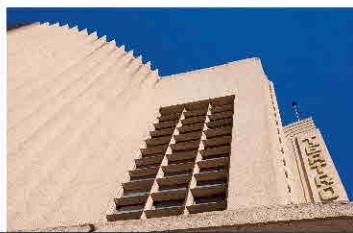


Revista do Ministério Público do Estado de Goiás

nº25



Ministério Público do Estado de Goiás
Procuradoria-Geral de Justiça

Revista do Ministério Público do Estado de Goiás

Goiânia
2013

Conselho Editorial: Ana Paula Antunes Vieira Nery
Frederico Augusto de Oliveira Santos
Frederico Siqueira Guedes Coelho
Márcio do Nascimento
Maurício José Nardini
Spiridon Nicofotis Anyfantis

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado de Goiás - ,
n.25 (jan/jun2013) -.- Goiânia: ESMP-GO.1996
v.: 21 cm.
244 p.

Trimestral (2005-2009). Semestral 2010.
ISSN 1809-5917

1. Direito - periódicos. 2. Escola Superior do Ministério Público de Goiás

CDU 34(051)

T.G.G. CRB 1842

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta

On demande l'échange

We ask for exchange

Editoração, edição, organização e capa: Coordenação de Editoração da ESMP-GO

Foto capa: Weimer Carvalho

Impressão: Flex Gráfica e Editora Ltda.

Revisão ortográfica: Mirela Adriele da Silva Castro

Tiragem: 1000 exemplares

Ministério Público do Estado de Goiás

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás

Procurador-Geral de Justiça - Lauro Machado Nogueira

Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás

Diretora em auxílio - Ana Paula Antunes Vieira Nery

Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás - ESMP-GO

Rua 23, esquina c/ Av. Fued Sebba, Qd.06, Lts.15/24

Jardim Goiás - Goiânia - CEP 74.805-100 Fone: (62) 3243 8000

e-mail: esmp@mpgo.mp.br; editoracao@mpgo.mp.br;

<http://www.mpgo.mp.br>;

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	05
-------------------	----

DIREITO PÚBLICO

As inovações legislativas na gestão sustentável dos resíduos sólidos.....	09
---	----

JULIANO DE BARROS ARAÚJO

O processo coletivo, o princípio da precaução e inversão do ônus da prova na responsabilidade civil por dano ambiental.....	37
---	----

OTÁVIO BALESTRA NETO

A intervenção do Ministério Público nos contratos de empréstimos consignados realizados por pessoa idosa e analfabeta.....	57
--	----

ANA CECÍLIA ROSÁRIO RIBEIRO

DIREITO COLETIVO

O Ministério Público e sua posição na ordem constitucional de 1988	73
--	----

EDUARDO ALVES DE FREITAS / LÚCIO FLÁVIO DE SOUZA

Direitos Humanos, gênero e sistema prisional: realidade do município de Rio Verde-GO.....	105
---	-----

TAMI CRISTINA MABONI / PATRÍCIA SPAGNOLO PARISE COSTA

Sexualidade e uniões homoafetivas / homossexuais no Brasil: algumas considerações.....	129
ELLEN RIBEIRO VELOSO	

DIREITO CIVIL

Os limites impostos pela boa-fé e à modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.....	145
VICTOR DE OZÊDA ALLA BERNARDINO	

Contratação no comércio eletrônico.....	179
NATHAN PORTO LIMA	

DIREITO ESTRANGEIRO

De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales.....	199
NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA	

APRESENTAÇÃO

Caros leitores,

É com alegria que apresentamos a 25ª Edição da Revista do Ministério Público do Estado de Goiás na versão impressa e a 4ª Edição da Revista na forma eletrônica, reforçando o objetivo primordial das publicações da Escola Superior do Ministério Público de Goiás de disponibilizar espaço para disseminação de ideias e discussão acadêmica.

Os trabalhos publicados abordam temas diversificados como gestão sustentável de resíduos sólidos, contratação no comércio eletrônico, processo coletivo, adoção por casais homoafetivos, prevenção e solução de conflitos na área penal, dentre outros de variadas áreas do direito, proporcionando ao público da revista diferenciada fonte de pesquisa.

Desejo uma ótima leitura a todos e espero que continuem colaborando para o sucesso de nossas publicações por meio do envio de artigos doutrinários e comentários à jurisprudência, suscitando debates e estimulando compartilhamento de experiências.

Goiânia, Brasil, julho de 2013.

Ana Paula Antunes Vieira Nery

Promotora de Justiça
em auxílio à ESMP-GO

DIREITO PÚBLICO

PUBLIC LAW
DERECHO PÚBLICO



Foi o Art Déco que inspirou os primeiros prédios de Goiânia, assim como sua antiga Estação Ferroviária, que possui, na área interna principal, murais de frei Nazareno Confaloni, introdutor do modernismo em Goiás. Durante mais de vinte anos serviu como estação ferroviária de Goiânia, sendo desativada na década de 1970.

AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NA GESTÃO SUSTENTÁVEL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS

THE LEGISLATIVE INNOVATIONS IN THE
SUSTAINABLE MANAGEMENT OF SOLID WASTE

LAS INNOVACIONES LEGISLATIVAS EN LA
GESTIÓN SOSTENIBLE DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS

Resumo:

A partir da premissa de que a geração de resíduos é uma consequência inevitável da própria ordem natural da condição da vida em todas as suas formas, bem como partindo da constatação de que o atual estágio das sociedades, face ao constante incremento nos padrões de consumo, é determinante para o aumento exponencial na geração de resíduos, o presente artigo tem por objetivo apresentar as inovações constantes da recente política nacional de resíduos sólidos, instituída pela Lei Federal n. 12.305/2010, que ousou em buscar a alteração do paradigma de gestão pública de resíduos sólidos.

Abstract:

From the premise that waste generation is an inevitable consequence of the natural order of the condition of life in all its forms, as well as based on the finding that the current stage of the society, face the constant increase in consumption patterns, is crucial to the exponential increase in waste generation, this paper aims to present innovations contained in the recent national policy for solid waste, introduced by Federal Law N° 12.305/2010, who dared to seek to change the paradigm of public management of solid waste.

* Mestrando da PUC-GO em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Vice-Diretor da Região Centro-Oeste da ABRAMPA. Promotor de justiça do MP-GO e membro do Núcleo de Defesa do Meio Ambiente. Ex-Coordenador do CAO MEIO AMBIENTE do MP-GO.

Resumen:

Partiendo de la premisa de que la generación de residuos es una consecuencia inevitable de la orden muy natural de la condición de vida en todas sus formas, así como sobre la base de la constatación de que la etapa actual de la empresa, teniendo en cuenta el aumento constante de los patrones de consumo, es crucial para el aumento exponencial de la generación de residuos, el presente trabajo tiene como objetivo presentar las innovaciones contenidas en la política nacional reciente de los residuos sólidos, establecido por la Ley Federal nº 12.305/2010, que se atrevió a tratar de cambiar el paradigma de la gestión pública de los residuos sólidos.

Palavras-chaves:

Hierarquização, prevenção, valorização, responsabilização.

Keywords:

Hierarchy, prevention, recovery, accountability.

Palabras clave:

Jerarquía, prevención, recuperación, responsabilidad.

INTRODUÇÃO

O século XXI desponta e junto a ele crescem as preocupações com o meio ambiente e, conseqüentemente, as preocupações com as condições mínimas que garantam a continuidade da vida humana de forma digna. Vários alertas científicos indicam sérias ameaças à totalidade da vida na Terra, decorrentes em grande parte do modelo antropocêntrico e consumista dominante, que, por ser insustentável, tem levado ao esgotamento dos nossos recursos naturais.

A preocupação ecológica, que ainda se encontra no campo ético-teórico, está muito distanciada da prática humana atual, que inspirada na visão humanista clássica postulada por Descartes, no século XVII, reduz a natureza a mero instrumento de utilização do homem.

Na atual era globalizada, ou da pós-modernidade, essa situação se agrava, uma vez que o modelo capitalista neoliberal faz com que o Estado encolha suas políticas de proteção em prol da busca pelo crescimento econômico e estimule o hiperconsumismo, como paradigma norte ocidental válido, visando o alcance da felicidade e da dignidade humanas, gerando riscos ambientais para a própria sociedade.

Para enfrentarmos a crise ambiental anunciada, urge instaurar uma nova ética do dever de responsabilidade coletiva, consubstanciada num novo compromisso dos seres humanos de corresponsabilidade e cuidado. Esse é um novo paradigma ecológico, que se pauta pelo resgate da razão sensível, do afeto, em complemento à razão lógica, bem como da solidariedade e da responsabilidade a orientar as ações de todos: indivíduos, coletividade e, principalmente, os poderes públicos.

Vale ressaltar, conforme Hans Jonas (2006), que o espectro da aplicação da ética da responsabilidade não mais se restringe ao terreno imediatamente intersubjetivo da contemporaneidade, mas deve estender-se, sobretudo, às gerações vindouras, com o fim de assegurar a existência no futuro.

A partir da premissa de que a geração de resíduos é uma consequência inevitável da própria ordem natural da condição da vida em todas as suas formas, bem como partindo da constatação de que o atual estágio das sociedades, face ao constante incremento nos padrões de consumo, é determinante para o incremento na busca por recursos naturais, com o fim de suportar as necessidades de produção e, de consequência, o aumento exponencial na geração de resíduos, o presente artigo tem por objetivo apresentar as inovações constantes da recente política nacional de resíduos sólidos, instituída pela Lei Federal n. 12.305, de 02 de agosto de 2010, que ousou em buscar a alteração do paradigma de gestão pública de resíduos sólidos.

O artigo visa demonstrar que, ainda hoje, o modelo de gestão de resíduos sólidos adotado pelo Poder Público Nacional, em todas as esferas, está intrinsecamente ligado ao paradigma sociocultural, no qual o homem repugna os próprios rejeitos, limitando o direcionamento da política pública nas ações de coleta

e afastamento dos resíduos.

Busca-se, ainda, a partir do novo enfoque legislativo sobre a questão, analisar a evolução da teoria da economia circular em contraponto à economia linear, a partir da inclusão das chamadas externalidades negativas da produção de bens e serviços, mediante a aplicação do princípio do poluidor-pagador, bem como na inovação do conceito de ciclo de vida do produto.

É intenção também levantar alguns dos instrumentos de aperfeiçoamento da gestão de resíduos, tais como a ordem de priorização das políticas públicas, a responsabilidade ambiental compartilhada, a logística reversa, a planificação da gestão e o incentivo às cooperativas de catadores, que direcionam para uma gestão sustentável dos resíduos sólidos.

Um dos grandes desafios para a sustentabilidade ambiental é fazer inserir um novo paradigma de desenvolvimento, calcado na economia circular, que deixe de ver os resíduos pelo prisma unitário das medidas reparatórias, ou de destinação final, mas que estabeleça, calcado na complexidade e transdisciplinaridade, a noção de fluxo de materiais, alterando a perspectiva das medidas reparadoras, para as medidas preventivas aos resíduos.

Da problemática dos resíduos sólidos

No século XVIII, Antoine Laurent Lavoisier, o considerado pai da química, o primeiro cientista a enunciar o princípio da conservação da matéria, já ensinava que “na Natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”.

“Desde a atividade biológica até a antrópica, a produção de rejeitos é uma constante. Nos ecossistemas, os rejeitos de um organismo são alimentos de outro, as trocas entre vários organismos formam um ciclo de transformações bioquímicas mais ou menos homeostáticas” (POLZIN, 2004). Todavia, a atividade humana não consegue formar um ciclo perfeito, isto é, nem sempre os rejeitos de uma atividade são inteiramente

absorvidos por outra.

Dessa maneira, em processos naturais não há lixo, mas só matéria. As substâncias produzidas pelos seres vivos e que são inúteis ou prejudiciais para o organismo, tais como as fezes e a urina dos animais, ou o oxigênio produzido pelas plantas verdes como subproduto da fotossíntese, assim como os restos de organismos mortos são, em condições naturais, reciclados pelos decompositores (WIKIPEDIA, online).

Todavia, o conceito negativo, e até mesmo pejorativo, de resíduo vem sendo construído ao longo da história da humanidade, isto porque desde a Antiguidade o homem aprendeu, pela própria experiência, que a água suja, o lixo e outros resíduos podiam transmitir doenças e passou a adotar medidas para se livrar dos detritos.

Milaré (2011, p. 850), citando Samuel Murgel Branco, reforça esse paradigma cultural ao ensinar que só a língua portuguesa conservou a denominação lixo para os resíduos sólidos, sendo sua origem do radical *lix*, que em latim significa cinzas e por extensão varredura, enquanto no inglês denomina-se *garbage*, no espanhol *basura*, no francês *ordure* e no italiano *lordura*. *Ordure* advém do radical *horridus*, que designa aquilo que é repulsivo.

Nesse tema percebe-se o grande distanciamento da relação homem e natureza, distanciamento forjado pelo paradigma cultural construído ao longo da história, em que o homem repugna os seus próprios rejeitos.

Na atual era globalizada, ou da pós-modernidade¹, essa situação se agrava a partir do atual estágio da sociedade contemporânea, denominada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck (2010) de pós-industrial, em que o capitalismo neoliberal faz com que o Estado encolha suas políticas de proteção em prol da busca pelo crescimento econômico e estimule o hiperconsumismo, como paradigma norte ocidental válido, para o alcance da felicidade e da dignidade humanas, gerando riscos ambientais para a própria sociedade.

Para Pinz (2012), é notório que nenhum modelo econômico anterior o fez no grau alcançado pela atual sociedade de hiperconsumo, que tem como consequência direta a superexploração

¹ Dentre alguns que analisam a pós-modernidade tem-se: Zygmunt Bauman, Boaventura de Souza Santos e Luis Roberto Barroso.

dos recursos naturais, tanto no início da cadeia produtiva, com a extração das matérias-primas e geração de energia, quanto no posterior descarte dos resíduos resultantes do esgotamento das possibilidades de fruição dos bens de consumo.

E acrescenta, ao analisar os resíduos sob a ótica da sociedade de risco de Beck, que os mesmos

decorrem da forma industrial de produção de bens e do modo de vida (caracterizado, sobretudo, pelo consumo) que se constituiu no bojo da sociedade moderna, como condição de sustento desta; e, de outra parte, revelam-se hoje, como a proporção assumida pelo descarte de materiais, em um problemático subproduto da modernidade, convertido em objeto de preocupação da própria indústria, da ciência, do Poder Público e da sociedade em seu todo. (PINZ, 2012)

Esse modelo político-econômico social dominante não coaduna com a sustentabilidade do planeta, pois, para atender ao crescimento contínuo nos níveis de consumo, exige-se cada vez mais a exploração dos recursos naturais, tanto com a utilização de matérias-primas e a geração de energia para a produção.

Lemos (2012, p. 40-41), ao estabelecer os fatores para a crise ambiental que afeta o sistema econômico, além de incluir o problema da escassez global, gerada pela destruição das condições ecológicas em decorrência do desflorestamento, da perda de cobertura vegetal e do aquecimento global, questiona por que não incluir entre esses fatores o consumo excessivo típico da sociedade contemporânea e os problemas decorrentes dos resíduos desse consumo.

Assim é inegável que o exponencial crescimento do descarte dos resíduos resultantes do padrão de consumo elevado, que em razão da quantidade e das especificidades físico-químicas, decorrentes do avanço tecnológico, não estão sendo suportadas pelo ciclo biológico da natureza, gerando poluição, desperdício econômico e degradação ambiental e social.

A prática mundial demonstra estar integralmente inserida no mesmo modelo neoliberal dominante, sendo explícitos os incentivos ao aquecimento do consumo, como medida de proteção do mercado, principalmente após os momentos críticos das

sequenciais crises econômicas mundiais, bem como é latente o descaso com a gestão ambiental e dos resíduos sólidos.

Nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento a política de gestão dos resíduos sólidos ou é inexistente, em face de flagrante omissão, ou se limita a corroborar o paradigma cultural de repulsa dos rejeitos. Isto é, a gestão dos resíduos pauta-se pela solução que se resume no afastamento dos resíduos mediante a coleta e, na maioria das vezes, a disposição direta destes resíduos sobre o solo, formando os chamados lixões a céu aberto e trazendo as várias consequências socioambientais danosas de conhecimento geral, tais como contaminação do solo, das águas superficiais e subterrâneas, poluição atmosférica, disseminação de vetores e de doenças (cólera, cisticercose, disenteria, giardíase, etc.).

Cumprе ressaltar que o problema do lixo não está adstrito aos chamados países periféricos, que, na maioria das vezes, carecem de políticas de saneamento ambiental. Pelo contrário, a gravidade da problemática dos resíduos é diretamente proporcional à capacidade econômica da Nação, isto porque se agrava pelos crescentes índices de consumo, que cada vez mais aumentam a demanda por energia e matéria-prima, além de gerarem mais e mais resíduos.

Nos EUA, a produção de resíduos foi de 250 milhões de toneladas, em 2010². O Banco Mundial estimou, em 2004, que a China produzirá, em 2030, 480 milhões de toneladas de resíduos por ano³.

Anualmente, são produzidos na União Europeia cerca de três bilhões de toneladas de resíduos, sendo cerca de noventa milhões delas consideradas resíduos perigosos. Isso equivale a cerca de seis toneladas a cada ano de resíduos sólidos por cada homem, mulher e criança, de acordo com as estatísticas do Eurostat⁴.

A Comissão Europeia reconhece que, entre 1990 e 1995, a quantidade de resíduos gerados na Europa aumentou 10%, de acordo com a OCDE, bem como, para 2020, a alarmante projeção de

² Disponível em: <http://www.epa.gov/waste/index.htm>. Acesso em: 09 out. 2012.

³ Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTEAPREGTOPURBDEV/Resources/China-Waste-Management1.pdf>. Acesso em: 09 out. 2012.

⁴ Comissão Europeia. Disponível: <http://ec.europa.eu/environment/waste/index.htm>. Acesso em: 09 mar. 2013.

aumento na geração de resíduos é de 45% do gerado em 1995⁵.

Soma-se a isso a constatação de que a gestão de resíduos na Europa centra-se na disposição final por incineradores ou em disposição final em aterros sanitários (67%). Ou seja, adota métodos que causam danos ambientais, poluição da água, ar e solo, libera grandes concentrações de dióxido de carbono (CO₂) e metano (CH₄) na atmosfera, que contribuem significativamente com o efeito estufa e as mudanças climáticas.

A incipiente política de gestão sustentável de resíduos tanto nos países desenvolvidos quanto nos demais países levou a Assembleia Geral das Nações Unidas a incluir, por meio da Resolução 44/228, voltada à realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – a Rio 1992 –, entre as questões mais importantes para manter a qualidade do meio ambiente e lograr o desenvolvimento sustentável, a gestão ambientalmente racional dos resíduos.

No Brasil é latente o descaso com a gestão ambiental e dos resíduos sólidos, isso porque, segundo a pesquisa do IPEA⁶, são coletadas 183,5 mil toneladas de resíduos sólidos por dia no Brasil, em 90% do total de domicílios, o que representa 98% das moradias urbanas, mas apenas 33% das rurais. A matéria orgânica representa 51,4% do lixo diário, e apenas 31,9% é composto de material reciclável (alumínio, plásticos, papel, aço, metais e vidro). De acordo com a pesquisa do IBGE, em 2010, 50,5% dos municípios brasileiros possuíam lixões a céu aberto, enquanto na região Centro-Oeste 72,7% dos municípios está nessa situação. Em Goiás, a Secretaria de Estado de Gestão e Planejamento (SEGPLAM) informa que, no ano de 2009, apenas nove municípios, dos 246, possuíam aterro sanitário.

A prática nacional de política pública de gestão dos resíduos sólidos, principalmente na esfera municipal, ou é inexistente, em face de flagrante omissão, ou se limita a corroborar o

⁵ Comissão Europeia: 2013.

⁶ Comunicado 145 – *Plano Nacional de Resíduos Sólidos: diagnóstico dos resíduos urbanos, agrosilvopastoris e a questão dos catadores*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13932&catid=1&Itemid=7. Acesso em: 10 abr. 2012.

paradigma cultural de repulsa dos rejeitos. Isto é, a gestão dos resíduos pautou-se e pauta-se pela solução que se resume no afastamento dos resíduos mediante a coleta e, na maioria das vezes, a disposição direta destes resíduos sobre o solo, formando os chamados lixões a céu aberto e trazendo as várias consequências socioambientais danosas de conhecimento geral, tais como contaminação do solo, das águas superficiais e subterrâneas, poluição atmosférica, disseminação de vetores e de doenças (cólera, cisticercose, disenteria, giardíase, etc.).

Segundo Aragão (2003, p. 9), é fato inegável que os resíduos estão na origem dos mais variados tipos de poluição, causando perturbações ambientais na hidrosfera, na atmosfera, na litosfera e na biosfera.

Soma-se a isso o fato de que, nos centros urbanos, cada dia mais adensados, essa degradação ambiental tende a ter maior concentração e a estar espacialmente mais próxima das populações periféricas, isto é, mais vulneráveis econômica e politicamente.

Já há cidades que não possuem mais áreas disponíveis que sejam ambientalmente viáveis para a instalação de novos aterros sanitários, ou áreas para a ampliação dos atuais, que estão com o prazo de vida útil reduzido, face ao acréscimo exponencial da quantidade de resíduos depositada e a ausência e incipiência de outra forma de gestão de resíduos que não seja a coleta e o afastamento.

Aragão aponta ainda outra dificuldade para a gestão territorial dos resíduos, os constantes conflitos sociais decorrentes de uma postura incoerente das populações que se avizinham dos locais das instalações de gerenciamento dos resíduos (aterros sanitários, incineradoras, centrais de triagens de materiais reciclados, estações de transferências, etc.). Isso porque a população quer os benefícios resultantes do gerenciamento dos resíduos, mas não aceita os incômodos decorrentes da proximidade das instalações. Tal fenômeno justifica-se na síndrome social denominada pela sigla inglesa *NIMBY* (*not in my back yard*, ou “não no meu quintal”) e refere-se a todas as instalações habitualmente consideradas como *LULUs* (*locally unwanted land uses*, ou “usos indesejáveis do solo”) (ARAGÃO, 2003).

Outro grande problema decorrente é o descarte e o

desperdício de bens dotados de valor econômico, o que, diante das precárias condições de vida, baixo nível de instrução e elevados índices de desemprego, leva milhares de pessoas a aceitarem o risco à própria saúde e a se submeterem a condições de trabalho degradantes para o exercício, de forma desorganizada, do subemprego de catador de lixo.

O modelo de gestão de resíduos centrado basicamente na coleta e disposição final é, por vezes, tido como a única alternativa de efetivar a referida política pública. Tal forma foi, e está sendo, fomentada inclusive pelo Ministério Público, em todo o país, que durante anos busca, mediante ações civis públicas e termos de compromisso de ajustamento de condutas, a imposição de obrigação de fazer consubstanciada na adequada destinação final dos resíduos em aterros sanitários ambientalmente licenciados. Recentemente, temos visto que gestores municipais, ante a inércia propositada na implementação da política pública de gestão de resíduos, estão sendo processados pela prática de improbidade administrativa ambiental.

A MUDANÇA DE PARADIGMA PELA LEI DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Visando reverter este quadro, no Brasil, após mais de duas décadas de tramitação e longo debate social, houve a aprovação da Lei Federal n. 12.305, de 02 de agosto de 2010, que estabelece a Política Nacional de Gestão de Resíduos e traz inovações importantes como alternativas para a solução do problema apontado.

A par das várias inovações e dos instrumentos jurídicos criados, os quais destacamos alguns no presente estudo, a grande virtude da nova legislação é justamente a mudança do enfoque no enfrentamento da questão dos resíduos.

O novo marco regulatório da política de resíduos abandona a ideia da lógica unitária e do pensamento unidimensional acerca da questão, para abraçar um novo paradigma consubstanciado na complexidade ambiental.

Isto é, a questão dos resíduos, até então tratada, a partir de um pensamento unidimensional, como uma questão geradora de problemas de saúde ambiental⁷, passa a ser legalmente reconhecida como um problema complexo, a partir do qual se passa a demandar variadas soluções fundadas no paradigma da transdisciplinaridade, ou seja, a partir do reconhecimento da existência de vários níveis de realidade (multidimensional e multirreferencial) a serem observadas no enfrentamento da questão.

A gestão dos resíduos, no Brasil, começa a romper o paradigma do afastamento do resíduo como única política pública exequível para iniciar uma nova fase pautada na complexidade ambiental, que, segundo Leff (2011, p. 420), a partir de Prigogine e Morin, abre uma nova reflexão sobre a natureza do ser, do saber e do conhecer; sobre a articulação de conhecimentos na interdisciplinaridade e na transdisciplinaridade; sobre diálogo de saberes e a inserção da subjetividade, dos sentimentos, dos valores e dos interesses na tomada de decisões e nas estratégias de relacionamento com a natureza.

Assim, a legislação *in comento*, além da preocupação com a saúde ambiental, amplia o espectro da gestão dos resíduos, incorporando outras dimensões do conhecimento, novas referências, valores, princípios e saberes como formas para que haja uma gestão sustentável em todos os aspectos.

Em outras palavras, a nova gestão de resíduos funda-se nos vieses econômico, científico, cultural e social, além do ambiental. Isto é, o lixo deixa de ser um problema isolado e passa a ser insumo de desenvolvimento sustentável. O lixo deixa de ser lixo e se torna resíduo e matéria.

A mudança de percepção inserida tem como premissa epistemológica os fundamentos do tripé da sustentabilidade, também chamado de *triple bottom line*, quais sejam: a sustentabilidade ambiental, a sustentabilidade econômica e a sustentabilidade sociopolítica.

A Lei 12.305, ao conceituar a gestão integrada dos resíduos estabelece expressamente ser o conjunto de ações

⁷ Saúde Ambiental aqui entendida como a que engloba a saúde dos seres vivos, dentre eles o próprio ser humano.

voltadas à busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável (art. 3º, XI).

A busca pelo desenvolvimento sustentável também é expressa a partir da definição legal de padrões sustentáveis de produção e consumo (art. 3º, XIII), como sendo a produção e consumo de bens e serviços de forma a atender as necessidades das atuais gerações e permitir melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras.

Ou seja, a gestão dos resíduos deve, necessariamente, perpassar pela sustentabilidade ambiental visando à manutenção das funções e dos componentes do ecossistema equilibrado, tanto na sua capacidade natural de depuração e decomposição dos resíduos, evitando a degradação decorrente da poluição, quanto na proteção quantitativa e qualitativa dos recursos naturais, fonte de biodiversidade e energia para a viabilização da própria vida na Terra.

Inova a legislação de resíduos ao inserir, como dimensão a ser considerada, a sustentabilidade econômica, ao reconhecer ser o resíduo uma externalidade negativa do processo de produção e consumo, a partir da adoção do princípio do poluidor-pagador, fazendo a evolução da economia linear para a economia circular.

Na economia linear, o modo de produção inicia-se com a extração de recursos da natureza, que são transformados industrialmente em produtos de mercado, que, de regra, não são totalmente exauridos pelo consumo, deixando parte não aproveitável, ou subproduto remanescente, como, por exemplo, as embalagens, que se tornam resíduos.

Como alternativa a esse modo de produção linear, a Lei 12.305/2010, inova ao preconizar a reinserção dos resíduos na cadeia produtiva. Pinz (2012) estabelece que a “economia circular tem suas raízes conceituais na ecologia industrial, que vislumbra uma relação de simbiose entre os processos ecológicos e os industriais”. Para Andersen (apud PINZ, 2012, p. 164) “o sistema linear converte-se em circular quando a relação entre o uso de recursos e o descarte de resíduos é considerada”.

Com isso o resíduo passa a ser bem dotado de valor econômico⁸, capaz de apoiar importantes cadeias produtivas por meio dos instrumentos da reciclagem, coleta seletiva e reutilização. Tem-se como fundamento econômico também o risco decorrente da escassez de matérias primas e recursos naturais, que influencia no desenvolvimento econômico e social.

A sustentabilidade sociopolítica centra-se no equilíbrio social, tanto na sua vertente de desenvolvimento social como cultural, a partir do reconhecimento legal da importância da coleta seletiva e, principalmente, do resgate do princípio da dignidade da pessoa humana, com o fito de erradicar a pobreza, mediante o reconhecimento da necessidade de integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis (art. 7º, XII), e o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores (art. 8º, IV). Para Machado (2011), o resíduo, além de ser bem dotado de valor econômico, tem valor social, gera trabalho e renda, e conclui que a reutilização e a reciclagem são promotoras da cidadania.

A nova legislação de resíduos está em perfeita consonância com o mandamento constitucional do desenvolvimento sustentável, insculpido nos artigos 170⁹ e 225¹⁰, sendo, inclusive, um dos seus mais importantes instrumentos.

⁸ Lei 12.305/10: Art. 6º. São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...]

VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania; [...]

⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

¹⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

OUTRAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS PARA A GESTÃO SUSTENTÁVEL DE RESÍDUOS

O novo ordenamento jurídico de gestão de resíduos, na esteira do que já vem sendo preconizado em outros países¹¹, seguindo as orientações da Agenda 21 Global¹², estabelece como hierarquia de priorização das ações de gestão sustentável: não gerar, reduzir, reutilizar, reciclar, tratar e dispor adequadamente os rejeitos¹³.

A partir da ordem de priorização legalmente definida para a gestão de resíduos, inova-se ao estabelecer a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, que tem como fundamento expresso o princípio do poluidor-pagador¹⁴. Aplica-se, no caso específico dos resíduos, a responsabilidade ambiental pós-consumo.

Para Aragão, “a aplicação do princípio do poluidor-pagador, no âmbito dos resíduos, significa que o responsável pelos resíduos é que deve suportar economicamente os custos sociais e ambientais dos resíduos” (ARAGÃO, 2003).

Em outras palavras, o princípio do poluidor-pagador pode ser compreendido como um mecanismo de alocação da responsabilidade pelos custos ambientais associados à atividade econômica (WOLD; SAMPAIO; NARDY, 2003, p. 23).

O princípio do poluidor pagador está insculpido no Princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, extraído da Conferência Rio 92, a saber:

¹¹ Diretiva 2008/98/CE.

¹² Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap21.pdf. Acesso em: 23 out. 2012.

¹³ Art. 9º. Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

¹⁴ “Observa-se que, no direito brasileiro, o princípio do poluidor pagador foi incorporado pelo art. 4º, VII, da Lei 6.938/81, acolhido pelo art. 225, §§ 2º e 3º, da CF/88 e também está inserido no art. 6º, II da Lei 12.305/2010: São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: I – omissis; II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor” (SALDANHA, 2012).

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.¹⁵

Considerado o princípio fundamental inspirador do regime da responsabilidade ambiental, o princípio do poluidor pagador, segundo Lemos (2012), preceitua que o causador da poluição arque com seus custos, respondendo pelas despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição.

Quando se tem em foco a gestão responsável dos resíduos sólidos, cumpre compreender que se demanda muito mais que a implantação de sistemas eficientes de coleta, tratamento e disposição final. Devem-se estabelecer regras e conceber ferramentas de políticas públicas, no campo do comando e controle e, especialmente, na esfera dos instrumentos econômicos, que se direcionem à redução do volume e à periculosidade dos resíduos. Necessitam-se contabilizar e explicitar os reais custos de cada produto colocado no mercado, abarcando seu impacto ambiental. (JURAS e ARAÚJO, 2012)

Conforme Sands (2003, p. 80), as implicações práticas do princípio estão em alocar as obrigações econômicas em relação às atividades causadoras de danos ambientais, especialmente em relação à responsabilidade, ao uso dos instrumentos econômicos e à aplicação de regras relativas à livre concorrência do mercado e aos subsídios¹⁶.

O princípio do poluidor-pagador visa eliminar do processo produtivo as chamadas externalidade negativas ambientais, ou como ensina Sadaleer (1999, p. 66): “a principal função do princípio

¹⁵ Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 23 out. 2012.

¹⁶ Tradução livre: “*The practical implications of the polluter-pays principle are in its allocation of economic obligations in relation to environmentally damaging activities, particularly in relation to liability, the use of economic instruments, and the application of rules relating to competition and subsidy*”.

consiste na internalização do custo social, que representa para os poderes públicos a prevenção e a luta contra a poluição”¹⁷.

A partir da aplicação do princípio do poluidor-pagador a PNRS adotou como definição de ciclo de vida do produto como sendo a série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final¹⁸.

A forma mais eficaz e natural de aplicar o princípio poluidor-pagador é responsabilizar o fabricante pelo ciclo integral do produto, ou seja, é a responsabilização ambiental completa do produto em todas as suas fases, desde a sua concepção, definição, extração de matéria-prima, produção, operação, consumo, obsolescência e destinação final ambientalmente adequada (JURAS e ARAÚJO, 2012).

Todavia, conforme já dito alhures, face ao crescimento exponencial na geração de resíduos decorrente da sociedade hiperconsumista, bem como face ao meio ambiente ser bem de uso comum de todos e os riscos de danos decorrentes alcançarem patamares estratosféricos, dada a difusidade da atividade humana moderna, denota-se que a responsabilização ambiental exclusiva do fabricante não seria suficiente e eficaz na busca da sustentabilidade ambiental.

Dessa forma, foi preciso expressar e ampliar especificamente o espectro e a responsabilização ambiental decorrente do consumo, a partir do conceito legal de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, insculpido no art. 3º, inciso XVII, da Lei 12.305/2010, como sendo o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

¹⁷ Tradução livre: “*La principale fonction du princepe consiste à internaliser le coût social que representent pour le pouvoirs publics la prévention et la lutte contre la pollution*”.

