 1988 *apud* PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. 2002, p. 70.

⁴⁸ MUKAI, Toshio. 2004, p. 77.

⁴⁹ LEUZINGER, Márcia Dieguez.. 2007, p. 195.

responsabilização do Estado, o qual teria como obrigação “indenizar pelo menos a metade do dano - com dinheiro do contribuinte!”⁵⁰.

Posto isso, afirma-se que a responsabilidade, nesse caso, dependerá da demonstração da culpa da Administração Pública, senso ocioso afirmar que essa responsabilidade recairá sobre o ente responsável pela emissão da licença.

Contudo, não é possível afirmar quer é a teoria da falta do serviço que fundamenta tal orientação. Como explica Mello, o serviço público diz respeito ao oferecimento, sob o regime de direito público, de uma utilidade ou comodidade diretamente fruível pelos administrados prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes. Já a atividade conhecida como “polícia administrativa”, a qual o licenciamento e a fiscalização de empreendimentos e atividades fazem parte, tem como desiderato limitar ou condicionar, em prol da coletividade, a livre atuação dos administrados.⁵¹

Conforme já decidiram alguns tribunais pátrios⁵², reconhece-se que deve ser perquirida a culpa do Poder Público na hipótese ora estudada, pois houve uma omissão no poder-dever fiscalizador do Estado, mas sem fundamentar esse posicionamento na teoria da falta do serviço devido à diferença ontológica entre as atividades conhecidas como “serviço público” e “polícia administrativa”, tornando-se impossível apontar uma teoria, dentre as vigentes atualmente, que fundamente tal responsabilização.

⁵⁰ KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental., jun. 1998.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 7, julho/agosto/setembro, 2006.
Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 agosto 2008, p. 3-4.

⁵² BRASIL, STJ. REsp nº. 438.831 - RS - 2ª T. - Rel Min. João Otávio de Noronha - DJ 02.08.2006 - p. 00237 - Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso: 19.11.08.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC nº. 200101000143712 – 5ª T. – Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida - DJ 15.08.2005 – p. 45 - Disponível em: <http://www.trf1.gov.br>; acesso: 19.11.08.

7. Conclusões

No Brasil é certo que a responsabilidade civil ambiental é objetiva, havendo acirrada discussão acerca da teoria que fundamenta esse tipo de responsabilização. Existem, basicamente, dois entendimentos distintos sobre o tema, correspondentes à teoria do risco criado e à teoria do risco integral, que tem como principal característica a não-aplicação das excludentes de responsabilidade, embora seja recomendável adotar uma postura menos radical, aceitando as excludentes de caso fortuito e força maior. A grande maioria da doutrina, bem como a jurisprudência, tem apontado essa última teoria como a adotada pelo sistema jurídico nacional, com base nos artigos 3º, inciso IV, e 14, parágrafo 1º, da Lei nº. 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Com relação às lesões perpetradas pelo Estado, deve-se adotar, também, a responsabilização objetiva, com fulcro no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, tratando-se de conduta comissiva. Entretanto, grande parte da doutrina e da jurisprudência, acertadamente, apregoa que em havendo conduta omissiva por parte da Administração Pública, esta responderá subjetivamente pelos danos, entendimento esse fulcrado na teoria da falta do serviço.

Visando impedir a ocorrência de lesões ao meio ambiente, o Estado surge como uma espécie de garante da incolumidade da sociedade, sendo ele responsável por adotar todas as medidas cabíveis para a proteção ambiental. Um dos principais instrumentos para a consecução desse desiderato, se não o mais relevante, é o procedimento conhecido como licenciamento ambiental. Por meio desse, a Administração pública irá verificar dentre os empreendimentos que detenham potencial poder degradador quais terão a permissão para atuar.

No que se refere ao dano ocasionado por empreendimento particular licenciado, cumpre destacar duas situações distintas: o dano acarretado por atividade/empreendimento possuidor de licença ambiental concedida ao arrepio da lei; e o perpetrado por atividade/empreendimento que possui licença ambiental que respeita a normatização vigente.

A licença ambiental expedida ilegalmente acarretará a responsabilização civil do Estado sem a perquirição de culpa

(responsabilidade objetiva), fundamentada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal com os artigos 3º, inciso IV, e 14, parágrafo 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Insta considerar que emitir uma licença ilegal é uma conduta comissiva, devendo ser aplicada, portanto, a teoria do risco integral.

Tratando-se de licença ambiental lícita, outra será a solução. Nesse caso, o Estado responderá subjetivamente pelos danos ocasionados. É que é dever da Administração Pública fiscalizar as atividades que façam uso dos recursos naturais e que possam causar alguma espécie de dano ao meio ambiente. Caso ocorra o dano, mesmo havendo fiscalização do Estado, nota-se que, no mínimo, a fiscalização por parte do Estado (exercício de poder de polícia) não funcionou como deveria.

Contudo, é necessário analisar se todos os procedimentos técnicos e jurídicos foram levados em consideração e efetivamente aplicados quando da fiscalização do empreendimento poluidor. Caso não haja irregularidades no procedimento fiscalizatório, não é possível a responsabilização do Estado, em virtude da inexistência de dolo ou culpa em sentido estrito. Se fosse levada em conta tão-somente a conexão causal, o Poder Público seria considerado um verdadeiro “segurador universal”, responsável, em certa medida, por todo e qualquer dano perpetrado contra o meio ambiente.