¹⁸ Art. 3º, inciso IV, Lei Federal 12.305/2010.

Ressalte-se que não se trata de nova responsabilização ambiental, mas de previsão expressa específica acerca dos resíduos. Isso porque, anteriormente, já existia a previsão da responsabilização ambiental na Lei da Política Nacional do Meio Ambiental, Lei 6.938/1981, que estabeleceu, dentre outros, o conceito de poluidor, que engloba qualquer pessoa responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação, sujeitando o infrator à responsabilização pela reparação do dano, independentemente da demonstração de culpa e de forma solidária.

É bem verdade que, no que tange à responsabilização ambiental pós-consumo, não é assente que a responsabilidade compartilhada venha a ser uma responsabilidade solidária, sendo considerada por alguns doutrinadores como uma exceção à mesma, a partir do contexto em que se opera, ou seja, os diversos atores do ciclo de vida do produto (da concepção até a destinação final) responsabilizam-se pelas respectivas atribuições individualizadas e encadeadas, sendo, portanto a responsabilização compartilhada uma opção política pela gestão sustentável dos resíduos.

Por outro lado, ocorrendo um dano ambiental decorrente de uma relação de consumo de um produto e não sendo possível identificar o poluidor dentre os atores do ciclo de vida do produto, urge que se adote a responsabilidade solidária, isso porque não é razoável que o meio ambiente, bem de uso comum de todos, fique desguarnecido de reparação.

Aliás, tal posicionamento encontra respaldo no princípio da responsabilização ambiental plena abraçado pela CF de 1988, § 3º, art. 225, que estabelece 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:

A solidariedade, no caso, é não só decorrência dos atributos particulares dos sujeitos responsáveis e da modalidade da atividade, mas também da própria indivisibilidade do dano, consequência de ser o meio ambiente uma unidade infragmentável. (BENJAMIN, 1998)

Nos termos da PNRS, a responsabilidade compartilhada tem por objetivos: i) compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental, desenvolvendo estratégias sustentáveis; ii) promover o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva ou para outras cadeias produtivas; iii) reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais; iv) incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade; v) estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis; vi) propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e sustentabilidade; e, vii) incentivar as boas práticas de responsabilidade socioambiental¹⁹.

As atribuições individualizadas e encadeadas da responsabilidade compartilhada seguem um iter circular (economia circular) que se inicia pelos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes que passam a ter responsabilidade no investimento para o desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos: a) que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada; e b) cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível. Além disso, os mesmos são responsáveis pela divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos, bem como ao recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, assim como sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa²⁰.

Os consumidores, por seu turno, deverão efetuar a devolução, após o uso, aos comerciantes ou distribuidores, dos produtos e das embalagens, ou destiná-las a programas de reciclagem ou coleta seletiva²¹, enquanto os comerciantes e distribuidores

¹⁹ Art. 30, Lei 12.305/2010.

²⁰ Art. 31, Lei 12.305/2010.

²¹ Art. 33, § 4º, Lei 12.305/2010.

deverão efetuar a devolução aos fabricantes ou aos importadores dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos²².

Os fabricantes e os importadores fecham o ciclo da responsabilidade compartilhada, dando a destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou recebidos, devendo o rejeito ser encaminhado para a disposição final ambientalmente adequada²³.

A destinação final adequada dos resíduos, segundo a lei, é a destinação que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos²⁴.

Já disposição final ambientalmente adequada é a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas, de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos²⁵.

Aqui vale destacar uma diferenciação terminológica estabelecida na legislação entre os conceitos de resíduo e rejeito. Essa diferenciação coaduna com a ordem de priorização das ações da própria política de gestão sustentável dos resíduos, vez que considera rejeitos somente os resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a destinação final ambientalmente adequada²⁶.

Quanto à definição legal de resíduos sólidos, tem-se que são: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos

²² Art. 33, § 5º, Lei 12.305/2010.

²³ Art. 33, § 6º, Lei 12.305/2010.

²⁴ Art. 3º, inciso VII, Lei 12.305/2010.

²⁵ Art. 3º, inciso VIII, Lei 12.305/2010.

²⁶ Art. 3º, inciso XV, Lei 12.305/2010.

estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível²⁷.

Tal distinção terminológica representa uma evolução epistemológica acerca dos resíduos, confirmando o que Aragão (2006, p. 84) apresenta como perspectivas acerca do assunto. Assim, segundo a renomada doutrinadora lusitana, os resíduos podem ser concebidos a partir de duas perspectivas: a estática ou a dinâmica.

Na perspectiva estática “os resíduos são objetos corpóreos, apropriáveis e que por serem desinteressantes para o seu detentor, ele enjeitou”, enquanto a perspectiva dinâmica vê os resíduos como ondas ou fluxos de energia inseridos no contexto social em que emergem, ou seja, como *output* do metabolismo social (ARAGÃO, 2006).

Tais perspectivas coadunam com os diferentes estágios evolutivos da gestão de resíduos. Na perspectiva estática, que vê o resíduo como aquilo que ninguém quer, o modelo de gestão limita-se a procurar formas centradas na coleta e no afastamento dos resíduos. Por outro lado, a perspectiva dinâmica, ao ver o resíduo como matéria ou energia, direciona a política para ações de redução, reutilização, reaproveitamento e destinação ambientalmente adequada.

Note-se que a PNRS tem como base epistemológica a perspectiva dinâmica dos resíduos de Aragão, pois, além de estabelecer a ordem de priorização da gestão (art. 9º), ao diferenciar rejeitos de resíduos, fez expressa opção de reconhecimento dos resíduos como matérias fontes de energia a induzir o fortalecimento da economia circular.

Outro avanço importante da PNRS é a logística reversa, como instrumento da responsabilização ambiental compartilhada pelo ciclo de vida do produto.

A logística reversa passa a ser um instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um

²⁷ Art. 3º, inciso XIV, Lei 12.305/2010.

conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada²⁸.

É bem verdade que o instituto da logística reversa não é inédito no país, vez que anteriormente à PNRS, ainda que timidamente, por meio de Resoluções do CONAMA e por leis específicas, já se via o embrião do instituto frutificando.

Exemplo maior está contido na Lei 9.974/2000, que alterou a Lei 7.802/1989, a Lei de Agrotóxicos, e introduziu a responsabilidade compartilhada pelas embalagens vazias de agrotóxicos, estabelecendo o dever do usuário em devolver as embalagens vazias e triplicelavadas aos estabelecimentos comerciais em que foram adquiridas. Obrigou, ainda, aos fabricantes e comerciantes à responsabilidade pela destinação final das embalagens. Estabeleceu-se aí uma verdadeira logística reversa, tendo os fabricantes e importadores nacionais inclusive criado um organismo privado próprio para a gestão dessa logística, denominado INPEV – Instituto Nacional de Processamento de Embalagens Vazias. Atualmente, o Brasil é referência na logística reversa de embalagens vazias de agrotóxicos, tendo alcançado o índice de 94% das embalagens primárias retiradas do campo e enviadas para a destinação ambientalmente correta²⁹.

Na esteira das embalagens de agrotóxicos, outros produtos tiveram regulamentação pelo CONAMA³⁰ sobre a destinação final com ênfase na logística reversa, tais como pneus, óleos lubrificantes, pilhas e baterias. Por isso mesmo, tais produtos estão enumerados exemplificativamente pela PNRS como obrigados a implantar a logística reversa.

Ballou, citado por Saldanha (2012, p. 124), ensina que a logística empresarial estuda a forma na qual as atividades de movimentação e armazenagem podem facilitar o fluxo de produtos, desde o ponto de aquisição da matéria-prima até o ponto de consumo final.

²⁸ Art. 3º, inciso XII, Lei 12.305/2010.

²⁹ Dado disponível em: http://www.inpev.org.br/destino_embalagens/estatisticas/br/teEstatisticas.asp. Acesso em: 24 out. 2012.

³⁰ Resoluções CONAMA n. 401/2008, n. 416/2009 e n. 450/2012.

Já Leite (2009, p. 17) define a logística reversa “como um seguimento da logística empresarial que planeja, opera e controla o fluxo e as operações logísticas, no que se refere ao retorno dos bens de pós-venda e de pós-consumo, ao ciclo produtivo ou ciclo de negócios, através de canais de distribuição de reversos”.

Inicialmente, de acordo com o art. 33 da PNRS, estão obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos elencados nos incisos³¹. Todavia não se trata de números *clausus*, haja vista que produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e outros produtos e embalagens, poderão ser obrigados a instituir sistemas de logística reversa, por meio dos instrumentos como regulamentos, acordos setoriais e termos de compromisso, conforme o § 1º do art. 33.

Outro ponto relevante da PNRS é ter como um dos instrumentos primordiais o planejamento da gestão. Tanto a Lei quanto o Decreto regulamentador consideram que os planos, no âmbito de cada unidade federativa e também na esfera do gerador de resíduos, devem definir as condições pelas quais os objetivos da política de gestão de resíduos possam ser alcançados.

Crespo e Costa (2012) ressaltam que o planejamento é um dos principais instrumentos de qualquer gestão, pois é a partir do mesmo que se busca resolver os principais problemas no manejo inadequado dos resíduos sólidos.

A Lei 12.305/2010 estipula a articulação e complementaridade entre os vários entes federativos. Assim não há hierarquia entre os planos listados no art. 14³², pelo contrário os mesmos devem necessariamente ser interligados, com o objetivo

³¹ “I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; II - pilhas e baterias; III - pneus; IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes”.

³² Art. 14. São planos de resíduos sólidos: I - o Plano Nacional de Resíduos

de, a partir dos diagnósticos, estabelecerem metas, diretrizes, programas e ações concatenadas entre os diversos entes responsáveis pelos resíduos.

Por fim e não menos importante, a PNRS, fundamentando-se no pilar social do desenvolvimento sustentável e pautando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, faz importante resgate de cidadania daquelas pessoas que durante anos se '*profissionalizaram*'³³ na atividade de separação de resíduos.

O resgate social dos chamados catadores de lixo se faz necessário, mormente neste momento de transição entre paradigmas na gestão de resíduos (da perspectiva estática para a dinâmica) em que se estipula que os resíduos são bens dotados de valor econômico.

Ao longo da história, quando os resíduos eram tidos simplesmente como lixo, ou aquilo que se repugna, os catadores, amadoristicamente e em razão da exclusão social, já haviam internalizado a ideia da economia circular e promoviam a separação e reinserção dos resíduos na cadeia produtiva, com o fim de garantir o sustento de suas necessidades básicas. Frise-se que tal atividade sempre foi desenvolvida de forma rudimentar, sem qualquer amparo seja no âmbito das relações de trabalho, seja no quesito de segurança e saúde do trabalhador.

Agora, com a mudança de paradigma, a PNRS objetiva a integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, mediante a definição de instrumentos de incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, visando dar um mínimo de organização e garantias aos trabalhadores.

Sólidos; II - os planos estaduais de resíduos sólidos; III - os planos microrregionais de resíduos sólidos e os planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas; IV - os planos intermunicipais de resíduos sólidos; V - os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos; VI - os planos de gerenciamento de resíduos sólidos.

³³ Profissionalização no sentido de assumirem a atividade de separação de resíduos como meio de subsistência, mesmo que de forma totalmente desorganizada e desprovida de regulamentação, sem condições de salubridade e sem garantias trabalhistas e de mercado.

A preocupação social da Lei 12.305/2010 tem fundamento, pois não é difícil antever que, em razão do novo paradigma de gestão dos resíduos, bem como pelo estabelecimento da economia verde³⁴, em pouco tempo o modo capitalista, turbinado pelas práticas neoliberais, perceberá o novo filão econômico e, de certo, intervirá no sentido de substituir a prática rudimentar dos catadores por outra que lhes dê mais rentabilidade.

CONCLUSÃO

Após um voo panorâmico sobre as inovações trazidas pela Lei 12.305/2010, que estabelece a PNRS, percebe-se, mais uma vez, que a grande virtude da nova legislação é justamente a mudança do enfoque no enfrentamento da questão dos resíduos. Essa mudança de enfoque traz em seu bojo a mudança do paradigma acerca dos resíduos, passando de uma perspectiva estática em direção ao reconhecimento do resíduo como insumo de uma economia circular, isto é, matéria dotada de valor econômico.

A transição paradigmática iniciada pela lei não se faz por meio de ruptura abrupta com o modelo vigente, mas por meio de constante trabalho educacional e aplicação prática dos novos preceitos de desenvolvimento sustentável acerca dos resíduos.

Na atualidade, um dos grandes desafios da humanidade é colocar em prática o discurso ecologicamente correto do desenvolvimento sustentável, isto é, fazer com que as políticas ambientais públicas e privadas deixem de ser mera conduta de *greenwashing*³⁵, para efetivamente serem implementadas em

³⁴ Para o PNUMA, “economia verde” é aquela que resulta em melhoria do bem-estar humano e da igualdade social, ao mesmo tempo em que reduz significativamente os riscos ambientais e a escassez ecológica. Ela tem três características preponderantes: é pouco intensiva em carbono, eficiente no uso de recursos naturais e socialmente inclusiva. Disponível em: <http://www.radarrio20.org.br/index.php?r=conteudo/view&id=12&idmenu=20>. Acesso em: 24 out. 2012.

³⁵ *Greenwashing*, terminologia inglesa utilizada para designar um procedimento

todos os níveis. Não se trata de um desafio simples, em realidade, conforme Owen (2012) destaca em seu recente livro digital *The Conundrum*, trata-se de um grande dilema contemporâneo, cuja solução complexa e transdisciplinar perpassa, primeiramente, pela mudança cultural da sociedade.

Para que haja a internalização na consciência coletiva de que o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações³⁶, é necessário alterar o modelo cultural dominante da sociedade, sobretudo a noção clássica do homem *versus* a natureza, visando à percepção de plena integração entre ambos.

E não há como ser diferente, pois necessitamos da natureza hídica como fonte das energias imprescindíveis à sobrevivência humana e ao desenvolvimento econômico e social, da mesma forma que precisamos compreender e dimensionar os efeitos da atuação humana no ciclo natural da Terra.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Maria Alexandre de Sousa. *Direito dos resíduos*. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

_____. *O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

de marketing utilizado por uma organização (empresa, governo, etc.) com o objetivo de dar à opinião pública uma imagem ecologicamente responsável dos seus serviços ou produtos, ou mesmo da própria organização.

³⁶ O Nosso Futuro Comum. 1987. World Commission on Environment and Development.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, p. 5-52, jan.-mar. 1998.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei Federal 12.305/2010.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

CRESPO, Samyra; COSTA, Silvano Silvério. Planos de gestão. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (Orgs.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos*. Barueri: Ed. Manole, 2012.

GUERRA, Sidney. *Resíduos sólidos: Comentários à Lei 12.305/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Atlas do saneamento 2011*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_saneamento.shtm.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Comunicado 145 – *Plano Nacional de Resíduos Sólidos: diagnóstico dos resíduos urbanos, agrosilvopastoris e a questão dos catadores*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13932&catid=1&Itemid=7.

JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (Orgs.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos*. Barueri: Ed. Manole, 2012.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-RIO, 2006.

JURAS, Ilídia da Ascensão Garrido Martins; ARAÚJO, Suely Maria Vaz Guimarães. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (Orgs.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos*. Barueri: Ed. Manole, 2012.

LEFF, Henrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2011.

LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa – Meio ambiente e competitividade*. 2. ed. São Paulo: Pearson, 2009.

LE MOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – A gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The polluter pays principle – Definition, analysis and implementation*. Paris: 1975.

OWEN, David. *The Conundrum*. EUA: Ed. Riverhead Books, 2012.

PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 65, p. 153-213, jan.-mar. 2012.

POLZIN, Deolinda Alexandra Oliveira Fernandes Moreira. Gestão de resíduos sólidos urbanos: análise comparativa entre Portugal. 2004. Disponível em: <http://www.uff.br/cienciaambiental/dissertacoes/DAOFMPolzin.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA). *Rumo à uma economia verde: caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza*. Disponível em: http://www.pnuma.org.br/comunicados_detalhar.php?id_comunicados=125.

SADELEER, Nicolas de. *Les principes du polluer-payeur, de prevention et de précaution*. Bruxelas: Bruylant/AUF, 1999.

SALDANHA, Pedro Mallmann. Logística reversa: Instrumento de solução para a problemática dos resíduos sólidos em face da gestão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 65, p. 101-152, jan.-mar. 2012.

SANDS, Philippe. *Principles of international environmental Law*. 2. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2003.

WIKIPEDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Res%C3%ADuo_s%C3%B3lido. Acesso em: 08 jun. 2012.

WOLD, Chris; SAMPAIO, José Adércio Leite; NARDY Afrânio. *Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

**O PROCESSO COLETIVO, O PRINCÍPIO DA
PRECAUÇÃO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA
NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL**

COLLECTIVE PROCESS, THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE
AND REVERSAL OF BURDEN OF PROOF ON
CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

EL PROCESO COLECTIVO, EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN E
INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE
LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AMBIENTALES

Resumo:

Uma das regras mais conhecidas do direito processual – civil ou penal – é a do ônus da prova: quem alega deve provar. Essa concepção clássica sobre a obrigação da prova, porém, pode ser alterada em situações específicas, seja por diretrizes do próprio direito processual, seja por especificidades do direito material. Este trabalho discorre sobre a inversão do onus probandi na responsabilidade civil por danos ambientais, justificável tanto pela sistemática do processo coletivo, em especial a integração existente entre a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), quanto pelo teor do princípio da precaução, do direito ambiental, segundo o qual a incerteza científica deve militar em favor do meio ambiente.

Abstract:

One of the most well-known rules of procedural law - civil or criminal - is the burden of proof: who alleges must prove. This classic design on the burden of proof, however, can be changed in specific situations, whether by guidelines own procedural law, either by the specific substantive law. This paper discusses the reversal of

* Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Especializado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Uni-Anhanguera. Graduado em Medicina pela UFG e Direito pela PUC-GO. Procurador da República.

the onus probandi on liability for environmental damage, justified both by systematic collective process, especially the integration between Law No. 8.078/1990 (Consumer Protection Code) and Law No. 7347/1985 (law on Public Civil Action), as the content of the precautionary principle, environmental law, according to which scientific uncertainty should military in favor of the environment.

Resumen:

Una de las más conocidas normas de derecho procesal - civil o penal - es la carga de la prueba: quien alega debe probar. Este diseño clásico de la carga de la prueba, sin embargo, se puede cambiar en situaciones específicas, ya sea por las propias directrices de la legislación procesal, ya sea por el derecho sustantivo específico. En este trabajo se analiza la inversión del onus probandi sobre la responsabilidad por daños al medio ambiente, justifica tanto por el proceso sistemático colectiva, especialmente la integración entre la Ley nº 8.078/1990 (Código de Protección al Consumidor) y la Ley nº 7.347/1985 (ley de Acción Civil Pública), cuanto por el contenido del principio de precaución, del derecho ambiental, según el cual la incertidumbre científica debe militar en favor del medio ambiente.

Palavras-chaves:

Inversão do ônus da prova, princípio da precaução, responsabilidade civil ambiental, processo coletivo.

Keywords:

Reversal of burden of proof, the precautionary principle, environmental liability, collective process.

Palabras clave:

Inversión de la carga de la prueba, el principio de precaución, la responsabilidad ambiental, el proceso colectivo.

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna caracteriza-se por uma profunda alteração no quadro dos direitos e na sua forma de atuação. De um lado, verifica-se a alteração substancial no quadro dos direitos desde sempre conhecidos, que assumem contornos completamente novos (basta pensar na função social do direito de propriedade, na publicização do direito privado e na privatização do direito público), e, de outro, a ampliação do próprio rol de direitos, reconhecendo-se direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada (MARINONI e ARENHART, 2006, p. 719).

Diante desse contexto, o processo civil deve estar aparelhado de institutos capazes de tutelar adequadamente esta nova modalidade de direitos transindividuais, uma vez que a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) garante o acesso à justiça tanto para os direitos individuais como para os direitos coletivos.

Por outro lado, o processo coletivo deve atentar-se também às particularidades do direito substancial, sob pena de comprometer a promessa constitucional de um processo justo e efetivo.

Especificamente no Direito Ambiental, muitas vezes se configuram situações de imenso conflito entre a pretensão de desenvolvimento econômico em face da pretensão de intangibilidade do bem ambiental, tendo como pano de fundo a incerteza científica sobre os aspectos discutidos na controvérsia. Não é raro, ainda, que esse duelo, uma vez judicializado, exija uma resposta célere do magistrado.

Do ponto de vista do direito material, há solução jurídica possível, bastando invocar o princípio da precaução, segundo o qual a incerteza científica milita a favor do meio ambiente. Contudo, a mera aplicação dessa norma jurídica conflita com a sistemática processual do ônus da prova, segundo a qual quem alega deve provar.

Este trabalho pretende discutir o princípio da precaução ambiental e sua relação com as regras tradicionais do ônus da prova, segundo uma concepção individual de processo, e a

interpretação cabível, segundo uma concepção coletiva de processo, para a adequada tutela do direito substancial.

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

No cenário do pós-positivismo, os princípios não são meras fontes de integração, mas verdadeiras normas jurídicas, cujo conteúdo pode disciplinar casos concretos. Estão longe, portanto, de significar meros valores.

No Direito Ambiental, não há uniformidade doutrinária na identificação de princípios específicos, bem como sobre o conteúdo jurídico de muitos deles (AMADO, 2011, p. 40). Apenas para ilustrar, vale dizer que o princípio da precaução ora é entendido como princípio autônomo, ora é colocado como sinônimo (ou espécie) do princípio da prevenção.

Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2008, p. 48), por exemplo, “pretender desenvolver no plano constitucional uma diferença entre prevenção e precaução, seria, em nossa opinião, despiciendo”. Na mesma linha de pensamento, Edis Milaré (2005, p. 166) diz que “prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba precaução, de caráter possivelmente específico”.

Mas há quem diferencie claramente os princípios da precaução e da prevenção, como faz Paulo Affonso Leme Machado (2009, p. 90), Frederico Augusto Di Trindade Amado (2011, p. 41) e Terence Trennepohl (2009, p. 49). Este trabalho se filia a essa posição doutrinária.

O princípio da precaução não está textualmente previsto na Constituição Federal, mas aparece na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, como “Princípio 15”, *in verbis*:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes

e economicamente viáveis para precaver a degradação ambiental.

Assim, nos termos da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, a incerteza científica milita em favor do meio ambiente. A precaução caracteriza-se pela ação antecipada diante do risco ou perigo desconhecido (MARCHESAN, STEIGLEDER e CAPPELLI, 2007, p. 31). Se houver dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente (MACHADO, 2009, p. 81).

É pertinente assinalar que o princípio da precaução trabalha com o perigo em abstrato, quando há um risco em potencial, enquanto o princípio da prevenção incide em situações nas quais se conhece concretamente o dano passível de ser causado ao meio ambiente (TRENNEPOHL, 2009, p. 49).

Na prática, haverá casos extremos em que o perigo ambiental recomendará ao Poder Público que não libere determinado empreendimento supostamente impactante até que haja evolução científica, a fim de melhor analisar a natureza e a extensão dos potenciais males ambientais, pois é possível que não seja prudente arriscar (AMADO, 2011, p. 41).

Há acesa discussão sobre a aplicabilidade do princípio da precaução em alguns casos concretos de grande repercussão social e econômica. É o caso de ações civis públicas que buscam impedir o cultivo de soja transgênica sem realização de prévio estudo de impacto ambiental ou de demandas que objetivam retirar ou evitar a construção de estações de rádio-base de telefonia móvel em diversos locais do país, considerando não haver certeza científica acerca dos possíveis efeitos nocivos das radiações eletromagnéticas não ionizantes geradas por esses equipamentos de telefonia celular (MARCHESAN, STEIGLEDER e CAPPELLI, 2007, p. 32).

De qualquer forma, a implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata a precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta (MACHADO, 2009, p. 69).

A aplicação do princípio da precaução suscita algumas questões processuais. É que, sob uma ótica estritamente objetiva, a incerteza científica acerca das repercussões ambientais de determinada atividade acaba criando uma regra prática, que impede a administração ambiental de licenciar o empreendimento (*in dubio pro natura*). Cabe ao empreendedor, de forma cabal, comprovar que sua atividade não ameaça o meio ambiente. Nisso reside, portanto, a fundamentação para a inversão do ônus da prova em determinadas situações, como se verá.

A REGRA GERAL DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O processo jurisdicional busca efetivar um resultado prático favorável à parte que tem razão. Esse fenômeno exige a averiguação de ocorrência dos fatos alegados pelas partes. Por meio da atividade probatória que se realiza no processo, o juiz procura verificar a veracidade ou não dessas alegações, seja mediante a reconstrução histórica dos fatos passados (um ato ilícito e a lesão causada, etc.), seja mediante o exame de situações presentes (o estado do bem lesado, o grau de lesão existente, etc.) (DINAMARCO, 2009, p. 630). É o que se entende por provas.

No processo civil brasileiro, a produção de provas pelas partes é orientada pela regra do art. 333 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A atividade jurisdicional deve buscar a verdade, que é só uma e só pode ser real, ou seja, obtida a partir da cabal comprovação dos fatos (DONIZETTI, 2009, p. 353). Na prática, todavia, pode ocorrer que as partes não produzam provas suficientes para

o alegado. Ainda assim, o juiz não poderá deixar de julgar, uma vez que não se admite, no direito pátrio, o *non liquet*. Nesses casos, o magistrado pode lançar mão do art. 333 do Código de Processo Civil para se livrar da dúvida e definir o mérito desfavoravelmente a quem não se desincumbiu do ônus da prova.

Portanto, a produção de prova não chega a ser um comportamento absolutamente necessário para o julgamento favorável. O ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável (MARINONI e ARENHART, 2006, p. 271).

Segundo o art. 333 do Código de Processo Civil, o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo (NEVES, 2009, p. 362). Assim, por exemplo, se o autor alega que sofreu dano material em razão de um acidente de trânsito, deve demonstrar que houve tal evento, bem como o resultado lesivo (o dano material).

Ao réu, por sua vez, em sua defesa, cabe alegar um fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito afirmado pelo autor. O fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito (pagamento, compensação, prescrição) (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p. 81). O fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza seus efeitos, tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual (*idem*, p. 81). O fato modificativo, por sua vez, tem como certa a existência do direito, mas visa apenas a alterá-lo, tal como a moratória concedida ao devedor (*idem*, 2011, p. 81).

É pertinente ressaltar, contudo, de quem quer que seja o *onus probandi*, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova (THEODORO JR., 2003, p. 382).

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E SEU FUNDAMENTO ESTRITAMENTE PROCESSUAL

A análise do art. 333 do Código de Processo Civil permite concluir, em princípio, que a sistemática processual brasileira adotou uma concepção estática do ônus da prova, distribuído aprioristicamente, sem observância das especificidades do caso concreto. Esse regramento, contudo, tem se revelado insatisfatório e artificial, pois despreza particularidades do direito material (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p. 83).

A rigor, as próprias partes podem convencionar a inversão da regra do art. 333 do Código de Processo Civil, o que só não é admitido nas estritas hipóteses do parágrafo único do próprio dispositivo. Assim, é nula a convenção que recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

De qualquer forma, a lei impõe exceções ao regramento do art. 333 do Código de Processo Civil, visando ao atendimento de particularidades do direito material. No Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) foi afastada a disposição estática do ônus da prova, a fim de permitir ao magistrado, de acordo com o caso concreto, inverter tal encargo, se preenchidos os critérios da hipossuficiência ou da verossimilhança das alegações, alternativamente (*inversão ope judicis*). Observe-se, a respeito, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Por isso é que se diz que no Código de Defesa do Consumidor foi adotada a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois, no caso concreto, a fim de reequilibrar a relação processual, o juiz poderá inverter a distribuição inicialmente feita

pela regra geral. No Código de Processo Civil, por outro lado, foi adotada a regra da distribuição estática do ônus da prova, podendo ocorrer flexibilização tão somente quando houver acordo entre as partes e desde que não recaia sobre direito indisponível ou não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (GARCIA, 2011, p. 78).

Ainda assim a inversão não é automática, como pode aparentemente transparecer o citado art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Cabe ao interessado – o consumidor – comprovar que a produção da prova é excessivamente onerosa ou muito difícil de ser feita (hipossuficiência) ou os argumentos alegados, segundo as regras ordinárias da experiência, forem plausíveis.

Essa disciplina atende ao mandamento constitucional de proteção e defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal), o que vincula não só o Estado, mas todos os atores sociais, tendo em vista a vulnerabilidade daquele, considerado mais fraco na relação com o fornecedor. Eis, portanto, uma hipótese de enquadramento do direito processual à particularidade protetiva do direito material.

O fato de o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material (MARINONI e ARENHART, 2006, p. 274). A questão é particularmente importante no Direito Ambiental, tendo em vista especialmente o princípio da precaução, que informa esse ramo jurídico.

Na verdade, o próprio Código de Defesa do Consumidor serve de fundamento, do ponto de vista processual, para a inversão do ônus da prova para a defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais (MAZZILLI, 2010, p. 619). Esse entendimento é baseado na interpretação conjunta do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 21 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que prevê a intertextualidade entre os dois diplomas legais. Observem-se os dispositivos:

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho

de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições (Lei n° 8.078/90).

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 7.347/85).

Como se vê, há perfeita interação entre os sistemas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Lei da Ação Civil Pública (LACP), que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A reciprocidade entre os sistemas (CDC e LACP) tornou-se possível em razão da adequada e perfeita compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei n. 7.347/1985 (NERY JUNIOR, 2001, p. 869-870). Os dois estatutos legais estão interligados e em perfeita interação (MARINONI e ARENHART, 2006, p. 723).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece a existência de um microsistema de proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, pela via da integração do Código de Defesa do Consumidor, da Lei n. 7.347/1985 e outros diplomas legais, conforme se observa do precedente a seguir:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. "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" (art. 127 da CF). 2. "São funções institucionais do Ministério Público: 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; 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" (art. 129 da CF). 3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo - aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade - para estar a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais. 4. O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada. **5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).** 6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública. (STJ, REsp 695396/RS, Primeira Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 12/04/2011, DJe 27/04/2011) (grifos nossos)

A rigor, a interação do art. 21 da Lei n. 7.347/1985 se dá apenas no Título III do Código de Defesa do Consumidor, que trata apenas de disposições processuais. Contudo, é fácil perceber que o art. 6º, VIII, do CDC é norma estritamente processual, o que não impede sua inserção ontológica e teleologicamente no seu Título III (MIRANDA, 2011).

Portanto, no manejo da ação civil pública, instrumento processual mais utilizado na defesa do meio ambiente, é possível a aplicação das normas processuais do Código de Defesa do

Consumidor, inclusive aquela que prevê a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC). Para tanto, basta invocar as normas de integração previstas nos arts. 90 do CDC e 21 da Lei n. 7.347/1985.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E O DIREITO MATERIAL

Existem, ainda, fortes argumentos para a inversão do ônus da prova no próprio direito material ambiental, mais precisamente no princípio da precaução.

Observe-se, conforme já ressaltado, que o princípio da precaução tem suficiente normatividade para evitar a implantação de qualquer empreendimento sobre o qual paire dúvidas acerca do risco ambiental passível de ser produzido. A ausência de conhecimento ou mesmo a incerteza milita contra o empreendedor. Por isso, havendo essa situação, cabe ao órgão ambiental exercer seu poder de polícia e indeferir o licenciamento da atividade.

A rigor, o Poder Público tem o dever de “controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (art. 225, § 1º, V, Constituição Federal). Portanto, há expressa previsão para que a Administração ambiental não se omita no exame de técnicas, métodos e substâncias que ensejem risco, ao menos potencial, para a saúde humana e o meio ambiente (MACHADO, 2009, p. 79).

Contudo, como bem assevera Paulo Affonso Leme Machado (2009, p. 81), o princípio da precaução não tem compromisso com a ignorância. Pelo contrário, quer vencê-la, com a pesquisa, com o estudo e com a constante avaliação dos fatos e dos métodos. Por isso, o empreendedor poderá elidir a situação de ignorância ou incerteza científica, provando que sua atividade não será responsável por danos graves e irreversíveis ao meio ambiente.

É possível imaginar uma situação em que eventualmente a Administração ambiental se descure de seu dever de evitar os

riscos desconhecidos. Então, o empreendedor poderá ser acionado em juízo por qualquer substituto processual da coletividade para fazer cessar suas atividades. Um exemplo frequente na prática é a atuação do Ministério Público, por meio de ação civil pública, ou o cidadão, via ação popular, para ficar apenas nesses dois exemplos.

Conforme já indicado neste trabalho, seguindo-se as regras gerais do Código de Processo Civil, a tarefa de provar o fato constitutivo do direito alegado inicialmente caberia ao autor da ação (art. 333, I, CPC). Contudo, tratando-se de direito de natureza difusa, a ação coletiva em defesa do meio ambiente rege-se pelas regras especiais do microsistema processual composto pelo Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 7.347/1985, cabendo desde logo a inversão do ônus da prova.

Além disso, se o autor da ação coletiva apontar a existência de ignorância ou incerteza científica acerca da atividade do empreendedor, invocando a normatividade do princípio da precaução, o juiz já teria elementos suficientes para julgar procedente o pedido, paralisando ou impedindo a atuação do empreendedor. Em respeito ao devido processo legal, porém, caberia ao requerido a oportunidade de provar a ausência de riscos graves e irreversíveis ao meio ambiente.

Aliás, ninguém melhor do que o próprio empreendedor para comprovar a ausência de riscos graves e irreversíveis para o meio ambiente acerca de sua atividade. É ele o maior interessado nas informações que cercam o seu negócio. Assim, é ele também quem melhor pode produzir tais provas. Nesse sentido, é pertinente invocar o entendimento de Robson Renault Godinho (2007, p. 306):

É necessário perceber que a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência. Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar a jurisdição.

Com o mesmo entendimento, FREDIE DIDIER JR e HERMES ZANETTI (2008, p. 325-326) lecionam o seguinte:

Parece que a concepção mais acertada sobre o ônus da prova é a que permite a flexibilidade, o dinamismo de sua distribuição: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode.

De fato, o processo deve se guiar pela isonomia, concretizando o comando do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, promovendo-se um equilíbrio substancial entre as partes, o que só é possível se o ônus da prova for direcionado a quem tem meio de satisfazê-lo (DIDIER JR. e ZANETTI, 2008, p. 327).

Quanto à tutela ambiental, o próprio legislador já cuidou de valorar a importante necessidade de acautelar o meio ambiente de riscos desconhecidos. Se há um dever genérico de preservação ambiental, a falta de conhecimentos científicos leva à presunção de que a atividade é potencialmente poluidora, até prova em contrário. Eis, portanto, o regime de inversão do ônus da prova causado pela aplicação do princípio da precaução.

Finalmente, cumpre destacar que o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, adotando os fundamentos anteriormente mencionados:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI* NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva esta tuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo.

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (*a probatio diabólica*, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.
3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.
4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo move-diço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.
5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).
6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução"

(REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade" (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008). 10. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 883656/RS, Segunda Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 09/03/2010, DJe 28/02/2012)

O precedente da Corte Superior, como é possível verificar, adotou a premissa de que as particularidades do direito material justificam a cooperação entre as partes do processo, segundo a qual a prova deve ser produzida por quem tem melhores condições de fazê-lo. Não obstante tais fundamentos, o Tribunal também considerou que razões de ordem processual igualmente possibilitam a inversão do ônus da prova no processo coletivo.

CONCLUSÕES

O direito processual deve se orientar para a concretização do direito material. Nesse sentido, é preciso observar que os direitos de índole difusa exigem abordagem diferenciada, tendo em vista seu caráter indisponível e de larga abrangência social. Logo, as normas do direito processual comum podem não servir à concretização de direitos difusos.

Dessa forma, reconhece-se que há um microssistema processual coletivo, com regras especiais, visando à realização da justiça em direitos coletivos *lato sensu*. Um dos pilares deste microssistema é a inversão do ônus da prova, *ope judicis*, em favor do substituto processual da coletividade.

Do ponto de vista estritamente processual, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, apesar de não inserido formalmente no Título III do citado diploma legal, é norma de direito adjetivo, razão pela qual compõe o microssistema processual coletivo. Assim, a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) abrange o aludido art. 6º, VIII, do CDC, o que fundamenta a inversão do ônus da prova em quaisquer ações que se discutam direitos transindividuais.

No campo do direito material e especificamente no direito ambiental, a aplicação do princípio da precaução também leva à inversão do ônus da prova, tendo em vista o conteúdo desta regra específica: a incerteza científica milita a favor do meio ambiente. Portanto, se em dada situação concreta, não existe certeza científica acerca das consequências da atividade do empreendedor sobre o meio ambiente, cabe à administração ambiental, peremptoriamente, negar a licença pretendida. Obviamente, o empreendedor poderá elidir o quadro de incerteza científica, provando que sua atividade não causará danos graves e irreversíveis ao meio ambiente.

O princípio da precaução, portanto, é fundamento para a inversão do ônus da prova, tendo em vista um imperativo de justiça, segundo o qual “prova quem pode”. Trata-se, enfim, de norma jurídica que se ajusta à essência difusa do direito ambiental.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil (processo coletivo)*. 4. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. Niterói: Impetus, 2011.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectivados direitos fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2009.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 345-370, jul./dez. 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TRENNEPOHL, Terence. *Direito Ambiental*. Salvador: JusPodivm, 2009.

**A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
NOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS
REALIZADOS POR PESSOA IDOSA E ANALFABETA**

THE INTERVENTION OF PUBLIC MINISTRY IN PAYROLL LOANS
CONTRACTS MADE BY ELDERLY AND ILLITERATE CITIZEN

LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS
CONTRATOS DE PRÉSTAMOS POR NÓMINA DE SUELDOS HECHOS
POR PERSONAS MAYORES Y ANALFABETAS

Resumo:

Hodiernamente, a população idosa e analfabeta tem sido vítima frequente da atuação de pessoas inescrupulosas, que se aproveitam de sua falta de informação e boa-fé para com ela realizar contratos de empréstimos em consignação, que comprometem parte significativa de suas rendas. Após a celebração dos contratos, os cidadãos idosos e analfabetos afirmam desconhecer o seu teor, restando ao promotor de justiça recorrer às tutelas ressarcitória e reintegratória. Evidente que, neste contexto, torna-se inviável uma tutela efetivamente preventiva dos danos aos idosos e analfabetos. Com este foco de prevenção das condutas ilícitas, um questionamento nos aflige: a assistência do Ministério Público à pessoa idosa e analfabeta na concretização de um empréstimo consignado é imprescindível à realização do princípio da dignidade da pessoa humana e está ancorada nas normas consumeristas e do Estatuto do Idoso?

Abstract:

Actually, the elderly and illiterate citizen have been frequent victims of unscrupulous people who take advantage of their lack of information and good faith to perform with them payroll loans contracts, which undertake significant part of their income. After the conclusion

* Doutoranda na PUC-SP, mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa (diploma revalidado pela UFPE) e especialista em Direito Civil pela UNIFACS. Professora assistente da UESPI. Promotora de justiça do MP-PI.

of the contracts, elderly and illiterate citizens claim unknown their contents, being the prosecutor the one in charge of appealing to their guardianships and restitution. It's clearly, in this context, that it becomes impossible to attain an effectively preventive guardianship of the damage to the elderly and illiterate. With this focus on prevention of illegal conduct, a questioning ails us: is the assistance of Public Ministry to the elderly and illiterate citizen in delivering a payroll loan essential to the realization of the principle of human dignity and is it anchored in the consumer's rules and the Elderly Statute?

Resumen:

En los días actuales, las personas mayores y analfabetas han sido víctimas frecuentes de las acciones de gente sin escrúpulos, que se aprovechan de su falta de información y de su buena fe para cumplir con estos acuerdos de préstamo en consignación, que llevan a cabo una parte importante de sus ingresos. Después de la celebración de los contratos, los ciudadanos de edad avanzada y los analfabetos afirman no conocer su contenido, dejando al fiscal la función de usar las tutelas resarcitoria y de restitución. Es evidente que, en este contexto, se hace imposible lograr una tutela efectivamente preventiva de los daños a las personas mayores y analfabetas. Con este enfoque en la prevención de la conducta ilegal, un cuestionamiento nos aflige: la ayuda de los fiscales a las personas mayores y analfabetas en la entrega de un préstamo de nómina es esencial para la realización del principio de la dignidad humana y se basa en las reglas consumeristas y del Estatudo de los Ancianos?

Palavras-chaves:

Idoso, contrato, consignação, tutela preventiva.

Keywords:

Elderly, contract, payroll, preventive guardianship.

Palabras clave:

Personas mayores, contrato, préstamos de nómina, tutela preventiva.

O OLHAR CONSTITUCIONAL DAS ATRIBUIÇÕES DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

As atribuições institucionais do Ministério Público delineadas na Constituição Federal brasileira estão em consonância com as vertentes principiológicas moldadas no texto constitucional, sobretudo, apresentam íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal afirmação é evidenciada na medida em que o promotor de justiça atua na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme apregoa o artigo 127, *caput*, da Carta Constitucional, direitos que apresentam íntima relação com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, pois, primeiramente, que a atuação do Ministério Público nos casos que digam respeito à pessoa idosa e analfabeta precisa estar ancorada no permissivo constitucional de defesa dos interesses individuais indisponíveis. Deste modo, a atuação do promotor de justiça implica na análise da presença deste requisito. É importante salientar que nos contratos de consignação em pagamento, realizados em benefício de pessoa idosa e analfabeta, a atuação judicial do promotor de justiça, ou mesmo a sua participação extrajudicial, visa assegurar o direito à vida digna, direito indisponível da pessoa idosa.

Um segundo requisito alternativo que precisa ser analisado pelo representante do Ministério Público, nas lides de interesse de pessoa idosa, é a presença da proteção do interesse social e as condições de desfavorecimento da pessoa idosa. Pois bem, a fiscalização da atuação das instituições de crédito ou mesmo a assistência do Ministério Público nos contratos de empréstimos consignados realizados por pessoa idosa e analfabeta representa um viés de um direito social do idoso (direito à aposentadoria), sobretudo o analfabeto, que importa e merece ser objeto de uma atuação combativa do *parquet*.

Assume, pois, o Ministério Público relevante papel nas demandas, sobretudo as extrajudiciais, cuja finalidade precípua consiste na defesa dos interesses dos idosos hipossuficientes, na medida em que incrementa o direito do idoso analfabeto ao acesso à informação ampla e irrestrita, assistindo-o no que for necessário para a tomada de uma decisão firme e segura, de modo a garantir que não tenha futuramente a sua dignidade comprometida.

Nessa ambientação, a legitimação ministerial para a assistência à pessoa idosa analfabeta decorre também da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Essa norma dispõe, em seu artigo 32, II: “compete aos Promotores de Justiça, dentro das esferas de atribuições: [...] II- atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis”. Nesse contexto, a atuação do promotor de justiça torna-se ainda mais relevante diante da inexistência de assistência judiciária gratuita, em grande parte dos municípios brasileiros. Ademais, é de clareza solar que a dicção do artigo 32, II, da Lei Orgânica do Ministério Público, comporta uma atribuição do promotor de justiça independente de qualquer atendimento ao público prestado por meio da Defensoria Pública, dispensando, inclusive, no que toca à atuação do *parquet*, a análise da condição econômica do cidadão.

A NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO FORMA DE EFICÁCIA DIRETA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A proteção do patrimônio pela legislação civilista não pode ser estudada de forma estanque e isolada dos princípios e valores constitucionais que terminam por determinar o conteúdo e a abrangência de institutos de natureza essencialmente patrimoniais. Percebe-se, outrossim, que na medida em que ocorre a evolução e o aperfeiçoamento da ciência jurídica essa aproximação entre as normas de Direito Privado e os princípios do Direito Público é ainda mais ressaltada e evidente, inviabilizando a segmentação dos institutos em categorias estanques e sem qualquer permeabilidade.

A despeito da realidade anteriormente delineada, a atividade do intérprete do Direito ganha mais realce nos tempos atuais, uma vez que, além de definir a norma aplicável ao fato que lhe é apresentado, torna imperioso, na maior parte das vezes, ajustá-la ao ordenamento, o qual só pode ser compreendido como um todo unitário e integrante de um sistema.

Ora, considerando a unidade do ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana permeia e baliza todos os institutos do Direito, mesmo os necessários e utilizados para travar

relações jurídicas cujas essências são privadas. Isso decorre do fato de que a consagração do ser humano, como valor supremo do ordenamento jurídico, é uma conquista do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual passa a imprimir o valor da “dignidade” aos diversos institutos e princípios jurídicos. Dessa ideia pode-se concluir, na mesma senda do professor Cristiano Chaves de Farias (2005, p. 97), que “o Direito Civil não mais assegura apenas o direito à vida, mas, necessariamente, reconhece e tutela o direito à vida digna”. De igual forma, extrai-se que eleger como prioridade a vida humana digna passa a ser também função dos intérpretes e aplicadores das normas jurídicas, já que quando o constituinte brasileiro proclamou a dignidade da pessoa humana no artigo 1º fez “da pessoa humana fundamento e fim da sociedade e do Estado” (MIRANDA, 2000, p. 180).

A dignidade da pessoa humana foi eleita pelo legislador constituinte brasileiro de 1988 como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil¹. Ao adotar tal premissa, o legislador constituinte terminou por elevar a pessoa humana ao topo do ordenamento jurídico, de modo a protegê-la e garantir a efetividade de todos os direitos que nela se fundamentem; ainda, determina sempre a interpretação que mais realize esse intuito de proteção e garantia de direitos à pessoa humana como forma de preservação de sua dignidade.

Nesse contexto, verifica-se que ao se esculpir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil todo o ordenamento jurídico, inclusive a própria Constituição Federal de 1988, precisa absorver esse sentimento a fim de que se possa, de fato, concretizar esse ideário de exaltação da pessoa humana enquanto valor supremo da ordem jurídica nacional. Silvio Romero Beltrão percebe e afirma, de forma lapidar, que, em razão da adoção da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, não existe qualquer valor que seja superior ao da pessoa humana. De maneira sintética, elucida:

Em face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana,

¹ Art. 1º da Constituição Federal do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

pode-se dizer que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e seu fim. Sendo possível concluir que o Estado existe em função das pessoas e não o contrário, a pessoa é o sujeito do direito e nunca o seu objeto. (BELTRÃO, 2005, p. 23)

Acrescenta-se, outrossim, que o princípio da dignidade da pessoa humana permeia o ordenamento jurídico com um conteúdo de igualdade, impedindo interpretações sugestivas de eliminação de um ser humano em benefício de outro. Esse conteúdo de igualdade precisa ser compreendido no seu sentido material de modo a desigualar os que se encontram em posições distintas, sobretudo em situação de vulnerabilidade. Aqui, insere-se a pessoa idosa e analfabeta, cidadã em posição de desigualdade e vulnerabilidade em face das instituições de crédito. Assim, a razão está com Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 199-200), segundo os quais:

A República baseada na dignidade da pessoa humana assume como deveres públicos a protecção de pessoas em situações especiais propícias a graves atentados a essa dignidade (refugiados, detidos, deportados, deslocados, mentores de minorias étnicas). É também a dignidade que justifica a imposição de deveres públicos e comunitários (republicanos) de defesa da vida e integridade do ser humano contra práticas eugénicas de selecção de pessoas, transformação do corpo ou de partes do corpo em fonte de lucro, ou contra a venda forçada pelo vendedor pobre de órgãos do corpo a favor do comprador rico, alteração da identidade genética do ser humano mediante clonagens reprodutivas do ser humano e tráfico de seres humanos.

Vale referir que a dignidade da pessoa humana consiste em um princípio que representa um conteúdo mínimo a ser protegido pelos ordenamentos jurídicos que os consagra. Logo, a presença do princípio da dignidade da pessoa humana já enuncia um conteúdo de valores invulneráveis que fazem do homem comum não o homem ideal², um ser especial. É esse conteúdo invulnerável de Direitos que

²Ressalta Jorge Miranda (2000, p. 184) que “[...] a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível [...]”.

a doutrina denomina de direitos fundamentais. Consta-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana dá origem aos chamados direitos fundamentais, como leciona Frediano José Momesso Teodoro (2007, p. 159):

Dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é o cerne, o principal pilar cuja função é suportá-los. Se os direitos fundamentais são a síntese de todas as demais normas constitucionais, a dignidade humana é a síntese destes direitos, é o fundamento das normas fundamentais. É o respeito que se deve dispensar a todas as pessoas, em relação à vida, às liberdades e à integridade física e psicológica. A dignidade da pessoa é o sinal de preservação de seus valores fundamentais perante a sociedade. Está na dignidade a garantia do exercício dos demais direitos.

Enfim, é fácil verificar que a doutrina não ignora o fato de o legislador constituinte brasileiro ter elegido o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil. Entretanto, como bem adverte Mário Bigotte Chorão (1994, p. 421), assegura-se conveniente observar se a legislação ordinária e as demais normas constitucionais imprimem conteúdo a esse princípio personalista, de modo a serem fiéis a todas as consequências que surgem a partir da consagração da dignidade da pessoa humana enquanto norte da legislação. Caso contrário, entendo que ao intérprete caberá a imperiosa missão de propiciar este estreitamento entre o público e o privado de modo a balizar os institutos privatísticos com o novo paradigma da dignidade da pessoa humana.

Em apertado resumo, a eleição da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos como um princípio fundamental a ser respeitado coloca no centro da ordem jurídica a pessoa humana, titular de direitos fundamentais.

É nesse contexto, e atuando nesse novo paradigma, que defendo a imposição de um tratamento distinto à pessoa idosa e analfabeta que manifeste o desejo de realizar um contrato oneroso, capaz de comprometer parte de sua renda mensal e que irá submetê-la a altas taxas de juros. Por conseguinte, defendo que os contratos de empréstimos consignados, negócio jurídico bilateral e essencialmente oneroso, não podem ser estudados, compreendidos

e aplicados, como atualmente vem sendo, de forma dissociada de outras leis esparsas que também integram o ordenamento jurídico, tampouco de modo a descurar da realidade constitucionalmente eleita pelo legislador constituinte. Por essa razão, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso devem, necessariamente, serem os nortes utilizados pelo aplicador do Direito, de modo a diminuir o hiato existente entre as leis civis e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Atuam, pois, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, por seus princípios e normas, para resguardar a pessoa humana e barrar as inúmeras fraudes e lesões que vem constantemente ocorrendo nos empréstimos consignados realizados por pessoas idosas e analfabetas.

A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO FORMA DE GARANTIR O DIREITO À INFORMAÇÃO AMPLA E IRRESTRITA AO CONSUMIDOR IDOSO E ANALFABETO E A PROTEÇÃO DO SUJEITO MAIS VULNERÁVEL DA RELAÇÃO JURÍDICA

Fruto da permeabilidade dos institutos de Direito Privado pelas normas que visam proteger a pessoa humana, mitigando o princípio da autonomia da vontade, o Código de Defesa do Consumidor elenca o direito à informação ampla acerca do produto e dos serviços. Ocorre que se observa, na prática, que a pessoa idosa e analfabeta tomadora do empréstimo não tem acesso à informação posterior à celebração do contrato, o qual na maior parte das vezes é retido pelo corretor, e quiçá acesso à informação prévia à assinatura contratual. Nesse passo, constata-se que o idoso analfabeto também não recebe informações completas relacionadas às regras referentes a taxas mensais de juros, acréscimos moratórios, e nem sobre o valor, o número e a periodicidade das prestações e a soma total a pagar pelo empréstimo.

Ademais, acresço a seguinte observação: mesmo no caso de a empresa prestadora fornecer todas as informações necessárias para suprir a pessoa idosa e analfabeta, apenas uma minoria, com

a ajuda de familiares ou amigos, teria condições de avaliar tais dados antes de tomar um empréstimo.

Nesse cenário, a consequência que a falta da ampla informação representa, especialmente às populações idosas e de baixa renda, é o endividamento. Isto porque, como é notório, a ausência de informações detalhadas do contrato de empréstimo consignado, ou mesmo a inviabilidade de análise de tais dados por não compreensão por parte do idoso analfabeto, acarretam a assunção de uma dívida por aquele que não detém qualquer margem para endividamento.

Igualmente, merece realce o fato de que a população idosa e analfabeta também tem sido vítima de atos ilícitos praticados por instituições financeiras pagadoras de benefícios. Importa consignar que muitas empresas substituíram, sem autorização prévia do consumidor, o cartão para recebimento do benefício por um cartão de crédito. Tal procedimento da instituição financeira acarreta um aumento da dívida do aposentado analfabeto, o qual termina contraindo de forma indireta novos serviços, devidamente taxados.

Verifica-se, portanto, que a instituição financeira, além de não informar o consumidor acerca dos detalhes do produto ou serviço fornecido, prevalece-se da ignorância do consumidor para forçar-lhe a adquirir um produto que não tem interesse. Na verdade, muitas vezes o consumidor sequer tem conhecimento de estar adquirindo algo diverso ou complementar ao empréstimo. Merece destaque, para cumprir o objetivo deste ensaio, que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 39, IV, menciona que constitui prática abusiva e vedada “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus próprios produtos ou serviços”.

Ao omitir aspectos dos produtos e serviços fornecidos ou na hipótese de “venda casada” sem informar acerca do produto ou serviço acessório, a instituição financeira incorre em publicidade enganosa, pois, à luz do artigo 37, §§ 1º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade é enganosa:

§ 1º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir

em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 3º. Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Pois bem, como demonstrado nas normas pretéritas, o dever de informação da instituição financeira é amplo. Isto porque é garantido ao consumidor (parte mais vulnerável da relação) acesso irrestrito aos dados do produto ou serviço. Nesse passo, deixar de informar ao consumidor idoso e analfabeto sobre dado essencial do produto ou serviço constitui publicidade enganosa na modalidade omissiva. Esse dever de informação deriva do Princípio Consumérista da Boa-fé Objetiva, ao qual se agrega o Princípio da Confiança, apresentando os deveres anexos da lealdade e veracidade. Assim, o fornecedor, que detém conhecimentos técnicos da operação de crédito ofertada, tem o dever de aconselhar o consumidor leigo.

Esse dever de informar está previsto no art. 52 do CDC, segundo o qual:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

O dever de informação é descumprido por grande parte dos fornecedores de crédito no Brasil, especialmente no que toca às taxas de juros, com mais destaque para a taxa anual de juros, que, via de regra, é omitida. Interessante asseverar que esse dever de informação abrange não somente a obrigação de comunicar a taxa anual dos juros, mas também obriga a instituição de crédito a certificar-se que a informação prestada foi devidamente assimilada e compreendida pelo consumidor, sobretudo o idoso e analfabeto,

parte reconhecidamente vulnerável no contrato de empréstimo consignado.

De simples constatação, pois, que a publicidade relacionada à concessão de crédito apresenta uma exigência maior e mais ampla, na medida em que tem por dever prestar informação completa sobre todos os dados do contrato. Dessume-se, dessa forma, que descumprir os deveres anteriormente retratados importa em afronta direta ao Princípio da Boa-fé objetiva, que norteia todas as relações consumeristas no Brasil e, portanto, macula essa negociação de nulidade.

Entretanto, a proteção à parte mais vulnerável dessa relação consumerista não pode estar adstrita à via judicial, no nosso modo de entender. É preciso mais. Por essa razão pugnamos pela imperiosa necessidade de atuação extrajudicial do promotor de justiça, ainda na fase de concretização do contrato, esclarecendo e dirimindo todas as dúvidas do consumidor e funcionando como agente de transformação social, na medida em que sua assistência ao cidadão idoso e analfabeto determinará um incremento da informação e, por conseguinte, a realização de contratos sem vícios de vontade, representando uma diminuição nas demandas judiciais.

Por sua vez, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) prevê, no artigo 10, a obrigação do Estado e da sociedade de “assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”. Da mesma forma, o § 2º do artigo 10 da Lei 10.741/2003 traz o direito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, a qual abrange a “preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças...”. O § 3º do mesmo artigo traz expresso o dever de todos de “zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Há, pois, íntima relação entre as normas anteriormente expostas do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, que determinam, no nosso modo de sentir, que ao promotor de justiça cabe o *mister* de orientar e assistir o idoso analfabeto na realização de um empréstimo consignado, de modo a garantir a preservação de seus interesses.

A CAPACIDADE JURÍDICA DO IDOSO ANALFABETO E A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO MINISTERIAL

É cediço que o idoso analfabeto é detentor de personalidade e capacidade jurídica, na medida em que a senilidade não constitui causa de diminuição ou perda da capacidade em nosso sistema constitucional. Desse modo, a pessoa idosa, ao contrário do adolescente, é sempre presumivelmente capaz. Na verdade, afirmar algo diferente disso é atentar contra o texto constitucional que traz, de forma expressa, o princípio da isonomia entre as pessoas.

Ocorre que, logo que surgiu o Estatuto do Idoso, houve uma interpretação alargada do artigo 75 deste diploma legal, de modo a considerar indispensável a intervenção do Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, em todo e qualquer processo que envolvesse a pessoa idosa. Essa intervenção do promotor de justiça ocorreria mesmo nas demandas, nas quais se discutissem meros interesses patrimoniais disponíveis, apenas pelo fato da presença de pessoa idosa.

Assim, o entendimento supra não considerava a capacidade ou incapacidade do idoso, em cada caso concreto, ou a disponibilidade ou indisponibilidade do direito, ou mesmo não haveria necessidade de se perquirir acerca da existência de situação de risco para determinar a intervenção do *parquet*.

Na verdade, o Estatuto do Idoso tem por fim realçar a importância das pessoas com mais de 60 (sessenta) anos, sem discriminá-las, mas inserindo-as no contexto social.

Diante das finalidades institucionais do Ministério Público³, a interpretação supra não prevaleceu na doutrina, já que o promotor de justiça não pode agir como patrono de pessoa capaz, ainda que idosa, em processo referente a direito disponível.

Prevalece atualmente, no seio do Ministério Público, a tese de atuação ministerial nos processos envolvendo idosos, em situação de risco, pois exigir a intervenção do *parquet* em demandas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis com a presença de idoso sem risco apenas lançaria sobre a pessoa idosa a pecha de incapaz.

³ Dispõe o artigo 128, § 5º, II, "b", da Constituição Federal:

Entendemos, fundado no artigo 74, inciso II, do Estatuto do Idoso⁴ que a atuação extrajudicial do Ministério Público nos contratos de consignação em pagamento é justificada pela presença primeiramente do idoso em situação de risco, já que analfabeto, o qual não compreende o teor do contrato que assina, bem como pela proteção de direito social e individual de cunho indisponível.

Nesse contexto, vê-se que a atuação do Ministério Público na proteção dos idosos tem por fim garantir tanto a preservação dos seus direitos sociais como os direitos individuais indisponíveis. Digo isto com a experiência de oito anos de Ministério Público exercidos exclusivamente nas cidades do interior do Estado do Piauí, tratando diuturnamente com a judicialização de contratos de empréstimos consignados realizados com pessoa idosa e analfabeta que desconheciam, na maior parte das vezes, totalmente o teor da relação travada.

Percebe-se, na maioria das vezes, que os contratos de consignação em pagamento realizados com pessoa idosa e analfabeta terminam, em grande parte das vezes, por comprometer parte significativa da renda familiar do idoso, com repercussões em sua saúde, aposentadoria, alimentação e moradia, pois, mesmo respeitando o percentual de endividamento, são os idosos incapazes de realizar operações matemáticas simples. Somente realizando essas operações matemáticas é possível identificar o valor que o idoso analfabeto pode dispor mensalmente, levando em consideração todas as suas despesas fixas.

Ora, estamos falando de operações matemáticas simples, as quais visam estabelecer quanto pode o idoso analfabeto dispor mensalmente. Sequer me atrevo a mencionar o total desconhecimento por parte deste das famigeradas taxas de juros a serem pagas pela obtenção do empréstimo consignado.

Nesse trilhar, a grande novidade consiste na imposição da assistência ministerial mesmo antes da judicialização do caso, atuando o promotor de justiça extrajudicialmente, de modo a evitar o nascimento de demandas judiciais. Essa atuação do Ministério

⁴ "Compete ao Ministério Público:

[...]

II- promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos dos idosos em condições de risco".

Público poderá inibir a ocorrência dos inúmeros prejuízos já evidenciados atualmente ao idoso analfabeto, os quais colocam em perigo até mesmo a sua vida digna, na medida em que esses contratos terminam por comprometer parte significativa das suas aposentadorias.

Urge, pois, que o Ministério Público atue preventivamente em defesa da pessoa idosa e analfabeta, como mecanismos de sua proteção, de modo a evitar a judicialização de demandas que visam declarar a anulabilidade de contratos de empréstimos consignados, realizados por pessoa idosa e analfabeta, por defeitos dos negócios jurídicos.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CHORÃO, Mário Bigotte. Direito e inovações biotecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito). *O Direito*, Lisboa, ano 126, III e IV, jul.-dez. 1994.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico, delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Curitiba: Juruá, 2007.

DIREITO COLETIVO

LAW COLLECTIVE
DERECHO COLECTIVO



O Rio Araguaia (Rio das Araras Vermelhas em tupi) é um rio brasileiro que nasce no estado de Goiás, na Serra do Caiapó, próximo ao Parque Nacional das Emas. Este rio faz a divisa natural entre os estados de Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Maranhão e Pará. Possui uma extensão de 2.114 km e é considerado um dos mais piscosos do mundo. Porém, vem sofrendo nos últimos anos com a pesca predatória.

Eduardo Alves de Freitas*
Lúcio Flávio de Souza**

O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA POSIÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

THE PROSECUTOR AND HIS POSITION ON THE
CONSTITUTIONAL ORDER OF 1988

EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU POSICIÓN EN EL
ORDEN CONSTITUCIONAL DE 1988

Resumo:

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil e, com ela, surgia um Ministério Público forte, com inúmeras competências, as mesmas garantias do Poder Judiciário e a tarefa de defender o ordenamento jurídico, o regime democrático e os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse contexto, propõe-se um estudo sobre a posição do Ministério Público na ordem constitucional de 1988, buscando compreender se o Parquet é um poder da República ou não, bem como sua relação com os outros poderes e instituições de hierarquia constitucional, especialmente o Conselho Nacional do Ministério Público e, por fim, uma análise sobre os desafios dessa novel instituição no século XXI.

Abstract:

On October 5, 1988, was enacted the Constitution of the Federative Republic of Brazil, and, with it, a public prosecutor appeared strong, with numerous skills, the same assurances of the Judiciary and the task of defending the legal order, the democratic regime and interests, collective and homogeneous. In this context, we propose a study on the position of the prosecutor in the constitutional

* Especialista em Direito Penal pela UFG. Bacharel em Direito pela PUC-GO. Inspetor de Corregedoria da Corregedoria Geral do MP-GO.

** Especializando em Ciências Criminais pela ESMEG. Bacharel em Direito pela PUC-GO. Assessor Jurídico da Corregedoria Geral do MP-GO.

order of 88, trying to understand the power of Parquet is a republic or not, as well as its relationship with other powers and institutions of constitutional hierarchy, especially the Council national prosecutors and, finally, an analysis of the challenges of this novel institution in the XXI century.

Resumen:

El 5 de octubre de 1988, se promulgó la Constitución Política de la República Federativa del Brasil, y con ella, surge el Ministerio Público fuerte, con numerosas habilidades, las mismas garantías del Poder Judicial y la tarea de la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses colectivos y homogéneos. En este contexto, se propone un estudio sobre la posición del Ministerio Público en el orden constitucional del 1988, tratando de entender si el Parquet es un poder de la república o no, así como su relación con otros poderes e instituciones de jerarquía constitucional, en especial el Consejo Nacional del Ministerio Público y, por último, un análisis de los retos de esta institución novedosa en el siglo XXI.

Palavras-chaves:

República, Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário.

Keywords:

Republic, Executive, Legislative, and Judicial Powers.

Palabras clave:

República, Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

INTRODUÇÃO

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil e, com ela, surgiram conquistas importantíssimas para o povo brasileiro. Os direitos fundamentais, os sociais, os políticos, além da organização e

determinação das atribuições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, fizeram com que o país desse um importante passo para a democratização plena.

Mas não é apenas isso. Com a nova Carta Magna, surgiu um Ministério Público forte, com inúmeras competências e as mesmas garantias do Poder Judiciário e, segundo o legislador constituinte originário, com a tarefa de defender o ordenamento jurídico, o regime democrático e os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

No Título IV (Da organização dos poderes), capítulo IV (Das funções essenciais à justiça), Seção I (Do Ministério Público) da Constituição Federal, encontra-se a certidão de nascimento do Ministério Público, com suas competências e garantias, hoje amplamente defendidas e estudadas por constitucionalistas de escol.

Na lição de Mazzilli (1996, p. 5):

É hoje o Ministério Público um órgão autônomo do Estado; não é órgão do governo, nem dos governantes, nem do Poder Executivo. Num Estado democrático, sua existência e sua atuação autônoma e independente tornaram-se indispensáveis para assegurar a inércia do Poder Judiciário para garantir efetivo acesso à jurisdição, quando da ocorrência de lesões a interesses públicos e coletivos, tomados estes em seu sentido lato.

Nesse contexto, propõe-se uma pesquisa bibliográfica, através da leitura de obras que versam sobre direito constitucional, teoria geral do Estado e regime jurídico do Ministério Público, além de pesquisa jurisprudencial, com o objetivo geral de definir a posição do Ministério Público na ordem constitucional de 1988.

O primeiro problema que se apresenta é o de ser ou não o Ministério Público um Poder da República, considerando o artigo 127 da Constituição Federal, que proclama que o *Parquet* é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado; que o § 2º do mesmo artigo assegura-lhe autonomia funcional e administrativa e que o artigo 128, § 5º, inciso I, assegura aos membros do Ministério Público garantias idênticas às da magistratura. Levanta-se a hipótese de que o Ministério Público é materialmente um Poder, em razão de lhe serem asseguradas

as mesmas garantias constitucionais do Poder Judiciário, embora não o seja formalmente, por não estar relacionado no artigo 2º da Constituição Federal. Com esse problema, objetiva-se especificamente definir a natureza jurídica do Ministério Público.

O segundo questionamento, correlato ao primeiro, tem por base o artigo 127, §2º da Constituição Federal, que diz ser o Ministério Público autônomo funcional e administrativamente, bem como o §1º que dita que seus membros são funcionalmente independentes. Porém, o Ministério Público não está relacionado no artigo 2º da Constituição Federal, que define os Poderes da República. Isto posto, é o Ministério Público subordinado a outro Poder da República? Levanta-se a hipótese de que o *Parquet* é independente dos Poderes da República e com eles convive harmonicamente, conforme prescrito no artigo 2º da Constituição Federal. Nesse ponto, objetiva-se especificamente responder se o Ministério Público é subordinado a outro Poder ou Instituição da República.

O terceiro e último problema refere-se à duvidosa relação entre o *Parquet* e o Poder Executivo, já que o Ministério Público deve submeter sua proposta orçamentária ao Chefe do Poder Executivo, que também nomeia o Procurador-Geral, escolhido entre integrantes da carreira ministerial. Levanta-se a hipótese de que o Ministério Público é independente do Poder Executivo, inobstante o legislador constituinte ter excepcionado este princípio, determinando que o chefe do Poder Executivo nomeie o Procurador-Geral e aprove o orçamento. A independência do Poder Judiciário também não é afetada em razão de o Presidente da República nomear ministros para os tribunais superiores. Aqui, objetiva-se especificamente estabelecer qual é a relação entre o Ministério Público e o Poder Executivo.

Por fim, realiza-se uma reflexão sobre o que se espera no futuro deste jovem, mas já tão importante, Ministério Público Brasileiro.

Com tal finalidade, a pesquisa foi formatada em três tópicos, quais sejam: o Ministério Público perante a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público e sua autonomia constitucional, a partir de 1988 e o Ministério Público do século XXI.

O MINISTÉRIO PÚBLICO PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em uma evolução histórica significativa, deu novas dimensões ao Ministério Público Brasileiro, alocando-o em pé de igualdade com os Poderes da República, conferindo-lhe diversas funções institucionais e, ao mesmo tempo, fornecendo-lhe as garantias e os instrumentos jurídicos necessários à persecução do seu mister.

Os Poderes da República

Determina o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O citado dispositivo constitucional é a positivação da teoria da separação de poderes, que sempre esteve presente nos textos constitucionais brasileiros, conforme ensina Silva (2006, p. 106):

O princípio da separação de poderes foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro. Recorde-se que a Constituição do Império adotara a divisão quadripartita de poderes segundo a formulação de Benjamim Constant: *poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário*. As demais constituições assumiram a separação tripartita de Montesquieu. A Constituição de 1988 manteve o princípio.

Moraes (2007, p. 386), comentando o artigo 2º da Lei Maior, anota que:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais [...].

A expressão “independentes e harmônicos entre si” sempre causou perplexidade na doutrina, já que difícil é alcançar o verdadeiro sentido da frase. Silva (2006, p. 110) esclarece a questão:

A independência dos poderes significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam da sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. *A harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.

A teoria da separação de poderes, hoje consagrada nos Estados modernos, teve em Montesquieu o seu sistematizador¹. Porém, a ideia não era de todo original, visto que a separação de funções estatais sempre foi objeto de estudo dos grandes pensadores, conforme ressalta Dallari (2002, p. 215):

O antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar. [...] Já no século XIV, no ano de 1324, aparece a obra “Defensor Pacis”, de Marsílio de Pádua, estabelecendo uma distinção entre o poder legislativo e o executivo. [...] No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, com a obra de Locke. [...] Finalmente, com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições.

¹ Através da obra *De L'Esprit des Lois*, de 1873.

Modernamente, considerando que Montesquieu foi realmente quem melhor sistematizou e adequou a teoria da separação de poderes aos Estados contemporâneos, pode-se conceituar a referida teoria da seguinte forma:

[...] é o princípio da *divisão funcional* do poder de soberania em três órgãos, pelos quais ela se manifesta na sua plenitude: um que elabora a lei (Poder Legislativo), outro que se encarrega da sua execução (Poder Executivo) e o terceiro (Poder Judiciário), que soluciona os conflitos, pronuncia o direito e assegura a realização da justiça. [...] O Estado manifesta a sua vontade, o seu poder, através desses três órgãos que compõem a sua unidade. Cada um dos três poderes, isoladamente, sem a correlação e a integração dos dois outros, não chegaria a expressar o poder do Estado. (MALUF, 1993, p. 205)

Não obstante a denominação “separação de poderes”, impende ressaltar que o Poder do Estado é uno e indivisível e recebe o nome de soberania. Cuida-se, na verdade, de separação de funções estatais ou divisão de órgãos estatais, conforme ensina Maluf (1993, p. 207):

A soberania é realmente, necessariamente, *una e indivisível*. Ora, o Estado é a organização da soberania, e o governo é a própria soberania em ação. O Poder, portanto, é um só, *uno e indivisível* na sua substância. Não pode haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, mas pode perfeitamente haver órgãos diversos de *manifestação* do poder de soberania. Cada *órgão, dentro da sua esfera de ação*, exerce a totalidade do poder soberano. Em outras palavras: cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder.

Constitucionalistas contemporâneos reconhecem a unidade do Estado constitucional de direito, cujos agentes políticos têm a missão de exercerem atos de soberania. Por todos, cite-se Moraes (2007, p. 389): “O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno denomina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos”.

A intenção inicial de separar as funções estatais em três órgãos distintos era garantir a liberdade dos indivíduos contra o arbítrio de um governante onipotente. Montesquieu, citado por Maluf (1993, p. 206), ressalta esse aspecto:

Quando na mesma pessoa ou corporação, o poder legislativo se confunde com o executivo, não há mais liberdade. Os três poderes devem ser independentes entre si, para que se fiscalizem mutuamente, coíbam os próprios excessos e impeçam a usurpação dos direitos naturais inerentes aos governados. O Parlamento faz as leis, cumpre-as, o executivo e julga as infrações delas o tribunal.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu foi muito bem vista e considerada como um dos meios de se evitar o Estado absoluto. Assim é que, já na Declaração de Direitos da Virgínia, consta que “os poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário”. Atualmente, tal princípio é consagrado nas Constituições de quase todo o mundo.

Porém, não há mais rigor absoluto na divisão de poderes na atualidade. Embora Montesquieu não tivesse previsto exceções em sua teoria, as necessidades e precariedades do Estado moderno motivaram algumas fugas ao princípio da separação de funções, com vistas a dinamizar a atividade estatal e, ao mesmo tempo, conferir o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos. Sobre o tema, esclarece Silva (2006, p. 110):

[...] cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Por isto, entende-se atualmente que os órgãos que exercem as funções estatais realizam atividades típicas e atípicas. As típicas são aquelas previstas originariamente na teoria da separação de poderes. Já as atípicas, exceções à regra, são as que invadem,

excepcional e legitimamente, competência de outro órgão. Quem bem explica a questão é Lenza (2008, p. 293):

Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e insitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Importante notar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário. O Legislativo possui como função típica legislar e efetivar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo; como função atípica, dispõe sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores (natureza executiva) e o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 55, I, natureza jurisdicional). O Executivo pratica atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração. Atipicamente, o Presidente da República adota medidas provisórias com força de lei (art. 62, função legislativa) e julga, apreciando defesas e recursos administrativos. O Judiciário julga, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei. Atipicamente, estabelece o regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, a, natureza legislativa) e administra, ao conceder licença e férias aos magistrados (art. 96, I, f, natureza executiva).

Outro ponto de relevo é que a Constituição Federal prevê a existência de outros órgãos, não denominados formalmente de “poder”, mas com *status* constitucional muito semelhante a estes, que Moraes (2007, p. 390) chama de Instituições:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos.

Essas Instituições exercem suas funções com independência e prerrogativas e são indispensáveis ao bom funcionamento do

Estado. Como exemplos, pode-se mencionar o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

Posição constitucional do Ministério Público

O *caput* do artigo 127 da Constituição Federal conceitua o Ministério Público: “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”.

Causou perplexidade na doutrina a nova posição constitucional do Ministério Público, haja vista que em quase todas as outras Constituições brasileiras ele esteve subordinado a algum Poder da República, ora o Executivo, ora o Judiciário. Mazzilli (2005, p. 61) explicita o problema:

Questão controversa é saber se as funções do Ministério Público se inserem no Poder Legislativo (como fiscal da lei), se no Judiciário (pois normalmente atua junto dele – opção da Constituição de 1967), se no Executivo (pois sua tarefa é administrativa – opção da Carta de 1969), ou se deve ficar em título ou capítulo à parte (como na CF de 1934, de 1946 e na de 1988).

Conforme afirmado anteriormente, a opção da Constituição de 1988 foi inserir o Ministério Público em um título à parte, denominado “Das funções essenciais à justiça”. Sobre a escolha constitucional, escreve Mazzilli (2005, p. 62):

Em tese, nada impediria estivesse o Ministério Público dentro de qualquer dos ramos do Poder ou fosse erigido a um quarto Poder. Optou o constituinte de 1988 por conferir elevado status constitucional ao Ministério Público, quase o erigindo a um quarto Poder, ao dar-lhe garantias especiais e ao desvinculá-lo dos capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

No entanto, há quem não concorde com esta assertiva. Para balizada doutrina constitucional, representada por Silva

(2006, p. 598), o Ministério Público continua sendo, por sua própria natureza, Poder Executivo:

[...] não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado, porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos [...].

Interessante observar a posição de Moraes (2007, p. 385). Apesar do referido autor não afirmar ser o Ministério Público um quarto Poder, defende uma releitura da clássica teoria da Tripartição de Poderes, que se tornaria quadripartita, pois inclusa estaria a instituição ministerial. Esta é a linha do seu pensamento:

A Constituição Federal [...] previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais[...].

Note-se que nos referimos às garantias dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, uma vez que se assemelham em virtude da autonomia, independência e finalidades constitucionais.

Para esse constitucionalista, a clássica divisão de poderes de Montesquieu não atende mais aos anseios do Estado moderno, devendo, portanto, ser adaptada à contemporaneidade. Leia-se sua opinião:

[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos”. (MORAES, 2007, p. 389)

Nesse sentido, apesar de não ter sido o Ministério

Público erigido formalmente à categoria de Poder da República, seu *status* constitucional, suas garantias e prerrogativas alçam-no a tal patamar:

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais. [...] Esta opção do legislador constituinte em elevar o Ministério Público a defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, alterando substancialmente a estrutura da própria Instituição e da clássica teoria da Tripartição de Poderes, não pode ser ignorada pelo intérprete, pois se trata de um dos princípios sustentadores da teoria dos freios e contrapesos de nossa atual Constituição Federal. (MORAES, 2007, p. 389)

Arrematando a questão, Mazzilli (2005, p. 59) leciona:

É hoje o Ministério Público um órgão autônomo do Estado; não é órgão do governo, nem dos governantes, nem do Poder Executivo. Num estado democrático, sua existência e sua atuação autônoma e independente tornaram-se indispensáveis para assegurar a inércia do Poder Judiciário, para garantir efetivo acesso à jurisdição, quando da ocorrência de lesões a interesses públicos e coletivos, tomados estes em seu sentido lato.

Quando se fala em Ministério Público a palavra chave é independência. Percebeu o legislador constituinte que, caso não conferisse autonomia ao *Parquet*, este não conseguiria exercer o seu *munus* público. É com autonomia que o Ministério Público se apresenta diante de todos os outros poderes e instituições do Estado.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE 1988

Conforme restou explicitado no capítulo anterior, o Ministério Público é instituição autônoma. Porém, isso não significa

que o *Parquet* não se relacione jurídica e institucionalmente com os outros Poderes e, muito menos, que atue ao arremedo da lei, pois a divisão de funções estatais obedece aos freios e contrapesos estabelecidos constitucionalmente.

O Ministério Público e o Poder Legislativo, com ênfase na autonomia administrativa

O Poder Legislativo, após consignado no artigo 2º da Constituição Federal, possui seu regramento nos artigos 44 a 75, incluídas as disposições referentes ao processo legislativo.

Como todos os outros Poderes da República, possui funções típicas e atípicas:

As funções típicas do Poder Legislativo são *legislar* e *fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70). As funções atípicas constituem-se em *administrar* e *judgar* [...]. (MORAES, 2007, p. 375)

Noutro giro, a autonomia administrativa característica do Ministério Público contemporâneo pode ser conceituada do seguinte modo:

É a faculdade de gestão dos negócios da entidade ou do órgão, segundo as normas legais que o regem, editadas pela entidade estatal competente. [...] Pode ser atribuída a qualquer órgão ou entidade, que em razão de seus objetivos deva gerir com mais liberdade os seus negócios, ficando apenas vinculado (não subordinado) ao Poder que o instituiu. (MEIRELLES *apud* MAZZILLI, 1996, p. 96)

Buscando conciliar as competências do Poder Legislativo com a autonomia do Ministério Público, o legislador constituinte

concedeu a este, de maneira inédita, a iniciativa para deflagrar processo legislativo de seu interesse, que consiste na proposição da criação e extinção dos cargos e de seus serviços auxiliares e a iniciativa das leis complementares que dispõem sobre a Instituição, conforme artigos 127, § 2º, e 128, § 5º da Constituição Federal. Nos dizeres de Silva (2006, p. 525), essa iniciativa legislativa é “a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo.”

Segundo Moraes (2007, p. 532), cuida-se de iniciativa legislativa concorrente, pois o Presidente da República também detém iniciativa para essas leis, conforme artigo 61 da Constituição Federal, o que não se coaduna com o novo posicionamento constitucional do *Parquet*.

Questão curiosa é a diferença estabelecida pela Constituição Federal a respeito da destituição do chefe do Ministério Público pelo Poder Legislativo. Isso porque o artigo 128, § 2º, cuida da destituição do Procurador-Geral da República por iniciativa do Presidente da República, precedida da autorização do Senado Federal. No âmbito estadual é diferente, conforme ressalta Mazzilli (1996, p. 121):

O Senado não destitui, apenas autoriza que o presidente destitua. Observe-se que, nesse passo, não há simetria com a organização dos Estados e do Distrito Federal: nestes últimos, o Poder Legislativo correspondente não autoriza, mas sim delibera a destituição do procurador-geral de justiça.

Em ambas as hipóteses, caberá ao Poder Legislativo, como legítimo representante da vontade popular, julgar a conveniência de manter ou não o chefe do Ministério Público em seu cargo.

O Ministério Público e o Poder Judiciário, com ênfase na autonomia funcional

O Poder Judiciário, regido pelas disposições dos artigos 92 a 126 da Constituição Federal, possui como função precípua, segundo Moraes (2007, p. 448), “[...] a jurisdicional, ou seja, julgar,

aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses”.

O Ministério Público possui íntimas relações com o Poder Judiciário, conforme doutrina Mazzilli (1996, p. 2), quando diz que “[...] ao Ministério Público a Constituição e as leis cometem algumas funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele”. De fato, segundo disposição constitucional, compete ao *Parquet* promover privativamente a ação penal pública (artigo 129, I), bem como, concorrentemente com outros órgãos, a ação civil pública (artigo 129, III), a ação de inconstitucionalidade (artigo 129, IV) e defender judicialmente os interesses indígenas (artigo 129, V). Ademais, dispõe o artigo 82 do Código de Processo Civil² que o Ministério Público intervirá nas causas em que há interesses de incapazes (I), nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade (II) e nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (III).

Quando um membro da Instituição ministerial, exercitando suas atribuições, propõe ou participa de qualquer uma dessas ações, está acobertado pela autonomia funcional:

Isto significa que [...] no desempenho de seus deveres profissionais, não estão subordinados a nenhum órgão ou poder [...], submetendo-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei. (MAZZILLI, 1996, p. 94)

Por causa disso, a doutrina administrativista moderna encampa os membros do Ministério Público na categoria de agentes políticos, conforme ressalta Meirelles, citado por Mazzilli (1996, p. 94):

É a posição dos agentes públicos investidos de atribuições constitucionais e responsáveis pelo exercício de funções mais altas e complexas, nos vários âmbitos de poder [...], cuja atuação exigem independência funcional.

² Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Exemplo clássico da preservação da independência funcional do Ministério Público no âmbito judicial é o artigo 28 do Código de Processo Penal³, que inobstante os inúmeros defensores da sua não recepção pela Constituição Federal vigente, dispõe que:

Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Desse modo, nota-se que, caso o chefe do *Parquet* discorde do posicionamento adotado pelo membro da instância singela, não poderá obrigá-lo a modificar seu pensamento. Poderá, isto sim, ele mesmo oferecer a manifestação processual ou designar outro ministerialista para fazê-lo, obedecendo a uma escala de substituições automáticas e eventuais⁴, devidamente publicada no Diário Oficial, garantindo a observância do princípio do promotor natural. Esclarecedora é a lição de Mazzilli (1996, p. 403) sobre o tema:

Não raro [...] o juiz discorda do conteúdo de uma manifestação processual do promotor, como quando o promotor requer a remessa dos autos para outro juízo, embora o juiz entenda ser dele próprio a competência. Nesses casos, discordando o juiz da manifestação do promotor, tem feito encaminhar os autos ao procurador-geral, para manifestação. Se não faltou o ato ministerial, que está nos autos, mas o juiz discorda da forma ou do conteúdo do ato ministerial efetivamente apresentado, não cabe socorrer-se do referido dispositivo legal, porque aí não há razão para analogia. Em se tratando do art. 28 do Código de Processo Penal, a lei estabeleceu um controle da inércia do Ministério Público. O Poder Judiciário não pode impor ao Ministério

³ Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

⁴ No âmbito do Estado de Goiás, esta escala é estabelecida pelo Ato n. 8, de 24 de fevereiro de 2011, da lavra do Procurador-Geral de Justiça.

Público o conteúdo ou a qualidade da manifestação que este deva apresentar. Deve, sim, o Judiciário zelar para que não falte a oportunidade de atuação do Ministério Público.

Finalizando, a legislação ordinária, consubstanciada no Estatuto da Advocacia⁵, em atenção ao princípio da isonomia processual, dispõe que não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos⁶.

O Ministério Público e o Poder Executivo

Restou demonstrado anteriormente que não há unanimidade doutrinária sobre a alocação constitucional do Ministério Público. Alguns defendem ser o *Parquet* órgão do Poder Executivo⁷, outros uma Instituição autônoma⁸ e ainda há quem o erija a um Poder da República⁹.

O Poder Executivo está disciplinado nos artigos 76 a 91 da Constituição Federal, tratando-se, segundo Silva (2006, p. 542), de “órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração.”

Superado esse passo, independentemente do posicionamento adotado, não se pode negar que o Ministério Público está vinculado ao Poder Executivo em diversos dispositivos constitucionais e legais, o que é motivo de crítica da doutrina:

Testemunho eloquente desse esforço de composição entre o futuro projetado e o passado renitente, é a esdrúxula concorrência de iniciativa entre o Procurador-Geral e o Presidente da República para a lei complementar de organização do Ministério Público da União. (PERTENCE *apud* MORAES, 2007, p. 533)

⁵ Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994.

⁶ Artigo 6º da referida lei.

⁷ Por todos, José Afonso da Silva, em *Curso de Direito Constitucional Positivo*.

⁸ Por todos, Hugo Nigro Mazzilli, em *Introdução ao Ministério Público*.

⁹ Por todos, Alexandre de Moraes, em *Direito Constitucional*.

Essa vinculação anteriormente referida acontece, por exemplo, na questão orçamentária e na nomeação do chefe do *Parquet* pelo chefe do Poder Executivo.

Já foi demonstrada a autonomia administrativa do Ministério Público em relação ao Poder Legislativo, o que se dá também em relação ao Poder Executivo, pois dispõe a Lei n. 8.625/1993 caber ao Ministério Público: a) praticar atos próprios de gestão; b) elaborar sua folha de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; c) adquirir bens e contratar serviços; d) elaborar seus regimentos internos, etc.

Quanto à autonomia financeira, quem bem a define é Meirelles, citado por Mazzilli (1996, p. 97): “Autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação”.

Embora não mencionada expressamente na Constituição Federal, a autonomia financeira é garantida ao *Parquet*, tendo sido reforçada pela Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004¹⁰, que regulamentou a autonomia financeira do Ministério Público, estabelecendo que, caso não encaminhada a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias. No mesmo sentido é a Lei n. 8.625/1993, prescrevendo o artigo 4º que o Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias, encaminhando-a diretamente ao Governador do Estado, que a submeterá ao Poder Legislativo.

Assim, somente ao Poder Legislativo caberá a redução da proposta orçamentária do Ministério Público, o que, de certo modo, evita as trocas de favores com os chefes dos executivos, garantindo-se a isenção necessária.

A única possibilidade de o Chefe do Poder Executivo interferir na proposta orçamentária do *Parquet* se dá quando for

¹⁰ De 30 de dezembro de 2004, publicada no DOU do dia 31 de dezembro de 2004, com vigência a partir da publicação.

encaminhada em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias, quando serão feitos os ajustes necessários¹¹.

Quanto à questão da nomeação do chefe do Ministério Público, dispõe o artigo 128, § 1º da Constituição Federal, que o Procurador-Geral da República será nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. Note-se que não há limites para a recondução, desde que precedida de nova decisão do Senado Federal, conforme dispõe o artigo 28 da Lei Complementar n. 75/1993.

No que se refere aos Ministérios Públicos dos estados e o do Distrito Federal e Territórios, a Constituição Federal determina, no artigo 128, § 3º, a formação de lista triíplice entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu procurador-geral, que será nomeado pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal, conforme o caso, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, que se submete ao mesmo procedimento da primeira investidura.

Tal sistema, conforme comentado alhures, não se coaduna com o novo perfil constitucional do Ministério Público, sendo objeto de severas críticas da doutrina:

[...] posto mantido o mau vezo de ser feita a escolha do procurador-geral justamente pelo chefe do Poder Executivo – o que não raro pode pôr a perder o alcance prático de todas as outras garantias –, notável crescimento institucional se verificou, com a formação da lista triíplice pela própria instituição e com a garantia da investidura por tempo certo.

O procurador-geral dependerá de seu estofo moral e funcional para dirigir com independência o Ministério Público.

[...]

Um dos pontos fundamentais de aprimoramento da instituição, de *lege ferenda*¹², consiste em abolir definitivamente toda interferência do Poder Executivo na escolha do procurador-geral de justiça, porque a experiência tem demonstrado que não raro os procuradores-gerais se integram à administração

¹¹ Artigo 127, §§ 3º a 6º da Constituição Federal.

pública, até buscando e querendo mesmo servir o chefe da administração, de quem recebem orientação política em sua atuação funcional. (MAZZILLI, 1996, p. 138)

Noutro giro, consoante disposição genérica do artigo 85, II da Constituição Federal, constitui crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra o livre exercício do Ministério Público.

O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas

Reina grande celeuma na doutrina em relação à natureza jurídica do Ministério Público, que atua junto aos Tribunais de Contas. Isso porque o artigo 73, § 2º, I, da Constituição Federal prevê a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (TCU), determinando, em seu artigo 130, que aos membros desse Ministério Público devem ser aplicados direitos, vedações e forma de investidura previstas aos demais membros do Ministério Público.

Nesse diapasão, a dúvida é: este Ministério Público estaria inserido na própria estrutura do MPU ou estaria ligado ao TCU, sem qualquer vínculo com o primeiro, conforme dispôs a Lei n. 8.443/1992¹³?

Defendendo o primeiro posicionamento, escreve Mazzilli (1996, p. 106):

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não foi previsto na Constituição de 1988 como instituição própria. [...] Assim, não instituindo [...] a Constituição democrática atual nenhum outro Ministério Público senão o da União e o dos Estados, é lícito concluir que os membros do Ministério Público que deviam e devem atuar perante os Tribunais e Conselhos de Contas nada mais devem ser que, no nível de suas atribuições funcionais, membros do Ministério Público da União e dos Estados, sujeitos à mesma corregedoria e à mesma direção do respectivo

¹² Para lei futura.

¹³ Dispõe sobre a Lei Orgânica do TCU e dá outras providências.

procurador-geral. Para dar sentido ao art. 130 da Constituição, dever-se-ia considerar que os membros do Ministério Público que oficiam junto às cortes de contas constituiriam um quadro especial, ainda que dentro da mesma carreira.

Porém, esse não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, perfilhando a segunda posição, julgou¹⁴ que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (TCU) é instituição que não integra o Ministério Público da União (MPU), cujos ramos estão taxativamente inscritos no rol do artigo 128, I, da Constituição Federal, declarando a vinculação administrativa desse Ministério Público ao próprio TCU. Igualmente, entendeu o STF pela obrigatoriedade de aplicação das normas de organização do Ministério Público junto ao TCU aos estados, com a criação de Ministérios Públicos junto aos Tribunais de Contas dos estados. Pragmaticamente, a questão está resolvida.

O Ministério Público e o Conselho Nacional do Ministério Público

A sociedade brasileira, há várias décadas, ressentia-se da ineficiência do Poder Judiciário, passando a vindicar o chamado controle externo das atividades judicantes.

Tal pleito foi contemplado com a promulgação da EC n. 45/2004, vulgarmente apelidada de reforma do Judiciário, muito embora contenha disposições referentes a inúmeros outros assuntos, inclusive ao Ministério Público. Referida reforma, que trâmitou há décadas no Congresso Nacional, veio à lume aplaudida e praguejada por muitos.

A EC referida criou o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), irmão gêmeo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁵ e que, conforme dito antes, atende aos reclamos de um controle social. Está disposto no artigo 130-A da Constituição Federal¹⁶,

¹⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789-1-DF, Rel. Min. Celso de Mello, em 26/05/1994.

¹⁵ Previsto no artigo 92-A da Constituição Federal.

¹⁶ Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõem-se de quatorze

dizendo ainda o § 2º que compete ao CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros. Referindo-se ao CNJ, em raciocínio que, com as devidas adaptações, aplica-se ao CNMP, doutrina Silva (2006, p. 567):

Esse tipo de órgão externo é benéfico à eficácia das funções judiciais, não só por sua colaboração na formulação de uma verdadeira política judicial¹⁷, como também porque impede que os integrantes do Poder Judiciário se convertam num corpo fechado e estratificado. Sob outro aspecto, não é desprezível a idéia de que esse tipo de órgão contribua para dar legitimidade democrática aos integrantes do Poder Judiciário, cuja investidura não nasce da fonte primária da democracia, que é o povo. O Conselho Nacional de Justiça, [...] juntamente com o Conselho Nacional do Ministério Público, certamente poderá prestar bons serviços ao sistema nacional de administração da Justiça [...].

O CNMP, diferentemente do CNJ, que é órgão do Poder Judiciário, não foi alocado como uma das ramificações do Ministério Público. Não obstante isso, cuida-se de um colegiado que, nos dizeres de Nalini (2009, p. 31), “[...] o constituinte pretendeu fosse organismo de real aprimoramento dos serviços públicos encarregados de solucionar conflitos”, de composição plural, pois que dele participam também membros do Poder Judiciário, da Ordem dos Advogados do Brasil e da sociedade civil. É nacional, e por isso possui ascendência administrativa sobre todo o Ministério Público Brasileiro, que, desde 2004, se sujeita incondicionalmente ao controle e fiscalização do CNMP.

Dessa forma, compete ao CNMP, consoante o artigo 130-A, § 2º: I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério

membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo [...].

¹⁷ Entre os exemplos dessa política judicial, cita-se o CNJ, que estabeleceu 10 (dez) metas de nivelamento, a serem alcançadas pelo Judiciário nacional no ano de 2009. A mais famosa é a de número 2 (dois), que tem o escopo de identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos aqueles distribuídos até 31.12.2005, fixando-se a tese de que a duração razoável do processo no Brasil será de 4 (quatro) anos.

Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III - receber e conhecer as reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no país e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no artigo 84, XI.

O CNMP, à vista do poder normativo primário que lhe foi outorgado¹⁸, não se fez de rogado e já publicou inúmeras resoluções, disciplinando matérias significativas como o nepotismo¹⁹, o concurso de ingresso na carreira²⁰, o teto constitucional de subsídios²¹, entre outros²². Porém, não custa advertir, como faz Dipp (2009, p. 37), que:

Tais competências são de natureza administrativa, isto é, decorrentes do poder de administração e controle, de modo que as investigações, ações e medidas que sejam adotadas pelo respectivo administrador recebem o tratamento de direito administrativo e seguem a lógica constitucional que a inspirou.

¹⁸ STF: Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, julgamento em 20/08/2008.

¹⁹ Resoluções n. 1/2005 e 7/2006.

²⁰ Resoluções n. 14/2006 e 24/2007.

²¹ Resoluções n. 9/2006, 15/2006 e 17/2007.

²² Tais como estágio, intercepção telefônica e controle externo da polícia.

Questão intrincada é saber até onde vão as competências constitucionais conferidas aos referidos conselhos (CNJ e CNMP), sem que haja desrespeito ao autogoverno do Poder Judiciário e à autonomia ministerial. Quem soluciona o problema é Moraes (2007, p. 1534):

O Conselho Nacional do Ministério Público [...] deverá observar todas as garantias e funções institucionais e dos membros do *Parquet*, [...], pois a Carta Magna caracterizou a Instituição como órgão autônomo e independente. Na *função correicional e disciplinar dos membros, órgãos e serviços* [...], o Conselho atua como órgão administrativo hierarquicamente superior, podendo analisar tanto a legalidade quanto o mérito de eventuais faltas funcionais.

Diversamente, porém, na *função de controle da atuação administrativa e financeira* [...], inclusive com a possibilidade de desconstituição ou revisão dos atos administrativos praticados pelos membros ou órgãos, o Conselho somente poderá analisar a legalidade do ato, e não o mérito.

De qualquer forma, cabe ao STF aplainar eventuais atos exorbitantes, quando provocado²³. Resta aguardar o decurso temporal, com o fim de verificar a que veio o CNMP, bem como se veio para ficar, conforme profetiza Nalini (2009, p. 31):

Todo noviciado implica em erro/acerto. É o trajeto do aprendizado institucional. Um órgão que atinge seu primeiro lustro ainda representa experiência neófito no quadro das instituições brasileiras. Somente o fluir do tempo consolidará a experiência capaz de traduzir maturidade e consistência às diretrizes providas de inequívoca autoridade, mas que melhores efeitos produzirão quando nelas se identificar também a inequívoca marca da racionalidade. O processo de comunicação dos Conselhos com o universo de seus destinatários precisa ser continuamente aferido, pois o consentimento robustece o exercício da autoridade e retroalimenta seus fundamentos.

²³ Na polêmica Resolução n. 82, de 09 de junho de 2009, do CNJ, foram regulamentadas as declarações de suspeição por foro íntimo, obrigando o juiz que se afastar do feito a expor suas razões à Corregedoria Nacional de Justiça. A eficácia da norma foi suspensa liminarmente pelo STF no mandado de segurança n. 28.089-1, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

Deseja-se que não apenas o CNMP, como também os Poderes da República, contribuam para que o Ministério Público seja um órgão cada vez mais respeitado, o que já se nota em diversos julgados do STF, e que este Ministério Público seja cada vez mais resolutivo, alcançando a efetiva solução dos conflitos sociais, satisfazendo assim o dever que lhe foi constitucionalmente atribuído.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO SÉCULO XXI

Atualmente, diversos segmentos da sociedade tem instado o chamado Estado Democrático de Direito a cumprir sua função constitucional, por meio de diversas políticas públicas visando a plenificação dos direitos básicos de cidadania. Além disso, novas demandas sociais, a globalização, a evolução tecnológica, os recursos escassos, têm exigido mudanças significativas em busca de um novo modelo de gestão pública, focado em resultados e orientado para o cidadão.

Para atender essa nova realidade e tornar mais efetiva a sua atuação, é necessário que se repense e inove a forma de organização e gestão do Ministério Público, o que já está sendo feito no Brasil.

Embora o Ministério Público tenha alcançado consideráveis conquistas, é sabido que ainda está longe de corresponder a tudo o que dele se espera, ou pelo menos de corresponder a tudo o que dele se pode esperar. Não são outras as palavras de Mazzilli (1996, p. 45):

É verdade que, ao lado da incompreensão que se nota em relação ao Ministério Público, seus próprios integrantes têm parcela acentuada de culpa: não querer abrir mão de certos privilégios-problemas, como a advocacia ou a atividade político-partidária. Não exigir a reformulação dos métodos de trabalho na primeira e segunda instâncias; não se submeter à mesma sorte dos comarcãos, podendo ali residir e não o

fazendo; substituindo atuação eficiente, dinâmica, vigilante, pelo gosto bem latino de pareceres enfeitados e até inócuos; não fixar atenção principal na necessidade fundamental de controlar o fato social que lhe vem à mão, ficando na periferia e superficialidade de ação burocrática e, às vezes, inútil.

Além destes, inúmeros outros problemas existem²⁴, que impedem o Ministério Público de exercer plenamente sua missão constitucional, tais como dificuldade na obtenção de unidade e integração entre os Ministérios Públicos estaduais, bem como entre estes e o da União, comprometendo a eficiência das ações do Ministério Público brasileiro; diferenças na estrutura dos Ministérios Públicos estaduais; limites orçamentários e estruturais, entre outros.

Por causa desses e outros fatores, os serviços prestados pelo *Parquet* à sociedade brasileira, como todos os outros serviços públicos em geral, não são modelos de excelência ou sequer de eficiência, preconizada à administração pública brasileira como um todo²⁵.

Nesse contexto, necessário é que o Ministério Público, buscando atender a nova realidade social e sanar essas dificuldades, se aproxime do povo brasileiro, planeje suas ações e institua uma gestão participativa, buscando o maior número possível de colaboradores na busca de seus objetivos institucionais, alcançando o que a teoria de gestão estratégica chama de atuação resolutiva:

Deve o Ministério Público chegar mais efetivamente ao povo, de forma mais ampla possível, para que saiba este o que a instituição pode fazer, quais seus instrumentos de trabalho, quais suas garantias, quais suas principais falhas e qualidades, bem como suas mais prementes necessidades e reivindicações. (MAZZILLI, 1996, p. 43)

Buscando modificar esse panorama foi criado, no âmbito do CNMP o Programa de Modernização do Ministério Público

²⁴ De acordo com a justificativa do PRÓ-MP, conforme cartilha de divulgação do programa, de autoria do CNMP.

²⁵ Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

(PRÓ-MP), que possui o objetivo geral de alcançar a unidade, a indivisibilidade, o fortalecimento, a eficácia e a visibilidade necessários à modernização do Ministério Público, por meio de ações planejadas e coordenadas, bem como a reestruturação e o estabelecimento de mecanismos de interação com a sociedade²⁶.

A implementação do PRÓ-MP requer o aporte de vultosas quantias financeiras²⁷. A solução para esse problema, segundo a pretensão do CNMP, é o BID, cujos propósitos e linhas de atuação respaldam o financiamento ao PRÓ-MP.

Consta dos documentos de estratégia do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) que “a modernização e o fortalecimento do Ministério Público são ações necessárias ao progresso da segurança jurídica e da igualdade de todos os cidadãos.”²⁸. Ainda, um dos objetivos do BID é proteger a segurança da cidadania e assegurar o controle legal do uso da força, especificamente o fortalecimento de órgãos de fiscalização, defensorias e Ministério Público.

Os objetivos do PRÓ-MP serão alcançados com:

1 A ampliação dos mecanismos de interação com a sociedade, que consiste em:

1.1 Estruturação das ouvidorias²⁹;

1.2 Estruturação do TELE-MP, que consiste na utilização de um único dígito telefônico que contate todo o Ministério Público³⁰;

1.3 Estruturação do Programa Parceria Cidadã, com a finalidade de defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, a partir da adoção do pensamento sistêmico, como

²⁶ Conforme cartilha de divulgação do programa, de autoria do CNMP.

²⁷ O valor total do projeto chega a R\$ 1.897.982.547,60 (um trilhão, oitocentos e noventa e sete milhões, novecentos e oitenta e dois mil, quinhentos e quarenta e sete reais e sessenta centavos), conforme cartilha de divulgação do programa, de autoria do CNMP.

²⁸ *Modernización del Estado e Estrategía del Banco com Brasil 2004-2007*, conforme cartilha de divulgação do programa, de autoria do CNMP.

²⁹ No MP-GO a ouvidoria foi implantada pela Lei Estadual n. 16.184, de 27/12/2007.

³⁰ Já implantado no MP-GO, com a utilização do n. 127, em referência à Constituição Federal, possuindo o seguinte slogan: “O Ministério Público é uno. O número do telefone também.”

novo paradigma da ciência, para que o Ministério Público atue como indutor de políticas públicas, propiciando a transformação da realidade social, sem ser o autor da mudança³¹;

1.4 Realização de pesquisas nacionais de opinião pública;

1.5 Fortalecimento da imagem do Ministério Público perante a sociedade, pela veiculação de campanhas educativas, de cunho nacional, pertinentes a metas diagnosticadas por áreas de atuação.

2 Fortalecimento dos mecanismos de efetivação de políticas públicas, que consiste em:

2.1 Identificação dos principais problemas relacionados às áreas de atuação e consolidar os dados relativos às metas de políticas públicas para a segurança e cidadania diagnosticadas, objetivando a eleição das prioritárias;

2.2 Estabelecimento de metas nacionais, regionais e locais de atuação do Ministério Público.

3 Modernização da gestão de pessoas e administrativa, com a implantação do planejamento estratégico.

Espera-se que tudo isso resulte no fortalecimento e modernização do Ministério Público no Brasil, na melhoria contínua de sua atuação e, conseqüentemente, em reflexos positivos na solução dos problemas sociais enfrentados pela nação brasileira.

CONCLUSÃO

Questão controvertida é a do Ministério Público ser ou não ser um Poder da República. Isso porque a teoria clássica da Tripartição de Poderes não contempla um órgão com atribuições fiscalizatórias, mas apenas o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O *Parquet* não consta no artigo 2º da Constituição Federal,

³¹ Implantado no MP-GO em 2008, já é desenvolvido em dezessete comarcas, em sua forma pura ou em projetos com temáticas específicas, como o *Parceiros da Paz*, com resultados significativos.

porém, o artigo 127 proclama que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

Acerca do tema, ao longo da pesquisa constatou-se que três correntes se mostraram bem evidenciadas na doutrina. A primeira defende que o *Parquet* ainda faz parte do Poder Executivo, tal como antes da ordem constitucional de 88. A segunda advoga ser o Ministério Público um órgão autônomo do Estado. Já a terceira, e mais interessante de todas, proclama uma releitura da clássica divisão de funções estatais, que contemporaneamente seria quadripartita, incluindo-se o Ministério Público como um Poder, materialmente falando, em razão de lhe serem asseguradas as mesmas garantias constitucionais do Poder Judiciário, embora não o seja formalmente, por não estar relacionado no artigo 2º da Constituição Federal. Esta última corrente confirma a hipótese anteriormente levantada.

Quanto a ser o Ministério Público subordinado a algum Poder ou Instituição da República, necessário se faz a análise casual.

Em relação ao Poder Legislativo, a pesquisa demonstrou que há autonomia, pois o Ministério Público possui a iniciativa para deflagrar o processo legislativo de seu interesse.

Com o Poder Judiciário, ocorre o mesmo, pois o ministerialista goza de autonomia funcional, o que significa dizer que, no exercício de seu mister, submete-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei, não podendo o magistrado determinar a forma ou o conteúdo de suas manifestações processuais.

No que se refere ao Poder Executivo, constatou-se que a questão é bem mais delicada, pois o *Parquet* está vinculado a este Poder em diversos dispositivos constitucionais e legais, como na questão orçamentária e na nomeação do procurador-geral. Inobstante isso, o Ministério Público elabora sua proposta orçamentária, encaminhando-a ao chefe do Poder Executivo, que só poderá alterá-la se estiver em desacordo com os limites estipulados na Lei de Diretrizes Orçamentárias, restando garantida a autonomia, ainda que não seja total. Porém, a mesma sorte não teve o sistema de nomeação do procurador-geral, escolhido pelo chefe do Executivo entre as opções de uma lista tríplice, criticado pela doutrina por não se coadunar com o novo perfil constitucional da Instituição, sugerindo-se que, de *lege ferenda*,

isso seja modificado. De todo modo, conclui-se que houve notável crescimento institucional com a formação da lista tríplice e a investidura por tempo certo do procurador-geral.

Quanto ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, verificou-se que há celeuma doutrinária sobre sua natureza jurídica. Resolvendo a questão, o STF declarou a vinculação administrativa desse Ministério Público ao próprio TCU, não se caracterizando, portanto, como ramo do MPU.

Demonstrou ainda a pesquisa que o CNMP, criado pela EC 45/2004, é o órgão de controle externo do Ministério Público Brasileiro, possuindo poder normativo primário no exercício de suas competências. Porém, não poderá violar as garantias e funções institucionais do *Parquet*, pois a Constituição Federal caracterizou a Instituição como autônoma e independente.

Conclui-se que o Ministério Público é independente dos Poderes da República e de outras Instituições de hierarquia constitucional, consoante disposição do artigo 127, § 1º da Constituição Federal, e com eles convive harmonicamente, conforme prescrito no artigo 2º, embora o legislador constituinte tenha excepcionado este princípio, determinando que o chefe do Poder Executivo nomeie o Procurador-Geral e aprove o orçamento. A independência do Poder Judiciário também não é afetada em razão do Presidente da República nomear ministros para os tribunais superiores.

Visando alcançar a resolutividade, que nada mais é do que a concretização do princípio da eficiência, o Ministério Público tem buscado sanar suas dificuldades e, com o auxílio de diversas ferramentas, alcançar resultados mais eficazes em suas ações. Exemplificando, cita-se o PRÓ-MP, criado no âmbito do CNMP, objetivando modernizar a Instituição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] União. Brasília em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial [da] União. Brasília, em 13 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial [da] União. Brasília, em 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

_____. *Lei n. 8.906*, de 4 de julho de 1994. Diário Oficial [da] União. Brasília, em 5 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8906.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIPP, Gilson. A Corregedoria Nacional de Justiça, o CNJ e a Constituição. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília-DF, n. 310, p. 37, dez. 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NALINI, José Renato. Conselho Nacional de Justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília-DF, n. 310, p. 31, dez. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Tami Cristina Maboni*
Patrícia Spagnolo Parise Costa**

DIREITOS HUMANOS, GÊNERO E SISTEMA PRISIONAL: REALIDADE DO MUNICÍPIO DE RIO VERDE-GO

HUMAN RIGHTS, GENDER AND PRISON SYSTEM:
REALITY OF THE CITY OF RIO VERDE-GO

DERECHOS HUMANOS, GÉNERO Y SISTEMA PENITENCIARIO:
LA REALIDAD DE LA CIUDAD DE RIO VERDE-GO

Resumo:

A despeito das evoluções trazidas pela Constituição Federal de 1988 acerca do tema direitos humanos, refletir sobre sua efetividade e aplicabilidade ainda constitui uma questão pertinente e atual. A exemplo de tantos outros direitos garantidos na Constituição Federal, a igualdade de gênero mostra-se eficaz em tese, mas, na prática, insatisfatória. À vista disso, o presente artigo objetivou detectar violações aos direitos das mulheres encarceradas, bem como analisar possíveis condutas discriminatórias de gênero, por meio do estudo dos direitos e das garantias fundamentais, relacionando o princípio da igualdade de gênero com a finalidade ressocializadora da pena. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa em duas etapas: a primeira de natureza exploratória, documental indireta e bibliográfica baseada nos estudos de cientistas jurídicos, com a utilização de doutrinas, artigos de revistas científicas e nas disposições constantes no ordenamento jurídico brasileiro; a segunda compreendeu pesquisa de campo com a aplicação de questionário às detentas do Centro de Inserção Social da cidade de Rio Verde-GO. Ao fim, após pesquisa bibliográfica e aplicação de questionário, concluiu-se que a falência do Sistema Prisional brasileiro, em especial da cidade de Rio Verde-GO, não se deve à falta de previsão legal, mas à ausência de políticas públicas que atendam ao

* Graduada em Direito pela FESURV.

** Mestre em Constituição e Processo pela Unaerp. Professora da Faculdade de Direito, Universidade da FESURV.

mínimo exigível para que essas mulheres vivam com dignidade, sem, é claro, que deixem de ser responsabilizadas e punidas pelo delito cometido.

Abstract:

Despite the changes brought by the 1988 Federal Constitution regarding human rights, reflect on the effectiveness and applicability of these is a question still relevant and current. Like so many others rights guaranteed in the Federal Constitution, gender equality is effective in theory, but in practice unsatisfactory. In view of this, this article is aimed at detecting violations of the rights of the imprisoned women, and to examine possible gender discriminatory behavior through the study of the fundamental rights and guarantees, relating the principle of gender equality in order ressocializadora pen. To this end, we developed a survey in two stages: first exploratory in nature, and documentary literature based on indirect studies of legal scientists, with the use of doctrines, scientific journal articles and the provisions of the Brazilian legal system, the second understood field research with a questionnaire to inmates at the Center for Social Inclusion city Rio Verde-GO. At the end, after literature research and questionnaires, it was concluded that the failure of the Brazilian prison system, particularly the city of Rio Verde-GO is not due to lack of legal provision, but the absence of public policies that meet the minimum due to which these women live with dignity, without, of course, they are no longer held accountable and punished for the crime committed.

Resumen:

A pesar de los cambios introducidos por la Constitución Federal de 1988 sobre los derechos humanos, reflexionar sobre la eficacia y la aplicabilidad de estos es una pregunta que sigue siendo pertinente y actual. Como tantos otros derechos garantizados en la Constitución Federal, la igualdad de género es eficaz en teoría, pero en la práctica poco satisfactoria. En vista de ello, este artículo tiene por objeto detectar violaciones a los derechos de las mujeres privadas de libertad y examinar el comportamiento de género discriminatorio posible a través del estudio de los derechos y garantías fundamentales, relativos al principio de igualdad de género con el

fin de pluma ressocializadora. Con este objetivo, hemos desarrollado un estudio en dos etapas: la primera de carácter exploratorio, y la literatura documental basada en estudios indirectos de los científicos legales, con el uso de las doctrinas, artículos de revistas científicas y las disposiciones del ordenamiento jurídico brasileño; la segunda comprende la investigación de campo con un cuestionario dirigido a las internas en el Centro para la Inclusión Social de la ciudad de Rio Verde-GO. Al final, después de la literatura de investigación y de los cuestionarios, se concluyó que el fracaso del sistema penitenciario brasileño, en particular de la ciudad de Rio Verde-GO, no se debe a la falta de disposición legal, sino a la ausencia de políticas públicas que cumplan con el mínimo debido a que estas mujeres vivan con dignidad, sin, por supuesto, dejar de responsabilizarse y ser castigadas por el crimen cometido.

Palavras-chaves:

Direitos humanos e fundamentais, discriminação de gênero, mulher, sistema penitenciário.

Keywords:

Human rights and fundamental, gender discrimination, women, prisons.

Palabras clave:

Derechos humanos y fundamentales, discriminación de género, mujeres, prisiones.

INTRODUÇÃO

A mulher, fisicamente e em sua essência, apresenta-se diferente do homem, e, por vezes, essa condição natural demanda tratamentos diferenciados para ambos, não discriminatórios, mas tratamentos especiais que a própria condição fisiológica da mulher exige para que viva em patamar de igualdade com o homem.

Certamente qualquer pessoa já vivenciou ou presenciou

algum tipo de conduta discriminatória. Com a expansão dos meios de comunicação, consequência direta da globalização cumulada com a evolução e percepção mais ampla da sociedade no que tange aos direitos humanos, foi possível a compreensão e constatação de novas formas de discriminação.

Falar de discriminação não é nada inovador, pelo contrário, é prática presente desde o surgimento das primeiras civilizações, o que não significa validar as diversas condutas discriminatórias considerando-as como atitudes naturais de acordo com o momento histórico em questão. Se permitido fosse dizer que tal atitude é inerente ao ser humano e fruto da sociedade, certamente seria legitimar o lado mais obscuro e desprezível da natureza humana.

De igual modo, explorar retoricamente a falência e precariedade do Sistema Prisional brasileiro está longe de se tomar um tema saturado ou redundante, assim como discutir a observância e aplicabilidade dos direitos humanos. Tais discussões e reflexões sobre assuntos tão recorrentes, que a princípio parecem desgastados e enfadonhos justamente por essa recorrência, não se esgotarão enquanto as ideias cientificamente registradas não se transportarem do mundo teórico para a realidade empírica.

Sabe-se das pertinentes e recorrentes condições degradantes a que são submetidas as mulheres encarceradas, tais como: unidades prisionais inadequadas – em alguns lugares são mantidas junto com os homens; insalubridade das instalações prisionais; falta de acompanhamento médico adequado, inclusive durante a gestação e após o parto; desrespeito ao período de permanência das mães com seus filhos; e falta de investimento em educação e cultura nas penitenciárias.

Dessa forma, além de explanar, provocar e fomentar reflexões acerca das discriminações sofridas pela mulher encarcerada, tal estudo pretende detectar prováveis violações aos seus direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, bem como a outros direitos assegurados pela legislação extravagante, visando assegurar a observância da finalidade reparadora e ressocializadora da pena.

Para tanto, o presente artigo foi baseado em pesquisa exploratória, envolvendo levantamento documental e bibliográfico,

com a utilização de doutrinas, legislação específica, além de artigos de revistas científicas. A pesquisa realizou-se de forma descritiva com levantamento quantitativo e qualitativo.

Na coleta de dados, foi utilizada como ferramenta a aplicação de questionário com questões objetivas de múltipla escolha. A amostra foi composta por indivíduos do sexo feminino que se enquadraram em uma das seguintes situações: que tenham sido condenadas por algum crime, ou seja, que tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória; que tenham sido presas provisoriamente e estejam esperando julgamento, e que vivam sob o regime de cumprimento de pena fechado.

O questionário aplicado, respondido pelas próprias detentas, visou obter dados sobre a vivência e a convivência destas em cárcere e identificar os possíveis tratos discriminatórios que elas sofrem. Respondeu ao questionário toda a população feminina residente no Centro de Inserção Social (CIS) de Rio Verde-GO, que à data da pesquisa contava com 11 (onze) detentas.

O questionário utilizado como instrumento de pesquisa foi elaborado de acordo com a Lei da Ética e Pesquisa com Seres Humanos, com os direitos assegurados pelo Texto Constitucional, bem como pelas disposições constantes na Lei de Execução Penal, relacionadas à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e da saúde. O questionário foi dividido em cinco partes:

1) Perfil das entrevistadas: as perguntas relacionadas a esse item foram feitas com o intuito informativo e versaram, superficialmente, sobre algumas informações pessoais da entrevistada;

2) Aspectos jurídicos e criminais: dizem respeito a informações sobre o crime cometido, o tempo de detenção que já foi cumprido e o tempo que ainda falta cumprir;

3) Relação com o sistema penitenciário: levou em consideração a opinião da detenta com relação à sua prisão e ao Sistema Penitenciário;

4) Assistência garantida pela legislação: tais perguntas procuraram identificar a opinião da detenta em relação ao tratamento que recebe com base na assistência garantida pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal;

5) Sentimento pessoal sobre sua relação de convívio: essas perguntas procuraram descobrir o sentimento pessoal que a detenta apresenta em relação ao tratamento que recebe, seja de agentes, familiares, amigos ou outras detentas. Objetivaram ainda descobrir se há algum sentimento discriminatório.

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Comumente veem-se as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” sendo utilizadas como se fossem sinônimas. Segundo a origem e o significado, é possível distingui-las da seguinte maneira: direitos humanos são os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), e direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente (CANOTILHO, 2003).

Adotando-se uma forma mais simplificada, pode-se dizer que “direitos humanos” seria a expressão correspondente aos direitos inerentes a todo e qualquer ser humano no âmbito do Direito Internacional, enquanto “direitos fundamentais” seria a nomenclatura que tais direitos recebem quando são recepcionados e garantidos pelo ordenamento jurídico interno de um Estado.

Os primeiros e mais significativos delineamentos sobre direitos humanos reportam-se à Inglaterra no século XIII, quando da promulgação da *Magna Carta Libertatum* por João Sem Terra em 1215, a qual continha preceitos limitadores do poder monárquico, ou seja, preceitos típicos da liberdade civil (MALUF, 2009).

Além da Magna Carta de 1215, tida como marco formal, outros diplomas e acontecimentos históricos marcaram a evolução dos direitos humanos, tais como a *Petition of Rights*, de 1627, o *Bill of Rights*, de 1668, a Revolução Industrial, de meados do século XVIII e início do século XIX, e a Revolução Francesa, que teve como fruto a proclamação da solene Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (ACCIOLY; CASELLA; NASCIMENTO E SILVA, 2011, p. 489).

Após alguns anos, a deflagração da Segunda Guerra Mundial e a instauração dos Regimes Totalitários acarretou enfraquecimento e desvalorização dos Direitos Humanos. Com o fim da Guerra, esse cenário modificou-se, e a história dos Direitos Humanos foi se encaminhando para uma verdadeira reconstrução, verificada por meio dos inúmeros diplomas legais que surgiram no período pós-Segunda Guerra com a finalidade de devolver a dignidade e o respeito ao ser humano, que haviam sido brutalmente massacrados.

Aflorou-se um processo de internacionalização dos direitos humanos, com a criação de uma sistemática internacional de proteção (MAZZUOLI, 2002). E, assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a se desenvolver, formalmente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, formando o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, no âmbito das Nações Unidas (PIOVESAN, 2010).

A Constituição Federal de 1988 acolheu os princípios trazidos pela Declaração de 1948 e os ampliou por meio da delimitação dos direitos e das garantias fundamentais (Título II, da CF/88), bem como de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte (art. 5º, § 2º da CF/88) (BRASIL, 1988).

Nesse tocante, dispõe expressamente o Texto Constitucional que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º, CF/88), tendo conferido o art. 60, § 4º da CF/88 *status* de cláusula pétrea a tais normas (BRASIL, 1988).

Segundo Silva (2007, p. 408), o termo “aplicação imediata” significa que as normas constitucionais:

São dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação.

Dessa forma, as normas que definem direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais, apesar de possuírem essa mesma tendência de imediatismo, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, pois necessitam de regulamentação posterior (SILVA, 2007).

PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO: DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Versando tal estudo acerca da discriminação de gênero e as consequências que tais condutas podem acarretar às mulheres, faz-se interessante uma breve explanação sobre o princípio da não discriminação e, necessariamente, sobre o princípio da isonomia também, visto que aquele “é insuscetível de ser construído a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem. É sempre um consectário ou reflexo do princípio da isonomia” (PASSOS, 2007, p. 1).

Originalmente, o termo "gênero" é empregado para designar indivíduos de sexos diferentes ou objetos sexuados. Apesar das diversas outras concepções que o termo adquiriu, interessa aqui utilizá-lo como significando a distinção entre os atributos culturais relativos a cada um dos sexos. A antropologia entende o gênero como uma forma de classificação social embasada na identidade dos sujeitos que a compõem (CESAR, 1995).

Na esfera internacional, traz o artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher que “a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo” (EUA, 1981).

No ordenamento jurídico interno, o artigo 5º, I, da Constituição

Federal, preceitua que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. A interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do discrimen sexo, quando a intenção for desnivelar materialmente o homem da mulher; sendo aceitável quando a finalidade for atenuar desníveis (MORAES, 2010).

Sob o aspecto formal, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que trata equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia, juridicizado pelos textos constitucionais e assimilado pelos sistemas normativos vigentes (BANDEIRA DE MELLO, 2011).

A esse respeito Hans Kelsen (2006, p. 158) faz a seguinte consideração:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

Contudo, não se pode analisar o princípio da igualdade somente sobre o aspecto formal; este deve ser avaliado, também, sob seu aspecto substancial ou material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A grande dificuldade, nesse caso, seria estabelecer até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade (LENZA, 2010).

Importa dizer que as pessoas ou as situações são iguais ou desiguais de modo relativo, sob certos aspectos. Nesse contexto, a tendência do constitucionalismo contemporâneo tem sido a de não se limitar à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, fixando nas Constituições medidas concretas e objetivas que objetivam a aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados (CASTRO, 1983).

Pode-se dizer que, quando se trata do princípio da

isonomia, é sempre possível identificar o seu conteúdo, construir sua fundamentação e delimitar seu alcance. No entanto, no princípio da não discriminação isso não é possível, visto que tal princípio não tem consistência própria, sendo uma aparente derrogação do princípio da isonomia, em face da necessidade de se tratar diferentemente os homens para igualá-los (PASSOS, 2007).

Fala Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 79) que “é preciso encontrar o equilíbrio entre os tratamentos normativos diferenciados compatíveis com a Constituição e a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.

Acredita-se que os traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos como fator de diferenciação, ou seja, as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, sexo, convicção religiosa ou em razão da cor dos olhos ou compleição corporal. Ou seja, a lei pode ser discriminatória; pode diferenciar as pessoas pelo sexo, cor de olhos, pele, etnia e ainda assim não ferir o princípio da isonomia (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 15).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 21, 23-35) delimitou três critérios para identificação quando no desrespeito ao princípio da isonomia. O primeiro se relaciona com o elemento escolhido como fator de desigualação; o segundo reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e a terceira diz respeito à consonância desta correlação lógica com os interesses protegidos na Constituição.

O autor conclui ressaltando que se tem que investigar aquilo que é adotado como critério discriminatório, verificar se há justificativa racional (fundamento lógico) e analisar se o fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, consonante com o sistema normativo constitucional. Só a conjunção dos três aspectos permite a análise correta do problema. E ainda deixa clara a necessidade de que a norma jurídica observe cumulativamente cada um dos aspectos mencionados para ser inobjetablem em face do princípio da isonomia (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 21-22).

CONQUISTAS EMANCIPATÓRIAS DA MULHER

Os primeiros vestígios das lutas emancipatórias femininas já estavam presentes na Constituição do Império de 1824, quando esta declarava que todos os cidadãos poderiam ser admitidos em cargos públicos, civis ou militares, sem qualquer distinção, salvo de talentos e virtudes. No entanto, isso só se deu efetivamente com o Decreto n. 21.076, de 1932, que assegurou o direito das mulheres de disputar cargos públicos (CABRAL, 2008).

Em 1878 elas conquistaram o direito de cursar o ensino superior, mesmo sofrendo algum preconceito; em 1906 admitiu-se pela primeira vez uma mulher como membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - Dra. Myrthes Gomes de Campos. O acesso à magistratura deu-se em 1951, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, com a Dra. Iete Bomilcar Ribeiro de Souza Passarella, e o direito ao voto e de serem votadas foi conquistado definitivamente em 1932, através do Decreto 21.076, art. 2º, assinado pelo Presidente Getúlio Vargas (SCHUMAHER, 2003).

Como expoentes na defesa de seus direitos, em âmbito internacional, foram promulgados inúmeros diplomas, como: a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher (1950); a Convenção sobre Direitos Políticos da Mulher (1963); a Convenção relativa ao amparo à Maternidade (1966); a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979, ratificada no Brasil em 1984); a Convenção Interamericana para Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (de 1994, ratificada em 1995); e a Declaração da ONU sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher de 1993 (BRASIL, 2011).

O legislador constituinte introduziu na Constituição Federal algumas prerrogativas específicas à mulher, tais como o art. 5º, L, que assegura às presidiárias a permanência com os filhos lactantes no período de amamentação; o art. 7º, XVIII, que garante licença de 120 dias à gestante; art. 202, I, II e III, que beneficia a mulher com o requerimento de aposentadoria a partir de sessenta anos de idade ou após trinta anos de serviço ou vinte e cinco anos se o cargo exercido tenha sido no magistério (CABRAL, 2008).

SISTEMA PRISIONAL E AS VIOLAÇÕES CAUSADAS AOS DIREITOS DA MULHER ENCARCERADA

Sistema prisional brasileiro

Assevera Montesquieu (citado por Beccaria, 2010, p.32), que toda pena que não derive da absoluta necessidade é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. E esta é a filosofia adotada pela política criminal no Brasil, explicitada na Exposição de Motivos do Código Penal, orientada no sentido de proteger a sociedade pela restrição da pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade.

Como se sabe, no Brasil, a sanção penal tem três finalidades: retributiva, preventiva - geral e especial - e ressocializadora ou reeducativa (art. 1º e 10º da LEP). Dentre essas finalidades, destaca-se aqui o caráter reeducativo da pena, preceituado também pelo art. 22 da mesma Lei: “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno a liberdade” (BRASIL, 2012, p. 1908).

Para Beccaria (2010, p. 56):

Fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido [...] O fim da pena, pois é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. É necessário seleccionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, cause impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.

No entanto, a concretização dos direitos e das garantias positivados, e, neste caso, as circunstâncias de encarceramento em que vivem as mulheres quando nessa situação são de responsabilidade do Estado e exigem do poder público uma atuação

proativa e um tratamento de fato especializado. As mulheres encarceradas deveriam sofrer limitações apenas no que diz respeito ao seu direito de ir e vir, mas o descaso, a negligência e a omissão do Estado no cumprimento de seus deveres disseminam violações de todos os demais direitos das detentas, que não deveriam ser afetados (OEA, 2007).

É fato que homens e mulheres não são tratados e nem experienciam o cárcere de forma idêntica. Aspectos pertencentes a cada um dos gêneros influenciam diretamente para que a pena possa ser cumprida sem o acarretamento de maiores danos, o que faz com que necessitem receber tratamentos diferenciados. Nesse sentido, realizou-se, em 1º de março de 2007, a 127ª sessão ordinária da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington DC, que teve como tema “A situação das mulheres privadas de liberdade no Brasil”. Essa audiência permitiu que a mulher encarcerada deixasse de ser invisível no cenário internacional, possibilitando o conhecimento das violações sofridas por elas (MARTINS, 2007).

Segundo Makki e Santos (2010), é necessário considerar um fator natural de suma importância que diferencia a mulher presa do homem preso: a questão da sensibilidade, das emoções, sendo ela mais facilmente afetada pelas condições a que é submetida no cárcere. Devido a sua própria natureza, a mulher tende a sofrer mais com a ausência dos filhos, por exemplo, fato explicável à medida que se leva em conta a maior aproximação que normalmente há entre mãe e filho, decorrente da natureza fisiológica materna (gestação), do que entre pai e filho.

Sendo o Sistema Carcerário pensado por e feito para homens, podem existir alguns desajustes, que em legislações atuais vêm sendo levados em conta, de modo que mudanças já estão sendo propostas para que o sistema possa se adaptar às necessidades das mulheres. A Lei de Execução Penal, em seu art. 83, § 3º, por exemplo, determina que a segurança das dependências internas dos presídios femininos deve ser feita exclusivamente por mulheres; os artigos 83, § 2º, e 89 da LEP também determinam que os estabelecimentos prisionais destinados a mulheres tenham berçário e creche para que os filhos possam permanecer com a mãe (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, a Constituição Federal e a legislação penal extravagante estabelecem direitos e garantias essenciais à mulher encarcerada (além daqueles genéricos tanto para homens quanto para mulheres), tais como: possibilidade de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L da CF/88) e a existência de berçários nas Unidades Prisionais (art. 83, § 2º da LEP); ensino educacional adequado à sua condição (art. 19, parágrafo único da LEP); direito de serem recolhidas em estabelecimento prisional próprio e adequado a sua condição (art. 82, § 1º da LEP); possibilidade de na Unidade Prisional haver uma seção para gestante, e creche para assistir o menor desamparado cuja mãe esteja presa (art. 89 da LEP) (BRASIL, 2012).

Esses são os direitos garantidos pela legislação, que, entretanto, na prática não são fielmente concretizados. Segundo dados do DEPEN/InfoPen (2011), em dezembro de 2011 existiam no Brasil 1312 estabelecimentos penais, dos quais 79 são exclusivos para mulheres. Esses estabelecimentos ofereciam na época aproximadamente 306.500 vagas, quando, na verdade, o número de presos era de 514.590, gerando um déficit de 208.090 vagas.

Em território nacional existem 79 estabelecimentos penais exclusivos às mulheres, os quais totalizam 34 módulos de saúde feminina (gestantes e parturientes), 49 creches ou berçários para seus filhos e 322 leitos disponíveis para gestantes ou parturientes. Dos aproximadamente 514.590 presos, 34.060 correspondem a mulheres. Desse quantitativo, somente 10.407 mulheres trabalham e 4.144 estudam (DEPEN/InfoPen, 2011).

O Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial aponta para o fato de que as presas cumprem suas penas em locais inadequados, insalubres, superlotados; sendo, inclusive, que algumas instalações que abrigavam presos homens foram desativadas e, posteriormente, reativadas indevidamente para abrigar mulheres. Ademais, deixa patente o desrespeito às necessidades das mulheres que amamentam e têm filhos recém-nascidos, bem como a urgência de se construir Unidades Prisionais que atendam a demanda regional e local (BRASIL, 2008).

Apesar desse cenário caótico, o Plano Diretor de Metas do Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional sobre a Mulher Presa e Egressa - Meta 22 (DEPEN, 2008) - e o

Manual de Boas Práticas (DEPEN, 2009) deixam entrever práticas positivas adotadas pelos estados federados através de: políticas penitenciárias que visam à reintegração social da mulher presa, serviços especializados com as cumpridoras de penas e preocupação com a reabilitação das egressas.

Segundo o Manual de Boas Práticas, no estado de Goiás, por exemplo, que possui somente duas penitenciárias exclusivas a mulheres, desenvolvem-se projetos que beneficiam especialmente as detentas, tais como: Projeto Oficina Digital, que oferece cursos de informática às detentas; Curso de Extensão em Teologia, que oferece cursos de teologia às detentas que concluíram o 2º grau; Curso de Inglês, oferecido em parceria com o Instituto Chicago de Idiomas; Projeto Qualidade na Saúde da Mulher, que, em parceria com a Faculdade Padrão e a Gerência de Assistência à Saúde, possibilitou a criação da primeira Clínica Escola dentro do sistema penitenciário (DEPEN, 2009).

Sistema Prisional do município de Rio Verde-GO

Os dados estatísticos expostos a seguir apresentam informações sobre a mulher encarcerada no município de Rio Verde-GO. Ressalte-se que o município possui somente uma unidade prisional, que atende também cidades próximas, na qual cumprem pena homens e mulheres, pois o município não tem unidade prisional exclusiva às mulheres. Assim, elas convivem nas mesmas instalações que os homens, sendo separados apenas por alas.

Na ala feminina há presas provisórias e condenadas. Ao todo, à data da pesquisa – dezembro de 2012 –, havia 11 (onze) mulheres, 3 (três) condenadas por sentença penal transitada em julgado e 8 (oito) presas provisoriamente esperando julgamento, todas elas responderam o questionário.

Conforme as respostas fornecidas, foi possível traçar o perfil da comunidade carcerária feminina do Centro de Inserção Social de Rio Verde-GO, local de realização da pesquisa. São mulheres entre 18 e 39 anos, a maioria delas casada e com filhos, cursaram até o ensino médio, ressaltando-se a existência de duas detentas com ensino superior.

Os crimes praticados em sua maioria são os de tráfico de entorpecentes, homicídio e furto. Das 11 (onze) detentas, 5 (cinco) responderam que nunca praticaram crime antes e aquele que lhe é imputado atualmente também não é de sua autoria.

Com relação à avaliação que fizeram do Sistema Prisional, da atuação da polícia e do andamento que foi dado ao processo e posterior condenação, nos casos em que já houve julgamento, as detentas consideraram esse tratamento como regular e ruim.

De igual modo, consideraram como “regular” ou “ruim” a assistência material recebida, qual seja, fornecimento de alimentos e vestuário, bem como responderam como “ruim” ou “inexistente” as condições higiênicas das celas e banheiros.

De todo o universo da população carcerária feminina, 8 (oito) consideraram a assistência médica, farmacêutica e odontológica “ruim” e 3 (três) consideraram “regular”. Não havia nenhuma gestante ou em período de amamentação no momento, por esta razão este quesito não foi considerado por nenhuma das detentas.

Com relação à assistência educacional e profissional responderam em unanimidade que não há nenhum tipo de instrução escolar dentro do Centro de Inserção e que não desempenham nenhum tipo de ofício. Reclamam, ainda, da dificuldade de liberdade de culto e posse de livros de instrução religiosa, bem como da ausência de programas de recreação e momentos de lazer.

Com relação à assistência jurídica, 8 (oito) responderam que tiveram acesso a advogado e 3 (três) disseram que não. Dentre todas, 7 (sete) não têm informações sobre o andamento de seu processo e de questões relacionadas à progressão de regime, remição da pena por estudo ou trabalho, bem como outras prerrogativas que envolvem o cumprimento da pena.

Partindo-se para os questionamentos que envolvem o sentimento pessoal e a relação de convívio, a maioria delas considera como “bom” o tratamento que recebem dos agentes penitenciários e como “bom” ou “excelente” a relação que tem com a família e com outras detentas.

Quando questionadas quanto a eventuais tratamentos discriminatórios, 8 (oito) responderam que não se sentem discriminadas de forma alguma, seja discriminação racial, social, de gênero, religiosa ou política. Apenas 3 (três) detentas responderam

que sofrem algum tipo de discriminação; uma diz sentir-se discriminada pela família, a segunda pelos agentes penitenciários e a terceira por outras detentas.

Além das informações que puderam ser coletadas por meio do questionário, que objetivou captar a visão que as próprias detentas têm sobre a vida que levam no cárcere e sobre o tratamento que recebem, outras informações sobre o Centro de Inserção Social de Rio Verde-GO puderam ser obtidas por meio do Relatório de Visita de Inspeção Prisional no estado de Goiás, realizado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no dia 05 de março de 2012.

Tal relatório de fiscalização pontuou algumas necessidades que precisam ser atendidas. De início já se constatou que a estrada que leva até o Centro de Inserção, situado na zona rural a aproximadamente dois quilômetros da zona urbana, é de difícil acesso, sem asfaltamento e sem linha de ônibus que vai até o local (CNPCP, 2012).

A visita dos familiares é feita às sextas-feiras e às segundas-feiras um médico da prefeitura realiza atendimentos. O banho de sol ocorre diariamente pelo período de duas horas na mesma área em que são realizadas as visitas dos familiares. As visitas íntimas são realizadas na própria cela. Há, ainda, uma horta e uma pequena fazenda com criação de animais, dos quais são utilizados para obter verduras e leite consumidos no próprio Centro (CNPCP, 2012).

A principal dificuldade constatada pela fiscalização foi a escassez de agentes penitenciários e dificuldades na prestação de assistência jurídica, visto que a assistência é feita por meio de advogados dativos, pois não há Defensoria Pública na cidade. Recentemente, foi reservada uma sala destinada à OAB para que os detentos possam conversar particularmente com seu advogado (CNPCP, 2012).

À época da fiscalização o Centro de Inserção passava por uma reforma, mas mesmo assim percebia-se a umidade e o forte cheiro de mofo, devido às celas não possuírem janelas, serem pouco arejadas e mal iluminadas. Apesar disso, todas as celas contavam com televisão e ventilador (CNPCP, 2012).

As presas não possuem uniformes e as principais reclamações constantes no relatório dizem respeito à dificuldade de

conseguir trabalho ou estudar, alimentação ruim e a chamada “cadeia vencida”, esta última referente às detentas que já cumpriram a pena e continuam recolhidas em cárcere (CNPCCP, 2012).

Ao fim da visita ao Centro de Inserção Social de Rio Verde-GO, bem como de outras unidades prisionais da cidade e de outras cidades do estado, o grupo que realizou a fiscalização concluiu que o estado de Goiás tem evoluído pouco na manutenção dos estabelecimentos quanto à estrutura física (CNPCCP, 2012).

O grupo reconheceu, ainda, o empenho da Agência Goiana de Execução Penal-AGSEP em cumprir a Lei de Execução Penal, e o comprometimento dos diretores dos Centros de Inserção Social do estado de Goiás no desempenho do trabalho, desenvolvendo-o com dedicação e profissionalismo. Ressaltou, por fim, a necessidade de estruturação da Defensoria Pública no Estado, visto que é crescente a população carcerária (CNPCCP, 2012).

CONCLUSÃO

Ao fim desta exposição teórica, concluiu-se que mesmo após a reconstrução dos direitos humanos a partir do século XVIII e das significativas e inovadoras transformações dos direitos fundamentais trazidas pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a mulher brasileira ainda encontra barreiras na eficaz aplicação de seus direitos.

Evidenciou-se que, além das condutas discriminatórias e violações a que qualquer pessoa é submetida cotidianamente, a mulher depara-se com a discriminação de gênero, fator que interfere diretamente na efetivação de seus direitos. Isso se dá, em especial, quando as mulheres se encontram na condição de cárcere e se veem privadas não só de sua liberdade, mas também de sua dignidade.

Com relação a essas mulheres, ainda hoje existem aqueles que confundem ou percebem erroneamente a forma de punição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, entendendo que essas infratoras devem ser punidas de todas as formas pelo delito cometido. As pessoas em condição de cárcere devem ser punidas

somente com a supressão de sua liberdade, e não com a privação dos direitos inerentes a qualquer ser humano.

Precariedade e insuficiência de segurança nas instalações, número reduzido de agentes prisionais, falta de assistência material, sanitária, educacional e jurídica, bem como ausência de programas e atividades que incentivem e proporcionem a ressocialização do indivíduo. Essas constatações retratam tanto a situação carcerária do país quanto do município de Rio Verde-GO, conforme pode ser comprovado pelas informações obtidas com a aplicação do questionário às detentas e por fiscalizações realizadas pelos órgãos competentes.

Percebeu-se, analisando o Relatório de Fiscalização da visita *in loco*, realizada no Centro Inserção Social de Rio Verde-GO, e considerando as respostas fornecidas pelas detentas que o Sistema Prisional local, bem como o do restante do estado, encontra-se muito aquém do que determina os direitos e as garantias determinados no ordenamento jurídico brasileiro.

No intuito de assegurar a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos dos presos, bem como cumprir as disposições constantes na Constituição da República e na Lei de Execução Penal, é imprescindível a adoção de medidas emergenciais objetivando rever a política judiciária de encarceramento no estado de Goiás, despertando para outras vias, sob pena do atual quadro fático continuar crescendo com o passar do tempo.

Está mais do que claro que o problema enfrentado pelas encarceradas não se deve à falta de previsão legal, mas à ausência de políticas públicas que atendam ao mínimo necessário para que qualquer pessoa viva com dignidade, sem, é claro, que esta deixe de ser responsabilizada e punida pela sua conduta criminosa.

Por todo o exposto, percebe-se que há um esforço por parte dos estados federados na implantação de práticas que atenuem as discriminações sofridas pelas detentas e evitem novas violações a seus direitos. No entanto, os dados demonstram o quão falho ainda é o Sistema Penitenciário e o quanto precisa ser melhorado para que se aproxime da finalidade ressocializadora da pena e para que se alcance a tão almejada eficácia dos direitos humanos da encarcerada.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: Desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, 1993.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 20. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 1. ed., 19 reimpr. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum RT. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, *Legislação de Direito Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Lei n. 7.210, de julho de 1984. Vade Mecum RT. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, Ministério da Justiça. Secretária Especial de Políticas para as Mulheres. *Grupo de Trabalho Interministerial – Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino – 2008*. Brasília: Presidência da República. 196p. Disponível em: <http://www.spmulheres.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2012.

CABRAL, Karina Melissa. *Manual de Direitos da Mulher*. 1. ed. Leme, SP: Mundi, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 8. reimp. Coimbra-Portugal: Ed. Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CÉSAR, Maria Auxiliadora. *Exílio da vida: o cotidiano de mulheres presidiárias*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Política Social do Departamento de Serviço Social da Universidade de Brasília. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/2238>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça. *Relatório de Visita de Inspeção Prisional no Estado de Goiás*. Março, 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={E9614C8C-C25C-4BF3-A238-98576348F0B6}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{A5701978-080B-47B7-98B6-90E484B49285}%3B&UIpartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso em: 30 set. 2012.

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. *Manual de Boas Práticas do Sistema Penitenciário Nacional, 2009*. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/boaspraticas>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. *Mulher presa e egressa. Plano Diretor do Sistema Penitenciário. Meta 22 - Mulher Presa e Egressa*. Maio, 2008. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/pages-mje7cd> >. Acesso em: 28 abr 2012.

DEPEN/InfoPen – Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias*,

2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRNN.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

EUA. *Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Nova York, Estados Unidos da América. Legislação de direito internacional, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Atualizador: Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAKKI, Salma Hussein; SANTOS, Marcelo Loeblein dos. Gênero e criminalidade: Um olhar sobre a mulher encarcerada no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 78, 01 jul. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8080>. Acesso em: 30 abr. 2012.

MARTINS, Dora. Mulheres encarceradas e a CIDH. *Juízes para a democracia*, ano 11, n. 40, dez. 2006/fev. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional*. 1. ed. Campinas: Minelli, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OEA/ CEJIL-BRASIL. *Relatório sobre as mulheres encarceradas no Brasil*. Fevereiro, 2007. 61 p. Disponível em: <http://asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O princípio da não discriminação. *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 abr. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHUMAHER, Schuma; BRAZIL, Érico Vital. *Um rio de mulheres: a participação das fluminenses na história do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Rede de Desenvolvimento Humano - REDEH, 2003. Disponível em: <http://www.mulher500.org.br/publicacoes/pdfs/publicacao_rio_de_mulheres.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2012.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SEXUALIDADE E UNIÕES HOMOAFETIVAS/ HOMOSSEXUAIS NO BRASIL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

SEXUALITY AND HOMOAFECTIVE/HOMOSEXUALS
UNIONS IN BRASIL: A FEW WORDS

SEXUALIDAD Y UNIONES HOMOAFECTIVAS/HOMOSEXUALES EN
BRASIL: ALGUNAS PALABRAS

Resumo:

O presente artigo tem por escopo informar o atual posicionamento jurisprudencial quanto à união estável e ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, perpassando o conceito de sexualidade e alguns de seus aspectos, no afã de alargar a compreensão do tema.

Abstract:

The present article aims to inform the current brazilian jurisprudential understanding concerning to civil union and marriage between opposite-sex couples, passing by the concept of sexuality and its aspects, with the purpose of growing in the comprehension about the subject.

Resumen:

El presente artículo tiene por escopo informar el actual entendimiento jurisprudencial con respecto a la unión estable y al casamiento civil en Brasil, pasando por el concepto de sexualidad y algunos de sus aspectos, con ganas de ampliar la comprensión del tema.

Palavras-chaves:

Sexualidade, uniões homossexuais, jurisprudência brasileira.

* Especializanda em Políticas Públicas pela UFG. Bacharel em Direito pela PUC-GO. Secretária Assistente no MP-GO.

Keywords:

Sexuality, homosexuals unions, brazilian jurisprudence.

Palabras clave:

Sexualidad, uniones homosexuales, jurisprudencia brasileña.

INTRODUÇÃO

O corpo, com seus contornos e particularidades, é o que de nós primeiramente ressaí aos olhos próprios, se refletido, e alheios, se observado. Nem por isso resume o que somos: a abstração que nos constitui é impossível de se dimensionar, ao passo que nossa porção material, externa ou internamente considerada, tem limites facilmente identificáveis. Primeiramente somos corpos, porquanto no contato preliminar estabelecido entre os indivíduos não se percebem com os órgãos dos sentidos os atributos da cognição.

Falar em corpo, que compreende atributos biológicos caracterizadores e distintivos, a um só tempo, é falar em sexo e, conseqüentemente, em sexualidade. Buscado o sentido literal, a sexualidade pode ser compreendida como o conjunto de características definidoras do sexo, bem como dos fenômenos psíquicos que permeiam a vida de uma pessoa, originados do próprio corpo, e sua relação com a sociedade.

De leituras realizadas a respeito do tema, deduz-se que sexualidade não é algo “dado” pela natureza, próprio do ser humano (LOURO, 2001). Entremeam a sexualidade condicionantes sociais, políticos, culturais, simbólicos, etc., sendo ela, para além de um dado, um construído axiológico emancipatório. Sexualidade, em verdade, é atributo do ser que comporta observação, ponderação, conceituação, e não necessariamente explicação ou justificação. É vivência, experimentação, conformação, transformação, condição impermanente e transitória. É consequência cuja causa não é relevante; o que repercute são seus reflexos.

Para Jeffrey Weeks (2007), sexualidade não se restringe ao corpo biológico. Mais que isso, configura um fenômeno social e

histórico e relaciona-se com nossas crenças, ideologias e imaginações. Desse modo, comportamento sexual é uma construção, é não natural, resultante de relações definidas de poder, sendo os códigos e identidades sexuais continuamente insculpidos nessa complexa sistemática de definição e autodefinição. Destaca-se, nesse contexto, a expressão “construcionismo social”, empregada referencialmente à abordagem concernente aos corpos e à sexualidade, sob uma perspectiva histórica.

Esclarece Weeks (2007) que:

A sexualidade é modelada na junção de duas preocupações principais: com a nossa subjetividade (quem e o que somos); com a sociedade (com a saúde, a prosperidade, o crescimento e o bem-estar da população como um todo). As duas estão intimamente conectadas porque no centro de ambas está o corpo e suas potencialidades. Na medida em que a sociedade se tornou mais e mais preocupada com as vidas de seus membros – pelo bem da uniformidade moral, da prosperidade econômica, da segurança nacional ou da higiene e da saúde – ela se tornou cada vez mais preocupada com o disciplinamento dos corpos e com as vidas sexuais dos indivíduos.

Comungando de similar entendimento, Louro (2001) concebe identidades de gênero e sexuais como produtos histórico-culturais, fruto das interações socialmente estabelecidas. Tais identidades, que integram uma multiplicidade de identidades outras, caracterizam-se como não perenes, aleatórias, oscilantes, fragmentadas, plurais. Daí decorre que:

Nesses processos de reconhecimento de identidades inscreve-se, ao mesmo tempo, a atribuição de diferenças. Tudo isso implica a instituição de desigualdades, de ordenamentos, de hierarquias, e está, sem dúvida, estreitamente imbricado com as redes de poder que circulam numa sociedade. O reconhecimento do “outro”, daquele ou daquela que não partilha dos atributos que possuímos, é feito a partir do lugar social que ocupamos. [...] Em nossa sociedade, a norma que se estabelece, historicamente, remete ao homem branco, heterossexual, de classe média urbana e cristão e essa passa a ser a referência que não precisa mais ser nomeada.

Nesse sentido, sustentam Yanagisako e Collier (*apud* MOORE, 1997) que sexo e gênero (e não unicamente gênero) são construções sociais, que se referenciam um no outro, razão pela qual corpos e suas partes e processos psicológicos apenas têm significado nas suas compreensões socialmente construídas. Para as autoras, “o intercurso sexual e a reprodução humana não são somente processos fisiológicos, são também atividades sociais. A noção de sexo, assim como o conceito de gênero, é construída dentro de um conjunto de sentidos e práticas sociais”, não se tratando, assim, de um fato pré-social.

Contribuindo para a compreensão, cabe o argumento foucaultiano que categoriza sexo como o produto de práticas discursivas específicas. Para Foucault (1988), “a história da sexualidade [...] deve ser feita, antes de mais nada, do ponto de vista de uma história dos discursos.” Sustenta o autor que:

Não existe uma estratégia única, global, válida para toda a sociedade e uniformemente referente a todas as manifestações do sexo: a ideia, por exemplo, de muitas vezes se haver tentado, por diferentes meios, reduzir todo o sexo à sua função reprodutiva, à sua forma heterossexual e adulta e à sua legitimidade matrimonial não explica, sem a menor dúvida, os múltiplos objetivos visados, os inúmeros meios postos em ação nas políticas sexuais concernentes aos dois sexos, às diferentes idades e às classes sociais.

A proposição foucaultiana para “sexo” aplica-se para “sexualidade”, que igualmente não deve ser concebida como um dado da natureza, algo posto, anterior à ação humana. Ao conceituar sexualidade, Foucault (1988) preleciona:

A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e de poder.

Da concepção de sexualidade, considerado um de seus aspectos, referenciam-se os termos “homossexualidade” e “heterossexualidade”. Conforme Gayle Rubin (1989), a homossexualidade, tal como a conhecemos, é um complexo institucional relativamente moderno e as formas institucionais contemporâneas da heterossexualidade configuram um processo histórico ainda mais recente. Para ela, a heterossexualidade está associada à sexualidade “boa”, “normal” e “natural”, enquanto a homossexualidade ou qualquer comportamento sexual diverso associa-se à sexualidade “má”, “anormal” ou “anti-natural”, o que configura uma verdadeira hierarquia sexual a opor tais termos.

Nesse sentido, afirma Guacira Louro (2001) que “a produção da heterossexualidade é acompanhada pela rejeição da homossexualidade”. Jeffrey Weeks (2007) reforça que a causa da heterossexualidade ou da homossexualidade não é a questão a ser considerada, e sim “o problema de porque e como nossa cultura privilegia uma e marginaliza – quando não discrimina – a outra”.

Sob outro prisma, no tocante ao raciocínio de individualização e segregação de comportamentos ou identidades sexuais, de supervalorização de sujeitos sexuais em detrimentos de outros, cabe a reflexão do filósofo Joaquín Herrera Flores (2004) remissiva a uma insustentável singularidade das coisas:

Nada é hoje “puramente” uma só coisa. Como afirma Edward W. Said, necessitamos de uma prática híbrida e anti-sistêmica que possa construir “descontinuidades renovadas e quase lúdicas, carregadas de impurezas intelectuais e seculares: gêneros mesclados, combinações inesperadas de tradição e novidade, experiências políticas baseadas em comunidades de esforços e interpretações (no sentido mais amplo da palavra), e não em classe e corporações de poder, posse e apropriação”. Uma prática, pois, criadora e re-criadora de mundos, que esteja atenta às conexões entre as coisas e as formas de vida e que não nos prive de “outros ecos que habitem o jardim”.

Abordando Herrera Flores (2004) deparamo-nos com a questão dos direitos humanos, da interculturalidade e da racionalidade de resistência – a que se referia para situar uma racionalidade que reconhece ser possível sintetizar universalmente as opções diversas

relativas aos direitos, levando em conta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento e respeito das diferenças étnicas ou de gênero. Racionalidade essa capaz de conduzir a um universalismo contrastante, mesclado, de entrecruzamento, impuro – cuja proposta é a inter-relação, e não a superposição. Universalismo esse que, segundo o autor:

[...] nos sirva de impulso para abandonar todo tipo de visão fechada, seja cultural ou epistêmica, a favor de energias nômades, migratórias, móveis, que permitam deslocarmo-nos pelos diferentes pontos de vista sem a pretensão de negar-lhes, nem de negar-nos, a possibilidade de luta pela dignidade humana.

Interessa-nos a menção ao pensamento do supracitado filósofo para introduzirmos a questão dos direitos que assistem aos indivíduos em sua generalidade e, enfaticamente, no que concerne à união de homossexuais para fins de conformação de entidade familiar, no âmbito do Estado brasileiro.

Em um panorama amplo, Jeffrey Weeks (2007) aposta nos crescentes sinais de atitudes menos autoritárias em relação à sexualidade. O episódio de profunda mudança nas relações familiares é apontado como referência, atendo-se a dois aspectos fulcrais: a considerável mudança nas atitudes relacionadas ao casamento e à família, com o aumento do número de divórcios e de segundos casamentos; e a crescente percepção de que existem vários tipos diferentes de família, tendo sido o termo *família* empregado para descrever “arranjos domésticos que são bastante diferentes daquela que era, num dado momento, a ‘norma’”.

Herrera Flores (2004) afirma que “não somos nada sem direitos. Os direitos não são nada sem nós. Nesse caminho não fizemos mais que começar”. De fato, os direitos que nos são ora atribuídos e que são ora conquistados fundamentam nosso sentimento de pertencimento e de tratamento igualitário na vida em sociedade.

Na ótica do agir comunicativo teorizado por Habermas (2010), destaca-se o direito subjetivo, cuja concepção exerce função fulcral na moderna compreensão do direito. Tal conceito equivale ao de liberdade de ação subjetiva, definida igualmente para todas as pessoas, físicas ou jurídicas, consideradas portadoras de direitos. Na elucidação do conceito de direitos subjetivos, acrescenta Habermas (2010):

No artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, podemos ler o seguinte: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis”. Kant apoia-se neste artigo, ao formular o seu princípio geral do direito, segundo o qual toda ação é equitativa, quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral. O primeiro princípio da justiça, de Rawls, ainda segue a máxima: “Todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais”. O conceito da lei explicita a ideia do igual tratamento, já contida no conceito do direito: na forma de leis gerais e abstratas, todos os sujeitos têm os mesmos direitos.

No Brasil, em linhas gerais, a todo nacional ou estrangeiro aqui residente são reconhecidas, fundamentalmente, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, bem como é visada a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. São esses os princípios e as garantias insculpidos no texto constitucional, a mais relevante norma que integra o ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante a abrangência de tais direitos, a legislação infraconstitucional por vezes impõe-lhe restrições, como é o caso da regulamentação da união estável e do casamento pela Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). Para a configuração de tais entidades familiares a referida lei contempla especificamente o casal heterossexual, homem e mulher, desconsiderando a união entre pessoas do mesmo sexo. Cabe elucidar que a própria Constituição Federal de 1988 reporta-se à dualidade homem/mulher ao prever o instituto da união estável (art. 226, § 3º), contudo tal dispositivo, ao contrário de converter-se em um subtrator de direitos, deve ser interpretado à luz dos direitos e garantias fundamentais.

Diante dessa violação de direitos de que foram vítimas casais homossexuais, foram levadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, recepcionada pela Corte como ação direta de inconstitucionalidade, ambas objetivando a declaração da obrigatoriedade do reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; bem como fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heterossexuais.

Na apreciação definitiva das mencionadas ações de controle de constitucionalidade abstrato propostas, o Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, à unanimidade de votos, julgou-as procedentes, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. Registre-se ter sido essa a primeira vez que o Plenário daquela Corte apreciara o mérito de controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão embasou-se nos termos da ementa abaixo reproduzida:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição

de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”; direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA O SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no

plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade

de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Importa dizer que, com a aludida decisão do órgão guardião da Constituição Federal, a união estável entre pessoas do mesmo sexo passou a ser obrigatoriamente reconhecida no Brasil, mesmo que não haja ainda conformação legislativa federal que altere a referência à dualidade homem/mulher existente na legislação atual.

De igual modo, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo passou a ser reconhecido no Brasil a partir de outubro de 2011, após decisão majoritária do Superior Tribunal de Justiça em sede do Recurso Especial n. 1.183.378/RS. Em sintonia com o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal quanto às uniões estáveis homoafetivas, importa a transcrição de excertos do voto proferido pelo ministro Luís Felipe Salomão, relator do citado recurso especial :

[...] Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, sem ressalvas, sem reservas, sem “poréns”, quanto à forma de constituição dessa família.

[...] A bem da verdade, pela Carta de 88, a família foi vista por uma nova óptica, um “novo olhar, um olhar claramente humanizado”, cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

[...] Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados –, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

[...] Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é um instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso. Não pode o Direito – sob pena de ser inútil – pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada “família”, muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

[...] Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor **protege** a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

[...] Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua co-participação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.

É como voto.

Até o momento, também não houve alteração para conformação da legislação pertinente em âmbito federal, o que não interfere na imediata aplicabilidade da decisão e na produção de iguais efeitos em relação aos novos casos concretos que surgirem. Na esfera

subnacional, nove estados brasileiros – São Paulo, Alagoas, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo, Piauí, Sergipe, Bahia e Paraná – e o Distrito Federal já regulamentaram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo por decisões do Judiciário.

Embora sucintamente relatados, tratam-se estes de exemplos de conquistas na árdua trajetória da busca pelo reconhecimento e afirmação dos direitos concernentes aos indivíduos cuja sexualidade é marginalizada.

Concluindo, cabem as pertinentes considerações tecidas por Jeffrey Weeks (2007):

Tudo que aprendemos sobre a história da sexualidade nos diz que a organização social da sexualidade nunca é fixa ou estável. Ela é modelada sob circunstâncias históricas complexas. Na medida em que entramos no período conhecido como “pós-modernidade”, é provável que vejamos uma nova e radical mudança nos modos como nos relacionamos com nossos corpos e com suas necessidades sexuais. O desafio será compreender, de uma forma mais efetiva do que no período da modernidade, os processos que estão em ação nesse campo.

Acompanhar as transformações que permeiam a vida dos indivíduos, construir constante e ininterruptamente uma melhor realidade social – é ao que minimamente deve atentar-se o Direito. E a tarefa chama à responsabilidade toda a sociedade, cada um dos indivíduos, que, afinal, são os destinatários, por excelência, do produto jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. *Código civil brasileiro*. Lei 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 mai. 2011. Coordenação de Análise de Jurisprudência, Dje n. 198, divulgado em 13.10.2011, publicado em 14.10.2011,

Ementário n. 2607-1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1183378 Rio Grande do Sul*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Brasília, 25 out. 2011. Dje divulgado em 31.01.2012 e publicado em 01.02.2012. Disponível em: http://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18810976&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. de Carol Proner. In: WOKMER, Antonio Carlos (Org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

LOURO, Guacira L. (Org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

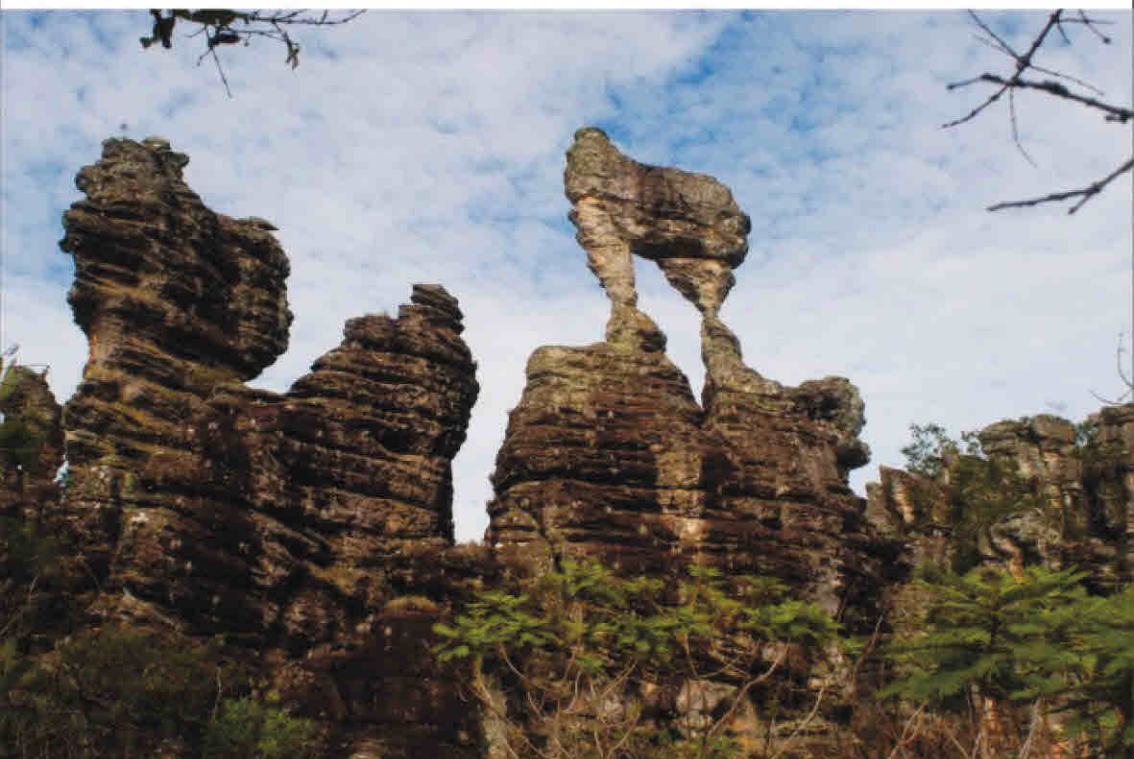
MOORE, Henrietta L. Understanding sex and gender. In: INGOLD, Tim (Ed.). *Companion Encyclopedia of Anthropology*. Trad. de Júlio Assis Simões. Londres: Routledge, 1997. (Exclusivamente para uso didático)

RUBIN, Gayle. Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoria radical de la sexualidade. In: VANCE, Carole (Comp.). *Placer y peligro – explorando la sexualidade feminina (Selección de textos)*. 2. ed. Madrid: Talasa Ediciones, 1989.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, G. *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

DIREITO CIVIL

CIVIL LAW
DERECHO CIVIL



A Cidade de Pedra, na Serra de São Gonçalo, é uma área de cerca de 600 ha, com diversas formações rochosas em quartzito que formam cânions, labirintos e formações ruiformes com rochas de formatos diversos, lembrando animais e rostos. O local foi decretado Monumento Natural Municipal devido ao alto grau de relevância de suas formações rochosas, endemismo de espécies e beleza cênica.

OS LIMITES IMPOSTOS PELA BOA-FÉ E À MODULAÇÃO DOS EFEITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE LIMITS IMPOSED BY GOOD FAITH AND THE MODULATION EFFECTS BY THE FEDERAL SUPREME COURT

LOS LÍMITES IMPUESTOS POR LA BUENA FE Y A LA MODULACIÓN DE LOS EFECTOS POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Resumo:

A modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais ganhou significativa relevância com o advento da Lei 9.868/1999, em especial por seu artigo 27, que trouxe para o Supremo Tribunal Federal os poderes de atribuir efeitos ex tunc, ex nunc, prospectivos ou determinado termo entre a data da publicação do ato normativo e sua declaração de inconstitucionalidade, às suas decisões de inconstitucionalidade. Para tanto, o referido excerto normativo exige o atendimento aos imperativos de segurança jurídica e razões de excepcional interesse social, bem como exige um quorum qualificado para que se modulem os efeitos. Ocorre que o Estado/Administração invariavelmente, ao se relacionar com seus administrados, se depara com situações contestadas perante o Supremo Tribunal, nas quais uma declaração de inconstitucionalidade em seus efeitos regulares, retroativos, seria prejudicial, posto que invalidaria fatos benéficos realizados sob o pálio do ato inconstitucional. Nesse sentido, questiona-se a possibilidade de o Estado avocar o instituto da modulação para manter situações criadas em observância a ato inconstitucional, mas benéfico ao Estado, sem ferir, em contrapartida, o princípio da boa-fé, da proteção da confiança e os postulados do venire contra factum proprium e do tu quoque.

* Especialista em Direito Constitucional pela UFG. Professor Substituto da Faculdade de Direito da UFG. Ex-assessor jurídico junto à 50ª Promotoria de Justiça de Goiânia e ex-conciliador da 13ª Vara Federal de Goiânia.

Abstract:

The modulation of the temporal effects of judgments gained significant importance with the advent of Law 9.868/1999, in particular by its Article 27, which brought to the Supreme Court the power to give effect ex tunc, ex nunc, prospective, or a term prospects between the date of publication of the normative act and its declaration of unconstitutionality, to their unconstitutional decisions. For that, the extract cited above requires compliance of legal security and reasons of exceptional social interest as well as requires a quorum to modulate the effects. It happens that the State/Administration invariably to relate to their given situations are faced with challenged before the Supreme Court, in which a declaration of unconstitutionality in their regular effects, retroactivity, it would be harmful, given that it would invalidate beneficial facts made under the canopy of the act unconstitutional. In this sense, questions the possibility to the State use the institute of modulation to keep situations created in compliance with the act unconstitutional, but beneficial to the State, however without hurt the principle of good faith, protection of the trust and the postulates venire contra factum proprium e tu quoque.

Resumen:

Los efectos de la modulación temporal de las sentencias adquieren importancia significativa con el advenimiento de la Ley 9.868/1999, en particular por el artículo 27, que llevó a la Corte Suprema la facultad de otorgar efectos ex tunc, ex nunc, prospectivos o determinado término entre la fecha de publicación del acto normativo y su declaración de inconstitucionalidad, a sus decisiones inconstitucionales. Por lo tanto, la cita anterior exige el cumplimiento de los requisitos reglamentarios de seguridad y razones jurídicas de interés social excepcional y requiere un quórum para modular los efectos. Sucede que el Estado / Gobierno invariablemente, al relacionarse con sus administrados, se depara con situaciones dadas ante el Tribunal Supremo, en la que la declaración de inconstitucionalidad en sus efectos regulares, retroactivos, sería perjudicial, puesto que invalidaría los hechos benéficos realizados bajo el dosel del acto inconstitucional. En consecuencia,

se cuestiona la capacidad del Estado para llamar a la modulación instituto para mantener situaciones creadas en cumplimiento de la ley inconstitucional, pero beneficioso para el Estado, sin herir, sin embargo, el principio de la buena fe, la confianza y la protección de los postulados venire contra factum proprium y tu quoque.

Palavras-chaves:

Jurisdição constitucional, modulação dos efeitos, boa-fé objetiva, proteção da confiança.

Keywords:

Judicial review, modulation of effect, objective good faith, protection of the trust.

Palabras clave:

Jurisdicción constitucional, efectos de modulación, buena-fe objetiva, protección de la confianza.

INTRODUÇÃO

A Constituição compõe-se, em regra, de princípios e regras genéricas que traçam diretrizes legais a serem observadas pelos demais excertos normativos.

Diante de tal supremacia constitucional, sua aplicação e interpretação reverberam por todo território nacional, impondo-se sobre todo e qualquer texto legal que caminhe em sentido contrário.

Tal imperatividade constitucional é concretizada, na prática, pelo Supremo Tribunal Federal, a quem o Constituinte Originário incumbiu, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme inteligência do artigo 102 da própria Magna Carta.

Evidente, a importância e os desdobramentos na seara administrativa, jurídica, social, econômica e política geram as decisões proferidas pela nossa Suprema Corte, principalmente quando esta atua como órgão jurisdicional incumbido de solucionar possíveis

afrontas às normas constitucionais.

Tais decisões podem ocorrer tanto no controle abstrato quanto no controle concreto, tanto na forma incidental quanto como questão principal.

A jurisdição constitucional brasileira adota como regra a Teoria da Nulidade, razão pela qual os efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroagem à origem do ato normativo inconstitucional (opera efeitos *ex tunc*), sendo nula a norma e seus reflexos prospectivos, vez que a nulidade existiria *ab inito*.

Ocorre que, diante da importância e da repercussão inerente às decisões do Controle de Constitucionalidade, essas acabam por abalar inúmeras relações jurídicas preestabelecidas, exigindo do legislador uma medida paliativa dos efeitos deletérios dessa retroação.

Nesse escopo, o legislador brasileiro trouxe, no bojo da Lei n. 9.868/1999 – regulamenta as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade –, a possibilidade de se modular os efeitos, em regra, retroativos dos julgamentos proferidos pelo Pretório Excelso, permitindo tanto uma fixação de data pretérita, quanto de data presente ou até mesmo de data futura para a produção dos efeitos da decisão.

Tal permissão, inspirada no modelo norte-americano, chegou formalmente ao Brasil, em um primeiro momento, para o controle concentrado – Lei 9.868/1999 –, não obstante o Supremo já se utilizar desse expediente no controle abstrato sem qualquer amparo legal.

Diante do quadro desenhado, não se percebe qualquer dúvida ou receio da plena aplicação do instituto da modulação dos efeitos em qualquer dos sistemas de controle de constitucionalidade exercidos, todavia, alguns questionamentos se levantam e merecem um estudo mais aprofundado, principalmente quando envolvem atuações contraditórias estatais e a utilização do instituto.

Nesse escopo, nos deparamos com nossa problemática: poderia o Estado pautar sua conduta em completo desrespeito à boa-fé objetiva e depois socorrer-se da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal?

Na busca por solucionar tal questionamento, inevitável será o embate com certos elementos secundários, entretanto importantes, como a possibilidade de aplicação de institutos típicos

de direito privado, especialmente o princípio da boa-fé objetiva e seus corolários, à seara do controle de constitucionalidade? A edição de leis inconstitucionais e a modulação de sua declaração configurariam atitudes potencialmente violadoras da boa-fé?

O instituto da modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal a cada dia que passa vem ganhando importância no cenário jurídico, a uma porque sua aplicação vem sendo cada vez mais frequente pelo Pretório Excelso e a duas porque quase invariavelmente a modulação vem repercutindo em situações jurídicas de grande relevância, o que se dá pela sua própria natureza.

Como foi o caso da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, os quais previam um prazo de dez anos para a decadência e prescrição da cobrança das contribuições devidas à Seguridade Social. No caso, o Supremo entendeu ser inconstitucional tal determinação, todavia, a pedido da Administração e sob o argumento de preservação da segurança jurídica, o Tribunal modulou os efeitos de sua decisão visando impedir o que se intitulou de efeito avalanche – multiplicação de processos almejando a repetição dos valores indevidamente cobrados.

Diante do caso, imperativa a ponderação sobre as consequências e reflexos da decisão e dos argumentos utilizados pela Administração, principalmente se poderia esta invocar uma garantia fundamental a seu favor e se não ofenderia o princípio da boa-fé objetiva ao promulgar uma lei inconstitucional para, posteriormente, valer-se da modulação para tirar proveito financeiro do referido ato.

Ululante, portanto, a importância do tema, principalmente porque este ainda é pouco estudado pela doutrina e raramente abordado pela jurisprudência pátria, o que legitima a presente pesquisa.

Busca-se, com a presente pesquisa, aprofundar-se sobre a possibilidade de se aplicar o princípio da boa-fé ao expediente da modulação temporal dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, a priori é preciso ponderar-se sobre a possibilidade de utilização de um instituto notadamente de direito privado ao direito público, mais especificamente ao controle de constitucionalidade, analisando seu fundamento constitucional, suas raízes históricas e seus corolários.

Por fim, a presente pesquisa se pautará, metodologicamente, pelos princípios inerentes ao método dedutivo, abordando

os questionamentos previamente apresentados e visando solucioná-los por meio de um aprofundado estudo sobre o instituto, com o auxílio de alguns elementos norteadores do método comparativo, histórico e bibliográfico.

A EVOLUÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS

A modulação norte-americana

A tradição do controle de constitucionalidade norte-americano, especificamente no tocante às decisões da Suprema Corte, guia-se pela noção de que toda nova interpretação da lei que altere uma interpretação até então vigente, ou seja, promova a revogação de um precedente, traz a única interpretação correta da lei, entendendo-se que o direito até então aplicável nunca teria sido direito, devendo a nova interpretação produzir efeitos retroativos, substituindo o entendimento pretérito.

Dessa premissa amplamente defendida por Dworkin, para quem os juízes não criariam o direito, mas apenas declarariam os já existentes, revelando a única interpretação possível da lei, estruturou-se a tradição norte-americana da retroatividade total das decisões judiciais, as quais operam efeitos *ex tunc*.

O modelo norte-americano de retroatividade plena, também conhecido como Modelo de Blackstone, passou a sofrer severas críticas e modificações durante as décadas de 1950 e 1960, quando, então, a Corte de Warren promoveu uma verdadeira revolução nos padrões pré-estabelecidos, passando a “criar” direitos com base em cláusulas abertas da Constituição, especialmente a cláusula do *due processes of law*, alcançando o ápice com o notório *case* *Likletter v. Walker*, marco da mudança de postura da Suprema Corte Americana.

Emílio Peluzo Neder Meyer (2008, p. 85) sustenta que a evolução da modulação dos efeitos na prática forense americana passa, invariavelmente, pela análise das decisões da Suprema Corte sobre matérias penais, essencialmente a utilização de provas ilícitas.

O *case Linkletter v. Walker* é o cume de todo um processo evolutivo dos precedentes da Suprema Corte sobre a matéria. Inicialmente, ainda em 1949 (*Wolf v. Colorado*), entendia-se que a produção de provas ilícitas não era vedada pela Quarta Emenda à Constituição, o que não acarretaria a nulidade da ação penal, pois não seria função do Judiciário, mas da opinião pública, controlar a atividade policial. Contudo, em 1961, no *case Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte, agora consubstanciada na Primeira Emenda, entendeu que a produção ilícita de provas não seria permitida pela Constituição, modificando a jurisprudência anterior e se colocando diante do dilema de lidar com os casos já passados em julgados, em virtude dos efeitos retroativos de suas decisões.

Isso não demorou muito para ocorrer, pois, em 1965, Victor Linkletter, condenado por decisão fundada em prova colhida ilícitamente, buscou perante a Suprema Corte a aplicação do precedente firmado no *case Mapp v. Ohio* ao seu caso concreto, julgado antes da referida decisão.

Compulsando o caso, a Suprema Corte, capitaneada pelo *Justice Clark*, entendeu, por sete votos a dois, que a Constituição Americana não proibia e tampouco estabelecia uma regra absoluta de retroatividade, cabendo tal opção ao exame do caso concreto, propiciando mais abertura da Corte para a doutrina dos efeitos prospectivos, sem, contudo, romper definitivamente com a tradição anterior.

Segundo o *Justice Clark*, não existiria impedimentos filosóficos ou constitucionais para atribuir efeitos prospectivos às decisões judiciais, pois a existência de uma norma anterior à declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte era algo que não se poderia ignorar, vez que o passado não poderia ser apagado por uma decisão judicial, permitindo-se, em certas situações específicas, a concessão de efeitos prospectivos à decisão.

Portanto, a Suprema Corte decidiu, muito em razão dos efeitos nefastos que uma corrida de revisões criminais poderia acarretar ao Estado e ao Judiciário, que o precedente firmado em *Mapp v. Ohio* se aplicaria apenas aos casos ainda pendentes de decisão final sobre a matéria, inviabilizando os já condenados definitivamente, como o caso de Linkletter, a busca por uma revisão de sua condenação.

Com a ruptura ocasionada pelo *case Linkletter v. Walker*

e com o desenvolvimento da Suprema Corte sobre a matéria, Blasco Soto, parafraseado por Meyer (2008, p. 90), identificou a existência, ao lado da retroatividade total, de outras duas formas de produção de efeitos das decisões: a *Limited Prospectivity* e a *Pure Prospectivity* ou *Prospectivity Overruling*. A primeira limita a retroação aos casos pendentes e a última, mais polêmica, nega a aplicação do precedente e, inclusive, do próprio caso concreto que lhe deu origem.

Acrescendo aos ensinamentos de Blasco Soto, pode-se identificar ainda uma outra possibilidade, denominada de *Selective Prospectivity* ou *Partial Prospectivity*, na qual a decisão afetaria tão somente o caso concreto que lhe deu origem e nenhum outro. É o que pondera o Serviço de Pesquisa da Biblioteca do Congresso (*Congressional Research Service*), vejamos:

As in criminal cases, the creation of new law, through overrulings or otherwise, may result in retroactivity in all instances, in pure prospectivity, or in partial prospectivity in which the prevailing party obtains the results of the new rule but no one else does.

Muitas críticas foram apregoadas a nova postura da Suprema Corte após o julgamento do *case Linkletter*, porquanto passou “a exercitar uma importante dose de discricionariedade (liberdade) de atuação” (APPIO, 2008, p. 75), inaugurando um forte ativismo judicial e, para alguns, uma constante extrapolação dos limites do caso concreto.

Ante o cenário, algumas decisões mais recentes da Corte retornaram às origens, talvez buscando um maior respaldo junto ao princípio da igualdade, de maneira a promover a aplicação da natural retroatividade de suas decisões a todos os casos, pendentes ou definitivamente julgados.

A modulação brasileira

O Supremo Tribunal Federal, desde sempre, entendeu que a lei tida por inconstitucional seria um ato nulo e sem qualquer efeito, logo, a declaração de sua inconstitucionalidade operaria efeitos *ex*

tunc. Referido entendimento foi inúmeras vezes reafirmado pela Corte, que o alçou à condição de dogma, consolidando o conhecido dogma da supremacia constitucional.

A despeito do sedimentado posicionamento do Supremo, este Tribunal, nas últimas décadas, tem-se notabilizado por promover uma verdadeira revolução em seus precedentes, instituindo uma evolutiva flexibilização do dogma da supremacia constitucional ao questionar o caráter absoluto da teoria norte-americana e seu consequente efeito *ex tunc*.

Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 295), um dos grandes responsáveis por tal flexibilização, enxerga, no julgamento do RE 79.343/BA, ainda no ano de 1977, o embrião que fomentou toda essa reinterpretação. No aludido julgamento, o Ministro Leitão de Abreu, relator do caso, asseverou a inevitabilidade de se temperar a supremacia constitucional de forma a melhor aplicá-la às peculiaridades do caso concreto, contudo, ao final, decidiu-se pela retroatividade absoluta da decisão, em respeito à consolidada posição do Supremo Tribunal.

Em sua argumentação, o Ministro Leitão de Abreu traça um paralelo entre o ideal norte-americano, segundo o qual a lei inconstitucional é nula *ab initio*, e o ideal austríaco, de acordo com o qual a lei inconstitucional produz efeitos enquanto não decretada sua ilegalidade. Apoiado nos ensinamentos de Kelsen, o Ministro reconhece que ao adentrar no ordenamento jurídico a norma inconstitucional impõe obediência ao destinatário até que advenha a decretação de sua inconstitucionalidade, *in verbis*:

[...] a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei, ainda não declarada inconstitucional, se estabelecerem relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo. (RE 79343, Relator(a): Min. Leitão de Abreu, Segunda Turma, julgado em 31/05/1977, DJ 02-09-1977)
Sucederam-se à histórica decisão do Ministro Leitão de

Abreu outros julgados, que reforçam a semente plantada ainda na década de 1970, segundo a qual seria possível mitigar os efeitos retroativos de uma declaração de inconstitucionalidade. Podem-se citar os recursos extraordinários 105.789/MG e 122.202/MG, cujos relatores Ministros Carlos Madeira e Francisco Resek, respectivamente, optaram por não atribuir efeitos retroativos em observância ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados. No mesmo sentido o RE 78.549/SP, no qual também se privilegiou o efeito *ex nunc* em virtude do princípio do funcionário de fato.

Com o advento da Lei n. 9.868/1999, especificamente de seu artigo 27, consolidou-se, de uma vez por todas, a possibilidade de se mitigar a aplicação da outrora absoluta retroatividade dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma. Mas não foi só, a nova legislação, inspirada no ordenamento português, inovou na possibilidade de se modular os efeitos da decisão de forma prospectiva, ou seja, permitiu-se fixar uma data pró-futuro para que a decisão comece a produzir efeitos.

É o que ocorreu no julgamento do RE 197.917-8/SP, publicamente conhecido como o julgamento dos vereadores de Mira Estrela. Nesse julgamento o Tribunal, seguindo o voto do Ministro Gilmar Mendes, entendeu por bem fixar uma data pró-futuro para que a decisão proferida começasse a produzir efeitos, mantendo-se a situação sem qualquer alteração até a data futura fixada.

Portanto, com o advento da Lei n. 9.868/1999, reconheceu-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de modular os efeitos das declarações de inconstitucionalidade, seja para operar efeitos *ex tunc*, seja para operar efeitos *ex nunc*, situação já concretizada pela jurisprudência do Pretório Excelso. E mais, possibilitou-se ao Supremo fixar uma data pró-futuro ou uma outra data compreendida entre a publicação da norma e a decisão que a declarou inconstitucional.

A EVOLUÇÃO DA BOA-FÉ

O preenchimento do conceito de boa-fé sempre estará vinculado aos fatores socioculturais de um determinado lugar e

momento, refletindo uma determinada cultura jurídico-social. Ululante, portanto, a impossibilidade de se obter um conceito completo e exaustivo da boa-fé, como demonstra o nosso próprio Código Civil, que confere amplas e variadas definições à boa-fé.

Nesse sentido, um estudo evolutivo da boa-fé mostra-se indispensável para se compreender as várias facetas possíveis da boa-fé, principalmente a sua transformação desde o direito romano até o moderno direito europeu, a partir do qual consagrou-se por todo o mundo.

A evolução da boa-fé no continente europeu, invariavelmente, perpassa pelas contribuições realizadas pela França e Alemanha, a primeira pelo imenso desenvolvimento possibilitado com o advento da primeira grande codificação e a última pela significativa evolução dos sentidos e dos aspectos da boa-fé em seus Tribunais, especialmente na estruturação da boa-fé objetiva como uma norma de conduta, influenciada por fatores externos aos sujeitos da relação.

Antes, contudo, é preciso regressar aos primórdios da estruturação europeia e de suas universidades, período em que o direito começava a ser visto e estudado como uma ciência e cujo fundamento era retirado do *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, retratando a imensa influência do direito romano nas bases fundadoras do direito europeu.

Vale ressaltar que o direito romano que se espalhou pela Europa não foi propriamente o contido no *Corpus Iuris Civilis*, mas sim aquele decorrente das análises dos glosadores e pós-glosadores, estes últimos os grandes responsáveis por sua disseminação, porquanto possibilitaram uma atualização do trabalho de Justiniano ao conferir mais utilidade prática na solução dos conflitos.

Nesses trabalhos de expansão e atualização, destacou-se uma boa-fé carregada por um aspecto subjetivo, que, segundo Barbosa Moreira, ligar-se-ia quase exclusivamente a situações possessórias, onde a convicção de que o sujeito seria, efetivamente, o proprietário da coisa, representaria sua boa-fé.

Não obstante a salutar expansão obtida com os trabalhos dos glosadores e pós-glosadores, há de se ponderar o desserviço acarretado por tal desenvolvimento que, indiretamente, engessou o estudo científico do direito, visto que as noções difundidas inviabilizariam inovações.

Surge como solução o humanismo e sua redescoberta da Antiguidade, situando o homem no centro das questões e promovendo uma acelerada busca, na fonte, pelo direito romano, sem qualquer interferência dos trabalhos realizados pelos glosadores e pós-glosadores.

Essa nova concepção buscava identificar no direito romano algumas ideias gerais e centrais, pois as normas do direito não poderiam ser consideradas de modo isolado, visto estarem ligadas entre si por noções centrais, que agora se buscava identificar, com o escopo de promover uma análise do direito como um sistema, o que possibilitou o surgimento das codificações europeias, que passaremos a abordar.

A boa-fé na França

Como já dito, um dos grandes marcos do direito privado foi a confecção do Código Civil francês, elaborado a mando de Napoleão em 1804, poucos anos após a eclosão da Revolução Francesa, sem, contudo, romper com a estrutura pré-revolucionária outrora existente, mas com o mérito de reunir em um único documento a totalidade das regras de direito privado.

Tal codificação só foi possível graças aos trabalhos dos pós-glosadores, que ensejaram uma adaptação prática do direito romano aos anseios sociais, e da ascensão do humanismo, que promoveu a busca por um estudo sistematizado do direito, identificando ideias centrais que permitiriam a reunião, em um único documento, de normas até então estáticas e distintas, aproximando-as dos cidadãos.

O Código Civil francês sofreu forte influência da obra de Joseph Pothier, que, a despeito de fazer constantes referências ao instituto da boa-fé, não lhe conferia um papel de relevância, vez que possuía pouca aplicação prática, pois não há como trabalhar a boa-fé apenas ligada a elementos de foro íntimo e psicológico, ou seja, não há como observar a boa-fé apenas em seu aspecto subjetivo, como propunha Pothier.

Essa abordagem da boa-fé ligada a elementos psicológicos e subjetivos é facilmente percebida no Código Civil francês, que, mesmo mencionado-a com certa frequência, limita-a a questões

possessórias, seguindo a tradição romanística sobre o instituto.

No entanto, podemos vislumbrar no próprio código uma disposição que não se coaduna com essa noção de boa-fé como um elemento interno e psicológico dos sujeitos da relação. Trata-se do dever imposto aos contratantes de se executar as convenções de boa-fé.

Estamos, aqui, diante de uma boa-fé como norma de conduta (boa-fé objetiva), e não como ignorância ou desconhecimento (boa-fé subjetiva).

Todavia, para tornar a inovação legislativa aplicável, deveria o intérprete buscar elementos complementares fora do texto codificado, pois este apenas indicava uma regra, sem, contudo, traçar parâmetros para sua aplicação ao caso concreto, sendo enormes as dificuldades encontradas nessa busca.

Durante a elaboração do Código francês o pensamento racionalista dominava os estudos jurídicos, porém, uma vez publicado, a escola da exegese ganhou força e passou a prevalecer, enxergando no próprio texto codificado todas as soluções para todos os conflitos sociais existentes, não se admitindo uma busca por soluções fora do Código, vez que este era exaustivo.

Assim sendo, o lampejo da estruturação de uma boa-fé como norma de conduta (objetiva) perdeu força diante da ascensão do pensamento da escola da exegese, que priorizou o estudo da boa-fé em seu aspecto subjetivo, ou seja, como um elemento psicológico interno ao sujeito, em virtude da grande dificuldade enfrentada pelos exegetas para aceitar que o complemento da norma se encontraria fora do Código.

Foi apenas com a decadência do pensamento exegeta que a boa-fé objetiva inciou sua estruturação, pois com a decadência doutrinária os juristas franceses passaram a observar o tratamento dispensado à boa-fé por outros ordenamentos jurídicos, em especial o alemão, que abordamos a seguir.

A boa-fé na Alemanha

Na Alemanha, o renascimento do direito romano se deu graças aos trabalhos dos glosadores e pós-glosadores que, como já visto, permitiram uma grande assimilação do direito romano pela

sociedade alemã, a ponto de seus Tribunais, até o advento de uma codificação própria, aplicar o *Corpus Iuris Civilis*, com as adequações realizadas pelos pós-glosadores, aos seus casos concretos.

Enquanto a França se enveredava pelo radicalismo positivista da escola da exegese, a Alemanha, em contrapartida, buscava uma abordagem completamente oposta, muito influenciada pelos ideais da escola histórica do direito, cujo expoente, Savigny, já promovia uma singela objetivação da boa-fé ao exigir, por exemplo, o justo título (elemento objetivo) para que se configure a boa-fé possessória.

O advento do Código Civil Alemão (BGB) não trouxe significativas inovações na tratativa da boa-fé, cabendo aos Tribunais Alemães a tarefa de promover uma verdadeira explosão de aplicações práticas da boa-fé, culminando na criação da maioria das figuras variantes da boa-fé que conhecemos atualmente, como o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *supressio*, dentre outras.

Os Tribunais Alemães se inspiraram nas Cortes Comerciais, que, com o incremento das relações de comércio, passaram a ganhar importância no cenário político e jurídico do país. Os Tribunais Comerciais se notabilizavam pela abordagem prática de suas decisões, pois não se prendiam ao ordenamento jurídico do Estado, o que se mostrou um campo fértil para o desenvolvimento da boa-fé, não apenas a subjetiva, mas principalmente a de índole objetiva.

Dessa feita, a boa-fé objetiva começa a despontar no cenário alemão como uma criação jurisprudencial, sem qualquer respaldo doutrinário, gerando a dificuldade de se transportar tais decisões concretas a patamares genéricos e a conceitos principiológicos aplicáveis a todo o sistema jurídico.

O Código Civil Alemão tratou da boa-fé em ambos os aspectos, equiparando conceitualmente a boa-fé subjetiva à noção de ignorância qualificada e traçando de maneira genérica e incompleta o conteúdo da boa-fé objetiva. Portanto, a boa-fé objetiva foi incluída no Código da forma como era entendida pelos Tribunais Comerciais, como uma regra de reforço substancial às relações sociais, demonstrando a insuficiência do sistema em prever todas as soluções possíveis para os casos concretos.

De maneira geral, pode-se perceber que o Código Civil Alemão mostrou-se bastante tímido em relação à boa-fé objetiva,

o que não se pode dizer sobre as Cortes alemãs, que promoveram uma intensa evolução do tema, muitas vezes sem o apoio doutrinário necessário para se estruturar uma sistematização sobre o instituto, o que tempos mais tarde dificultaria sua expansão para a solução de novas situações.

A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva

Desde o advento do Código Civil Napoleônico os civilistas buscam complementar as normas legais, que, de forma genérica, tratam da boa-fé. Nesse caminho tem-se concluído que há uma grande diversidade de conceitos, os quais representam, em grande parte, fatores axiológicos e éticos de uma determinada sociedade e em um determinado espaço de tempo, impedindo que se possa estruturar um conceito definitivo sobre a matéria.

Contudo, não se pode apagar os avanços conquistados nessa caminhada, na qual destaca-se a diferenciação entre a boa-fé como regra de conduta (objetiva) e a boa-fé sustentada na ignorância do sujeito (subjetiva). Essa distinção, que aos olhos modernos apresenta-se de maneira extremamente simples, já provocou calorosas discussões e confusões conceituais, que, invariavelmente, levaram os civilistas a considerar ambas as vertentes como sinônimas, impedindo o ideal desenvolvimento científico da boa-fé objetiva, a mais interessante delas.

É de se observar que o nosso ordenamento jurídico, especificamente o Código Civil, não traz de maneira expressa essa diferenciação, vez que trata tanto a boa-fé objetiva quanto a boa-fé subjetiva simplesmente pela expressão “boa-fé”, diferentemente do que faz o Código Civil Alemão, que possui expressões gramaticalmente diferentes para tratar desses institutos¹.

Ainda assim é possível, ao interpretar as referências feitas à boa-fé pelo Código Civil, comprovar essa distinção como ocorre, por exemplo, com os dispositivos esculpidos nos artigos 1.201² e 1.561³ que trazem claros exemplos da aplicação da boa-fé

¹ *Treu und Glauben* para boa-fé objetiva e *Guter Glauben* para boa-fé subjetiva.

² Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

subjetiva, pois exigem uma situação de ignorância por parte do sujeito, e os artigos 187⁴ e 113⁵, nos quais o Código não se contenta com a abordagem dos aspectos internos ao sujeito, exigindo-se a abordagem de fatores externos. É o caso do artigo 187, que apresenta um limite ao titular de um direito de exercê-lo, ou no caso do art. 113, como muito sabiamente pontua Moreira Alves (2003, p. 120) ao ensinar que:

a boa-fé a que alude esse dispositivo não é evidentemente a boa-fé subjetiva, [...], mas sim, a boa-fé objetiva que se caracteriza como regra de reta conduta do homem de bem no entendimento de uma sociedade em certo momento histórico. É, portanto, ao contrário do que ocorre com a boa-fé subjetiva, algo exterior ao sujeito, vinculando-se ao dever de cooperação [...].

Portanto, tem-se que o primeiro par de dispositivos estão ligados a aspectos íntimos e psicológicos do sujeito, logo, relacionam-se diretamente com o conceito de boa-fé subjetiva, enquanto os dois últimos dispositivos apresentam a boa-fé como um fator externo ao sujeito, relacionando-se à boa-fé objetiva.

Essa distinção reveste-se de enorme importância para o desenrolar do presente estudo, pois é na boa-fé objetiva que preferencialmente se situam a Teoria dos Atos Próprios e institutos assemelhados, que a frente analisaremos em confronto com a possibilidade de modulação dos efeitos decisórios pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, vale ressaltar que, por mais que a boa-fé objetiva seja dotada de mais concretude, quando comparada à boa-fé subjetiva, em geral se mostrarão impossíveis a interpretação e a aplicação tradicionais da lei, porquanto não obstante a boa-fé seja buscada em virtude de uma determinação legal, seu conteúdo não

³ Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

se encontra disciplinado no ordenamento jurídico, mas sim na própria decisão judicial, que deve buscar a melhor aplicação ao caso concreto.

As típicas violações da boa-fé

O abuso do direito

O “abuso do direito”, expressão cunhada pelo jurista belga Laurent, consiste na figura mais ampla das espécies de violação da boa-fé, capaz de englobar os demais tipos de violações existentes.

Nos moldes que atualmente conhecemos, o abuso do direito, diferentemente da boa-fé, não possui suas raízes históricas ligadas ao direito romano, pois essa civilização, muito em razão de sua praticidade, evitava desenvolver institutos genéricos e amplos, preferindo a adoção de soluções jurídicas específicas para cada caso concreto.

Pode-se dizer que o abuso do direito concretizou-se na França, mas não com o advento do Código Civil Napoleônico, que não trouxe qualquer dispositivo sobre a matéria, e sim com a construção jurisprudencial dos Tribunais franceses, que, ao se depararem com situações nas quais o titular de um direito utilizava-o de maneira inaceitável, reconheciam o direito do titular, mas determinava que este não poderia se valer dos seus direitos daquela forma. Para tanto, as Cortes francesas não podiam fundamentar suas decisões em textos legais, eis que não existiam, e tampouco da recepção do direito romano, porquanto naquele direito também não havia, mostrando-se imperiosa a estruturação de uma doutrina própria sobre o assunto.

Na Alemanha, o abuso do direito recebeu tratamento legal, cujo maior mérito foi sua inclusão na parte geral do BGB, o que permitia sua aplicação em qualquer ramo do direito privado, e não só no campo do direito de vizinhança.

O abuso do direito foi tutelado pelo nosso Código Civil pelo artigo 187, ao dispor que também cometeria ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excedesse os limites impostos pela boa-fé, finalidade econômica ou social e pelos bons costumes.

Trata-se de nítida forma de limitação ao exercício de direitos

subjetivos, imposta não apenas pela boa-fé, entendida aqui e no dispositivo legal como norma de conduta (objetiva), mas por outros elementos, como a finalidade econômica ou social e os bons costumes.

Vale ressaltar que não são apenas os direitos de cunho patrimoniais que sofrem com a limitação imposta pelo abuso do direito, pois os demais direitos, como o direito de ação, também devem ser limitados. É o que argumenta Cléber Lúcio de Almeida (2000, p. 37), para quem o artigo 3º do Código de Processo Civil, ao prever o exercício do direito de ação como um pressuposto à necessidade de proteção jurídica, permitiria concluir que se o escopo fosse diverso da proteção jurídica, estaríamos diante de um abuso do direito.

Por fim, é de se observar que há dois enfoques possíveis ao abuso do direito, um subjetivo e outro objetivo. Para o primeiro, o abuso configura quando o titular, sem a necessidade de fazê-lo, utiliza-se do direito apenas com o intuito de prejudicar. Já para o segundo, basta a concretização do exercício anormal do direito. Em outras palavras, não se adequar com sua finalidade econômica ou social. Infere-se, pois, que o nosso Código Civil optou pelo enfoque objetivo do abuso do direito.

O Venire Contra Factum Proprium

O *venire contra factum proprium* sempre poderá ser entendido como um caso de abuso do direito, contudo, em razão de possuir características peculiares e bem definidas, bem como em razão de sua ocorrência frequente, se prefere identificá-lo independentemente, a despeito de, em última análise, tratar-se de um caso específico de abuso do direito.

Essa figura, que em uma tradução livre poderia significar comportar-se contra seus próprios atos, em uma primeira análise traduziria uma vedação a que uma mesma pessoa, em momentos distintos, adote dois comportamentos divergentes, surpreendendo o segundo ao outro sujeito da relação por ser inesperado, se levarmos em conta o primeiro comportamento.

Trata-se, portanto, de uma proibição à contradição, que, por sua vez, sempre será ofensiva à boa-fé. Logo, o *venire* busca

proteger a boa-fé, impondo uma obrigação de que todos os sujeitos de uma relação jurídica respeitem os deveres anexos à relação, corolário da boa-fé.

Em uma primeira análise, somos tentados a identificar esse dever anexo/assessório, a obrigatoriedade de coerência ou o dever de coerência, cuja inobservância avocaria a imposição do *venire*. Todavia, a realidade não se mostra bem assim.

Inúmeras são as situações em que o comportamento contraditório não é proibido e tampouco gera qualquer consequência jurídica. É o que podemos depreender da situação de uma retratação a uma proposta de contrato, caso em que o comportamento contraditório é perfeitamente admitido pelo nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, o elemento caracterizador do *venire* seria aquela contradição capaz de destruir a confiança surgida na outra parte da relação jurídica e não qualquer comportamento contraditório, pois do contrário estaríamos punindo a atitude de má-fé de um determinado sujeito, e não protegendo uma ação pautada pela boa-fé, o que ocorre quando se busca proteger a confiança.

Por fim, temos no *venire contra factum proprium* uma proibição a comportamentos emitidos por um mesmo sujeito de uma relação jurídica, que, contraditórios entre si, fulminam a confiança gerada no outro sujeito da relação pelo comportamento primeiramente externado.

O tu quoque

Aparentemente, em uma análise superficial, pode-se dizer que o *tu quoque* seria nada mais do que um caso particular de *venire*, ou seja, uma subespécie de *venire* (SCHREIBER, 2005, p. 177), no qual o *factum proprium* seria a atuação irregular de um dos sujeitos da relação jurídica e o *venire* seria a tentativa do próprio sujeito em tirar proveito da situação irregular outrora estruturada.

Contudo, nos ensina Aldemiro Rezende Dantas Junior (2003, p. 410), que, a despeito do gabarito de Schreiber, o qual inclui Cristiano Chaves, não se pode estruturar tal relação de espécie e gênero, pois existem diferenças de tal monta que inviabilizam essa ligação. Como o fato, do *venire* tutelar a proteção

da boa-fé, enquanto o *tu quoque* visa reprimir a má-fé, embora reconheça que algumas situações concretas são passíveis de subsunção em ambos os institutos.

Inspirada na célebre frase “tu quoque, Brute, fili mi!”⁶, atribuída ao Imperador Romano Júlio César, quando apunhalado pelos conjurados em pleno Senado Romano, o *tu quoque* se caracteriza, de maneira ampla, como uma mudança valorativa da mesma situação, ou seja, adota o sujeito dois critérios valorativos distintos para a mesma situação jurídica.

A guisa de exemplo concreto, temos a atuação da Fazenda Pública que, ao promover a cobrança de tributos atrasados dos cidadãos, o faz com a correção dos valores de acordo com a taxa SELIC. Contudo, quando demandada a devolver valores tributários cobrados indevidamente sustentam a inaplicabilidade da taxa SELIC, requerendo a utilização de outro critério de atualização.

Destarte, o *tu quoque*, diferentemente do *venire*, não identifica na confiança um elemento indispensável para a sua concretização, podendo esta sequer existir, pois o que interessa é a repressão da má-fé de um dos sujeitos da relação, que adotou valorações distintas para a mesma situação jurídica. Isso permite, inclusive, sua apreciação *ex officio* pelo magistrado, visto que desnecessária a comprovação do surgimento de uma relação de confiança entre os sujeitos.

A *suppressio* e a *surrectio*

O instituto da *suppressio* surgiu nos Tribunais Alemães em meio a uma conjuntura pós-Primeira Guerra Mundial, marcada por índices inflacionários elevadíssimos. Nesse cenário, as cortes tedescas, em um primeiro momento, passaram a admitir a correção dos créditos com o escopo de proteger o capital. Todavia, tentando se aproveitar da situação, vários credores quedavam inertes na cobrança de seus créditos, visando a atualização dos valores a montantes gigantescos e insuportáveis pelos devedores, razão pela qual os Tribunais passaram a entender que a demora no exercício do direito, causadora de tamanho desequilíbrio, violaria a boa-fé

⁶ Tradução livre: Até tu, Brutos, meu filho!

objetiva, podendo levar à perda do exercício do direito.

Tem-se, portanto, que a *suppressio* configura a impossibilidade do exercício de um direito, ou seja, a sua supressão, por ter seu titular deixado de exercê-lo por tempo suficiente para gerar na contraparte a confiança de que o direito jamais seria exercido, em virtude das circunstâncias do caso concreto.

Como se vê, não basta para a caracterização da *suppressio* apenas o decurso do tempo e o não exercício de um direito. Exige-se que com o transcurso desse lapso temporal haja surgido uma confiança de que o direito não seria mais exercido pelo seu titular. Daí sua ligação umbilical com a proteção à boa-fé.

Portanto, o lapso temporal deve vir acompanhado de outras circunstâncias objetivas, capazes de fazer surgir essa confiança, ou seja, de indicar que o direito não mais seria exercido, como as que existiam quando do surgimento do instituto na Alemanha pós-Primeira Guerra Mundial, assolada pela hiperinflação.

Vale ressaltar, que a *suppressio* é um caso específico de *venire contra factum proprium*, com a distinção de que o primeiro comportamento (*factum proprium*) seria um comportamento omisivo, caracterizado pelo não exercício de um direito e o comportamento contraditório (*venire*) seria o exercício desse mesmo direito que até então se abstivera de exercer, fulminando-se a confiança surgida no outro sujeito da relação jurídica.

Por fim, a *surrectio* nada mais é do que uma análise da situação anteriormente exposta, *suppressio*, sob a ótica da parte cuja confiança está sendo protegida, ou seja, se há a perda do exercício de um direito por determinado sujeito da relação, para o outro surge o direito de não ter que suportar o exercício do direito atingido pela *suppressio*.

Portanto, segundo Menezes Cordeiro (2001, p. 824) é possível apresentar o fenômeno de duas formas, seja a supressão de um direito (*suppressio*) seguida pelo surgimento de outro (*surrectio*), ou o inverso, importando a identificação da posição do beneficiário na situação concreta, no sentido de que a confiança surge no seu direito ou no não exercício de um direito pela outra parte.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PÚBLICO

A boa-fé objetiva sempre foi mais associada ao Direito Civil, todavia, em razão da íntima relação com as obrigações, não vislumbrou obstáculos em extrapolar os campos civilistas e adentrar as demais searas do Direito Privado.

O primeiro alvo foi o Direito Comercial, que, como vimos, foi onde estruturou-se de uma maneira mais eficiente a aplicação da boa-fé objetiva aos casos concretos, graças à atuação dos Tribunais Comerciais Alemães. Em seguida veio o Direito do Trabalho e o Direito Processual, todavia, vale ressaltar que neste último avanço há uma significativa distinção: enquanto no direito material a boa-fé objetiva protege, em regra, a boa-fé de um dos sujeitos da relação, no direito processual a boa-fé objetiva é utilizada como forma de impor punição à má-fé de um dos sujeitos.

Nessa expansão, a boa-fé atingiu também o Direito Público, ingerindo-se nas relações mantidas pela Administração Pública e os particulares, a despeito de, em uma primeira análise, parecer que tal aplicação seria incompatível com os ditames públicos, pois, como visto, uma das vertentes da boa-fé seria a função de colmatar lacunas legislativas, não obstante, em tese, não haver espaços para lacunas no Direito Público.

Contudo, atualmente não há discussão quanto à aplicação do princípio da boa-fé às relações públicas, visto ser evidente a imperatividade do princípio da boa-fé nas relações públicas, pois se ao particular se exige um comportamento detido aos ideais da boa-fé, de modo a se manter uma relação de confiança entre os sujeitos de uma relação, com muito mais razão não se poderá admitir que a Administração estruture uma relação de confiança com seus administrados para posteriormente agir de modo contraditório, voltando atrás e desfazendo o que fizera, quebrando a confiança outrora estruturada.

Nesse sentido caminham nossos Tribunais, que consagram, dia a dia, a imperatividade da boa-fé no domínio público, como bem aponta o Ministro Ruy Rosado de Aguiar no voto proferido no RMS 6183/MG, julgado em 14/11/1995 e publicado em 18/12/1995, vejamos:

No direito civil, desde os estudos de Ihering, admite-se que do comportamento adotado pela parte, antes de celebrado o contrato, pode decorrer efeito obrigacional, gerando a responsabilidade pré-contratual. O princípio geral da boa-fé veio realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois as relações humanas devem pautar-se pelo respeito à lealdade.

O que vale para a autonomia privada vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cujo capital é predominante público, nas suas relações com os cidadãos. É inconcebível que um Estado democrático, que aspire a realizar a justiça, esteja fundado no princípio de que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa.

Ademais, em outro julgado, também de relatoria do Ministro Ruy Rosado (REsp n. 141.879/SP, publicado em 22/06/1998), asseverou o jurista que o princípio da boa-fé deve ser observado também pela Administração, até com mais razão por ela, não podendo o poder público voltar sobre os próprios atos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram, pois passíveis de controle pela teoria dos atos próprios.

Para alguns doutrinadores, a legitimação dessa aplicação deriva do princípio administrativo da moralidade, esculpido no art. 37 da Constituição.

É o que nos ensina Maria Sylvia di Pietro (1991, p. 111), para quem não seria preciso penetrar no subjetivo do agente, pois do próprio objeto da conduta resulta a imoralidade, que ocorre quando o conteúdo de determinado ato contraria o senso comum de honestidade, de boa-fé e de ética das instituições.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 89) enxerga no âmbito do princípio da moralidade, até com uma certa evidência, os princípios da lealdade e boa-fé.

Já para outros, como o jurista Almiro do Couto e Silva (2004, p. 9), é a boa-fé que confere suporte ao princípio da segurança jurídica. Este, por sua vez, consagrado como direito fundamental dos cidadãos – art. 5º, *caput*, da Constituição –, vez que o princípio da segurança jurídica poderia ser estudado sob

um enfoque objetivo, segundo o qual se protegeria os direitos individuais da retroatividade maléfica dos atos estatais e sob um enfoque subjetivo que visa proteger à confiança do cidadão nos atos estatais.

Vale ressaltar que o Tribunal Administrativo Federal Alemão deduz o princípio da proteção à confiança tanto do princípio da segurança jurídica, que por sua vez seria corolário do princípio do Estado de Direito, quanto do princípio da boa-fé objetiva.

Consagrando esse entendimento, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Petição n. 2.900-3/RS, após discorrer sobre os ensinamentos do Prof. Couto e Silva assim ponderou:

[...] o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) [...] Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.

Destarte, infere-se ser irrelevante o caminho principiológico adotado para legitimar a aplicação do princípio da boa-fé aos atos estatais, pois, independente de se proveniente do princípio da moralidade administrativa ou de se proveniente do princípio da segurança jurídica, o que impera é a sua aplicação irrestrita às relações estruturadas entre o cidadão e o Estado.

O ARTIGO 27 DA LEI 9.868/1999

A Lei 9.868/1999, publicada em 10 de novembro, tratou de regulamentar as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade, até então abordadas exclusivamente pelo repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Verdade que a nova legislação não trouxe grandes inovações ao ordenamento jurídico, ao passo que apenas positivou as várias praxias do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e reproduziu vários excertos contidos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, um dispositivo destoou desse contexto sem

grandes inovações que foi a Lei 9.868/1999. Trata-se do seu artigo 27, que traz para o ordenamento jurídico a figura da modulação temporal, permitindo aos ministros do Pretório Excelso, por maioria de dois terços, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade quando presentes razões de relevante interesse social e imperativos de segurança jurídica, vejamos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Da inteligência do transcrito artigo pode-se destacar quatro relevantes informações, quais sejam: o quorum especial imposto para se promover a modulação; a sua aplicação apenas às declarações de inconstitucionalidade; a exigência de imperativos de segurança jurídica e excepcional interesse social e a possibilidade de se modular a decisão para se operar efeitos *ex nunc*, *ex tunc*, para o futuro ou data intermediária entre a publicação do ato inconstitucional e a decisão de inconstitucionalidade.

Das informações destacadas, ganham relevância para o presente trabalho os requisitos de ordem material, ou seja, as exigências de razões de excepcional interesse social e de segurança jurídica, justificadoras da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

A expressão “excepcional interesse social” não guarda correlação com nenhum argumento legislativo afeto à jurisdição constitucional, tendo como único exemplar em nosso ordenamento jurídico a expressão contida no artigo 184 da Constituição, que aborda questões de desapropriação para fins de reforma agrária, ao redor da qual estruturou um significativo estudo doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, sem, contudo, extrapolar a seara agrária-constitucional.

Conforme ponderam os estudiosos da referida área, é imprescindível identificar que no interesse social não se encontra contido o interesse do povo, tampouco o interesse do Estado, mas sim

o interesse de determinada classe social, em regra menos favorecida, que anseia pela desapropriação da propriedade individual.

Ao lado dessa abordagem civilista/administrativista, podemos identificar uma significativa semelhança entre a inovação brasileira e os termos do item 4, artigo 282, da Constituição Portuguesa, *in verbis*:

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

Relevante notar que o diploma português optou pela expressão “interesse público de excepcional relevo”, diferentemente do diploma brasileiro, que optou pela expressão “interesse social”. Revela-se, de plano, uma tentativa do legislador brasileiro em tutelar o interesse da sociedade em detrimento do interesse da Administração, impondo ao Supremo Tribunal Federal uma atuação que prestigie esse interesse, entendido como o somatório dos interesses individuais de toda uma sociedade.

Por outro lado, a noção de proteção à segurança jurídica é recorrente em nosso ordenamento jurídico, reconhecido por nossa doutrina e Tribunais como um princípio constitucional implícito, posto que derivado da própria noção de Estado de Direito. A despeito do tratamento legislativo, o ideal de segurança jurídica não possui um significado preciso, pois pautado por uma fluidez e indeterminação conceitual.

O artigo 5º, XXXVI, da Constituição consagra a irretroatividade da lei quando prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, excerto intimamente ligado à noção de segurança jurídica, esta, por sua vez, entendida como a possibilidade conferida às pessoas de prever, de maneira direta, as consequências de seus atos presentes no futuro próximo, o que pode ocorrer de duas maneiras. A primeira, por meio de mecanismos que garantam o conhecimento do direito posto, como o princípio da publicidade, trata-se da chamada segurança jurídica *ex ante*. A segunda, pela busca por uma estabilidade das consequências

resultantes da concretização do direito posto, tendo na coisa julgada e no princípio da confiança os reflexos diretos dessa forma de segurança, chamada de segurança *ex post*.

Sem dúvida, para o presente trabalho mostra-se mais relevante a denominada segurança jurídica *ex post*, pois aborda a influência do princípio da confiança, como vertente do princípio da boa-fé, na modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, abordagem que iniciaremos a seguir.

A MODULAÇÃO TEMPORAL E A BOA-FÉ

O postulado da segurança jurídica, elemento cerne para a aplicação do art. 27, da Lei 9.868/1999, pode ser entendido, segundo Couto e Silva (2004, p. 09), sob dois enfoques. O primeiro seria uma aceção objetiva segundo a qual as leis são irretroativas, especialmente se para prejudicar direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O segundo seria um aspecto subjetivo que abarcaria à proteção da confiança do cidadão perante os procedimentos e condutas do ente estatal, proteção esta intimamente ligada à concepção de boa-fé objetiva.

Como dito, o princípio da proteção da confiança busca no postulado da boa-fé objetiva sua fundamentação e sustentação. É o que prevê a predominante jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal alemão, o qual foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Pet. 2.900-3/RS, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

Dessa forma, a proteção da confiança é aspecto central a ser ponderado no momento de se decidir, sob o pálio de razões de segurança jurídica, sobre a manutenção ou não dos efeitos de atos declarados inconstitucionais, principalmente quando a retroação total da declaração de invalidade prejudicar os interesses da sociedade, vez que tutelados pela proteção da confiança.

Por conseguinte, ao princípio da confiança foi atribuído especial relevância no sistema de controle de constitucionalidade pátrio, vez que detém importante papel na decisão de manter ou não os efeitos de uma lei tida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Mais do que isso, interessante seria questionarmos a possibilidade de o Estado/Administração valer-se desse permissivo para modular os efeitos de decisões que declararam a inconstitucionalidade de leis, com o escopo de manter os efeitos benéficos à Administração originados com a edição da lei tida posteriormente como inválida.

Nesse âmbito, apresenta-se a tese central do presente trabalho: a vedação imposta à Administração de se valer do permissivo do art. 27, da Lei 9.868/99, para manter os efeitos benéficos de lei, de autoria própria, e tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal, em virtude de imperativos de boa-fé objetiva, na sua especialidade do *tu quoque*.

Como vimos anteriormente, o princípio da boa-fé, segundo uma visão mais administrativista, busca seu fundamento constitucional no princípio da moralidade, esculpido no art. 37, da Constituição Federal, bem como, de acordo com a consolidada jurisprudência do Tribunal Federal alemão, a boa-fé teria seu fundamento de validade no princípio do próprio Estado de Direito, que sustenta o princípio da segurança jurídica.

Evidente se torna o aspecto constitucional do princípio da boa-fé e sua plena aplicação às normas de direito público, notadamente as normas de processo constitucional, devendo estas observarem os ditames impostos pela boa-fé, em especial, pela cláusula do *tu quoque*.

Conforme já exposto anteriormente, a cláusula do *tu quoque* busca, diferentemente do *venire contra factum proprium*, reprimir condutas de má-fé, vedando o exercício de um direito quando a posição jurídica alegada tenha sido obtida mediante uma conduta ilegal ou contrária ao contrato, nos casos de aplicação no direito privado.

É atributo da boa-fé objetiva, segundo a qual uma determinada pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica criada pela própria norma, pois, do contrário, seria admitir que uma pessoa possa desprezar uma norma jurídica e impor que outra pessoa acate a norma outrora desprezada, ferindo as premissas básicas, ética e jurídica, de um Estado de Direito.

Em apertada síntese, podemos conceituar o *tu quoque* como sendo a vedação de um autofavorecimento em virtude da

própria atuação irregular, ou seja, não pode o sujeito valer-se da própria torpeza para auferir vantagens supervenientes.

Portanto, busca-se coibir a infidelidade jurídica, que, na seara do processo constitucional e especificamente da modulação dos efeitos das decisões, configura-se como a infidelidade do Estado em relação à Constituição que lhe constituiu e ampara. Nessa lógica, incoerente aos ditames da boa-fé objetiva seria a solução que permitisse ao Estado usar – no caso, abusar – do poder de legislar em afronta à constituição, criando leis de inconstitucionalidade manifesta, e, como prêmio, pudesse manter o proveito obtido com a referida lei, ainda mais se tal proveito se dá em detrimento de direitos fundamentais.

À guisa de exemplo prático dessa atuação desleal do Estado, poderíamos nos debruçar sobre o julgamento do RE 559.943-4/RS, cujo objeto abordava a discussão sobre a constitucionalidade dos artigos 45⁷ e 46⁸, ambos da Lei 8.212/1991.

No referido Recurso Extraordinário discutia-se a situação de o Estado ter imposto, por meio da Lei Ordinária 8.212/1991, um prazo prescricional e decadencial de dez anos para se constituir e cobrar os créditos tributários decorrentes das contribuições sociais levantadas pelo Fisco, a despeito da Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, alínea “b”⁹, determinar que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre prescrição e decadência tributária.

Para complicar a situação o Código Tributário Nacional, em seus artigos 173 e 174, previa prazos prescricionais e decadências de cinco anos, um verdadeiro disparate de forças, já que o Estado poderia cobrar débitos previdenciários com até dez anos de idade, enquanto o contribuinte somente poderia requerer a devolução

⁷ Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

⁸ Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos.

⁹ Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

de créditos tributários com no máximo cinco anos de idade.

Tivemos, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, vigendo, pautados pela presunção de constitucionalidade das leis, desde 1991 até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 2008, propiciando ao Estado uma vantagem financeira incomensurável, em virtude das inúmeras execuções fiscais ajuizadas e cujos objetos abarcam créditos que já estariam prescritos segundo o próprio Código Tributário Nacional.

Com a apreciação da situação pelo Supremo, o Ministro Gilmar Mendes, considerando a repercussão social do assunto, as razões de insegurança jurídica e o requerimento realizado pela Administração em sua sustentação oral, suscitou a imperiosidade de se atribuir à declaração de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*, no sentido de impossibilitar aos contribuintes a repetição dos valores já recolhidos com base na norma inconstitucional, em nítida autorização para o enriquecimento ilícito do Estado.

Destarte, temos que o Estado violou o ordenamento constitucional ao aprovar e impor obediência – já que o chefe do Executivo pode se abster de aplicar norma tida por inconstitucional –, norma flagrantemente contrária ao texto constitucional, e posteriormente utilizou-se do mesmo ordenamento para justificar a modulação dos efeitos da decisão, em completa afronta à boa-fé objetiva.

Portanto, não se pode admitir que o Estado, que deve ser exemplo de obediência ao ordenamento jurídico, possa infringi-lo e, posteriormente, valer-se de sua própria torpeza para garantir certa vantagem financeira, como ocorreu no caso do RE 559.943-4/RS. Tal atuação afronta a Constituição ao ferir os postulados da boa-fé objetiva, albergados no princípio constitucional da moralidade e na própria noção de Estado de Direito.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo estudar a influência do instituto da boa-fé, em especial da boa-fé objetiva, e de suas figuras próprias, na modulação dos efeitos das decisões judiciais pelo Supremo Tribunal Federal. No cerne do estudo tem-se a questão

do próprio Estado utilizar-se da modulação a seu favor, isto é, valer-se do instituto para manter situações jurídicas que lhe são favoráveis, as quais estruturaram-se sob o pálio do ato normativo tido por inconstitucional e editado pelo próprio Estado.

Nesse âmbito, ganha relevância o instituto da boa-fé e suas acepções típicas, as quais visam coibir uma atuação desleal no trato jurídico, vez que proibiriam ao Estado utilizar-se do instituto da modulação para manter uma situação gerada por si próprio, ferindo um *standart* de coerência almejada em uma relação jurídica.

Vimos que a modulação dos efeitos surgiu como uma forma de minimizar as intempéries ocasionadas pelas lacunas existente nas teorias da nulidade e da anulabilidade dos atos inconstitucionais.

Especificamente nos Estado Unidos, surge da preocupação da Suprema Corte em evitar um sem número de revisões criminais provenientes da aplicação do *case Mapp vs. Ohio* aos casos já passados em julgados em concordância com a antiga orientação da Corte. Buscou-se, portanto, suavizar a agressividade da teoria da nulidade, segundo a qual a lei tida por inscontitucional assim o é desde sua origem.

No Brasil, em razão da dualidade de sistemas de controle de constitucionalidade coexistindo, o surgimento e o estudo do instituto toma contornos mais complexos. Para muitos o embrião da modulação foi plantado ainda na década de 1970, quando o Ministro Leitão de Abreu asseverou a necessidade de se temperar o dogma da supremacia constitucional, de forma a possibilitar uma aplicação de acordo com o caso concreto. A partir desse pressuposto a modulação dos efeitos ganhou força e se estruturou no Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Lei 9.868/1999, a modulação foi formalmente inserida no nosso ordenamento jurídico. Foi ainda amplificada diante da possibilidade de se atribuir além dos tradicionais efeitos *ex nunc* e *ex tunc*, permitiu-se ao Pretório Excelso atribuir efeitos prospectivos ou fixar uma data entre a publicação da lei tida inconstitucional e sua declaração.

Por outro lado, o desenvolvimento da noção de boa-fé é fruto do pensamento europeu, que se desenvolveu desde a noção de *bona fides* do Direito Romano, passando pelas implicações da Codificação Napoleônica, pelo relevante serviço prestado pelos

Tribunais Comerciais Alemães, até atingir o ápice com a sua estanque dissecação em boa-fé subjetiva, pautada por elementos relacionados com o psicológico do sujeito e em boa-fé objetiva, caracterizada por uma norma de conduta delimitada por elementos externos aos sujeitos da relação jurídica.

Buscando sua legitimidade ora no princípio constitucional da eficiência administrativa, ora no próprio princípio do Estado de Direito e da segurança jurídica, a boa-fé, notadamente a objetiva, se legitima a ingressar em questões de direito público, inclusive constitucionais, vez que sua inobservância, ou seja, uma conduta ofensiva à boa-fé, lesa à Constituição.

Ocorre que o Estado, ao editar um ato inconstitucional, como fez com os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, e, posteriormente, propondo a modulação dos efeitos com escopo de manter os efeitos já produzidos até então, o faz ao arrepio da Constituição, pois claramente contraria à boa-fé objetiva e seus deveres anexos, que, como vimos, possuem legitimação constitucional.

Não pode o Estado valer-se da sua própria torpeza, edição de uma norma evidentemente inconstitucional, para auferir vantagens, manutenção dos efeitos benéficos da norma tida por inconstitucional até a data da decisão, visto que ofende à Constituição.

Óbvia e ululante é a violação da figura do *tu quoque*, que como vertente da boa-fé objetiva impõe-se ao Estado, limitando seu poder na utilização do instituto da modulação dos efeitos, posto que tal instituto não pode ser exercido a qualquer modo. Vedando-se a sua utilização quando benéfica aos interesses do Estado, especialmente se em detrimento dos interesses dos cidadãos, pois do contrário estaríamos a permitir que o Estado, que deveria ser exemplo de conduta, pudesse pautar-se contrário à boa-fé objetiva e a seus deveres conexos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Abuso do Direito no processo do trabalho*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

AVILA, Ana Paula Oliveira. *Modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *Article III: Retroactivity versus Prospectivity*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/anncon/html/art3frag24_user.html> Acesso em: 15 jul. 2011.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração

pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei n. 9.784/99). *Revista do Direito Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul./set. 2004.

DANTAS Jr., Aldemiro Rezende. *A teoria dos atos próprios - Elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados*. 2003. 463 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da PUC/SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. FABIANA, esta referência está no texto, mas não consta aqui.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. v. 9. São Paulo: Editora Método, 2008. (Coleção Prof. Gilmar Mendes)

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CONTRATAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

HIRING IN E-COMMERCE

LA CONTRATACIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Resumo:

Neste texto, faz-se uma singela explanação sobre a regulamentação do comércio eletrônico no Brasil, apropriando-se, para isso, do Código de Defesa do Consumidor e do Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Para tanto, foi consignado que os negócios jurídicos realizados em ambiente virtual fazem parte de uma realidade dos tempos atuais. Ademais, reconheceu-se que a vulnerabilidade do consumidor na internet é destacada, sendo necessário enaltecer a proteção constitucional do consumidor. Por derradeiro, discorreu-se sobre os aspectos dispostos no decreto presidencial.

Abstract:

This text is a simple explanation of the e-commerce regulation in Brazil, appropriating the Consumer Protection Code and of Decree No. 7,962, of March 15, 2013. Therefore, it was stated that the legal transactions performed in the virtual environment are part of a reality of the times. It was recognized that the vulnerability of the consumer internet is highlighted. It was necessary to praise the constitutional protection of the consumer. For the last, spoke out about the aspects that have the presidential decree.

Resumen:

Este texto es una simple explicación de la regulación del comercio electrónico en Brasil, apropiándose, para tanto, del Código de Defensa del Consumidor y del Decreto n. 7962, de 15 de marzo de 2013. Por lo tanto, se afirmó que los actos jurídicos realizados en el entorno virtual son parte de la realidad de esta época. Se reconoció que la vulnerabilidad de la Internet para el consumidor

* Graduando em Direito do IESRIVER.

se encuentra más resaltada. Así, era necesario alabar la protección constitucional de los consumidores. Por último, se pronunció acerca de los aspectos incluidos en el decreto presidencial.

Palavras-chaves:

Atendimento facilitado, compra coletiva, consumidor, informações claras, respeito ao direito de arrependimento.

Keywords:

Facilitated attendance, collective buying, consumer, clear information, respect for the law of repentance.

Palabras clave:

Facilitar la asistencia, compra colectiva, consumidor, información clara, el respeto a la ley de arrepentimiento.

CONTRATO ELETRÔNICO

O contrato é uma espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, dependente da liberalidade de cada contratante, mas com o escopo do consenso mútuo. Corolário que revela a vontade humana em conformidade com a ordem jurídica, as partes entabulam o contrato criando, modificando ou extinguindo direitos e deveres patrimoniais¹.

Com habitual maestria, Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 1) registram “que o contrato está para o civilista, assim como o crime está para o penalista”.

Nessa plana, Tartuce (2012, p. 505-506) assinala que:

Não se pode olvidar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A

¹ A esse propósito o dispõe o art. 1321 do Código Civil italiano: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”. Disponível em: <http://www.jus.unin.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 03 abr. 2013.

própria palavra sociedade traz a ideia de contrato, de composição entre as partes com uma finalidade. A feição atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social.

Segundo a lição de Gonçalves (2010, p. 21):

O contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devida às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. Fonte de obrigação é o fato que lhe dá origem. Os fatos humanos que o Código Civil brasileiro considera geradores de obrigação são: a) os contratos; b) as declarações unilaterais da vontade; e c) os atos ilícitos, dolosos e culposos.

Urge salientar que o Código Civil de 2002 disciplina vinte e três espécies de contratos, e ainda deu azo à celebração de contratos atípicos, consoante artigo 425.

Sendo livre a forma contratual², a vontade dos contraentes deve ser exteriorizada em consonância com os possíveis efeitos jurídicos que surgirão do consentimento. Isso é o que representa a função social dos contratos, uma simetria com as consequências do negócio.

Aliás, por mais prolixo que possa ser o discurso sobre os princípios contratuais, faz-se mister reconhecer que todos eles estão direcionados ao da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, inciso III), mas, é claro, que assim efetivando a função social do contrato (CC, artigo 2.035, parágrafo único).

Lado outro, quanto aos contratos eletrônicos, tem-se que, segundo Barreto (2009, p. 451) “é, no entanto, uma realidade relativamente recente. Sua utilização se acentuou no Brasil especialmente no final da década de 1990 e no início dos anos 2000”. É de entender que devido ao uso da internet e, portanto, dos computadores, nasceu essa espécie de contrato.

A corroborar o exposto anteriormente, o conferencista Cunha Júnior (2002, p. 68) ilustra:

² O ordenamento pátrio contempla a liberdade da forma contratual, consoante art. 108 c/c o art. 166 do Código Civil.

Em termos genéricos, o contrato eletrônico é aquele avençado ou executado pela via eletrônica. O contrato celebrado mediante meios eletrônicos, ou seja, eletrônico na sua formação, pode ser considerado mais eletrônico do que um contrato avançado por modo tradicional, mas com execução eletrônica. Assim, pode-se afirmar que o contrato celebrado eletronicamente é eletrônico *stricto sensu*, enquanto o contrato simplesmente executado eletronicamente o é *lato sensu*. Portanto, as duas categorias estão compreendidas dentro do escopo dos contratos eletrônicos.

Diante dessas considerações, contrato eletrônico é o acordo de vontades, celebrado ou executado por via eletrônica, que visa constituir, modificar, conservar ou extinguir direitos, obrigando os respectivos acordantes.

Com efeito, ainda que se trate de contratos em suas minúcias e especificidades, sempre guardaram o conceito básico, que realmente traduz os efeitos jurídicos respectivos da avença.

COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico é denominado nos arredores do mundo pela expressão *e-commerce*. A letra "e" provém da palavra inglesa *eletronic*. Trata-se, portanto, dos negócios jurídicos realizados em ambiente virtual.

A propósito, leciona Coelho (2000, p. 32) que o comércio eletrônico é:

a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizadas em estabelecimento virtual. A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores (comércio internáutico) ou fora dela.

Calha transcrever o conceito tratado por Silva (2001, p. 38):

uma espécie de extensão da atividade comercial, em que consumidores e fabricantes ou revendedores não mantêm o contato físico originário da atividade comercial tradicional, pois o estabelecimento

do objeto da relação jurídica, a forma de pagamento, o prazo para a entrega e as garantias para implementação do negócio jurídico acordado formam-se em um espaço virtual eletrônico.

Nesse rumo, pontuam Santos e Rossi (2000, p. 105) que a “oferta, a demanda e a contratação à distância de bens, serviços e informações, realizadas dentro do ambiente digital, ou seja, com a utilização dos recursos típicos que se denominou convergência tecnológica”.

O comércio eletrônico tem se expandido consideravelmente no mercado nacional³, fato que demonstra que os consumidores tendem a superar aquela antiga resistência de comprar na internet devido à falta de confiança por não ter contato físico com o vendedor, que é um elemento do contrato eletrônico.

Não obstante, o contemporâneo Cunha Júnior (2002, p. 63) à época já explanava:

A contratação pela via eletrônica é uma realidade dos tempos atuais, em que tudo se pode adquirir por meio dos meios eletrônicos de produtos a serviços, de um simples sabonete à lista inteira de compras em um supermercado, de um ingresso para o teatro a um *tour* pelo mundo, incluindo passagem de avião, passeios turísticos, hotéis etc.

Por outro lado, proliferam os meios eletrônicos de pagamento, situação em que, sem contato com o papel-moeda, pequenas ou vultuosas somas são transferidas do comprador para o vendedor, do tomador para o prestador de serviços.

Outrossim, Barreto (2009, p. 448) assinala que “O comércio eletrônico (*e-commerce*) pode ser considerado um avanço em termos de abertura do mercado, uma vez que rompeu com limitações de espaço e tempo”. É a bendita possibilidade de efetuar uma compra em qualquer lugar do país e a qualquer momento, assim as empresas passaram a atuar no ambiente físico e virtual, simultaneamente ou exclusivamente, para atender as demandas dos consumidores.

³ O faturamento do *e-commerce* no Brasil no ano de 2001 foi de 0,5 bilhões de reais, enquanto em 2012 representou 22,5 bilhões. Não abrange vendas de automóveis, passagens aéreas e leilões. Disponível em: <<http://www.e-commerce.org.br/stats.php>>. Acesso em: 03 abr. 2013.

No rumo do uso da internet, a Tabela 1.1 mostra o número de *hosts*⁴ no Brasil. Ao longo de dezessete anos houve um crescimento de 27.765 vezes.

Tabela 1.1 – Evolução do número de *hosts* no Brasil⁵.

mês/ano	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003
Janeiro	21121168	17786552	14678982	10151592	7422440	5094730	3934577	3163349	2237527
Julho	22212190	19315960	15929346	9572594	8264709	6508431	4392693	3485773	
mês/ano	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995	
Janeiro	1644575	876596	446444	215086	117200	77148	20113	800	
Julho	1988321	1025067	662910	310138	163890	68685	46854	11576	

Lado outro, quanto aos domínios⁶, o estado de Goiás registrou, no mês de março de 2013, 65.037 domínios, parcela dos 3.116.606 no Brasil⁷. Os gráficos 1.1 e 1.2 demonstram ambas as evoluções.

Gráfico 1.1 – Evolução do número de domínios no Brasil⁸

⁴ Trata-se de um computador hospedeiro, onde se armazenam arquivos e informações. Demais definições de termos técnicos de informática, acesse <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/sos_dic_efgh.shtml> e <<http://www.technologica.inf.br/glossario/exibe.asp>>.

⁵ Dados tabulados pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação. Fonte: Network Wizards. Disponível em: <<http://www.cetic.br/hosts/index.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

⁶ O nome de um domínio serve para facilitar o acesso ao endereço de computadores na internet. Imagine que, para acessar um site, fosse necessário memorizar a sequência do IP (Internet Protocol) do Ministério Público do Estado de Goiás (187.72.50.131), Supremo Tribunal Federal (201.49.144.135), Superior Tribunal de Justiça (186.215.82.218), Conselho Nacional do Ministério Público (200.142.0.45) e Conselho Nacional do Justiça (186.215.69.201). Pois então, é mais fácil lembrar os endereços respectivos: <http://www.mp.go.gov.br>, <http://www.stf.jus.br>, <http://www.stj.jus.br>, <http://www.cnmp.gov.br>, <http://www.cnj.jus.br>.

⁷ Dados compilados pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação. Fonte: Registro.br. Disponível em: <<http://www.cetic.br/dominios/estados.htm#goias>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

⁸ Gráfico elaborado pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. Fonte: Registro.br. Disponível em: <<http://www.cetic.br/dominios/index.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

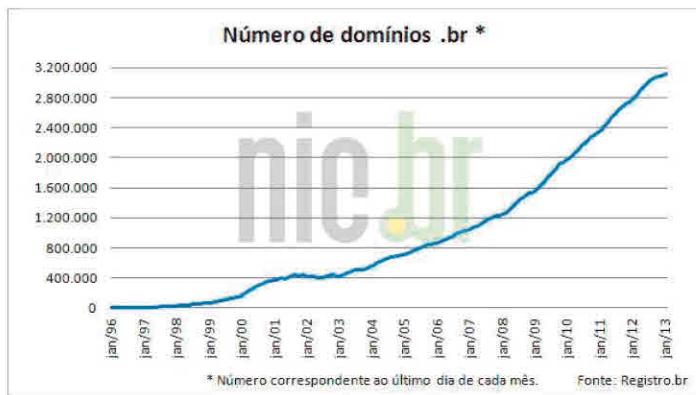
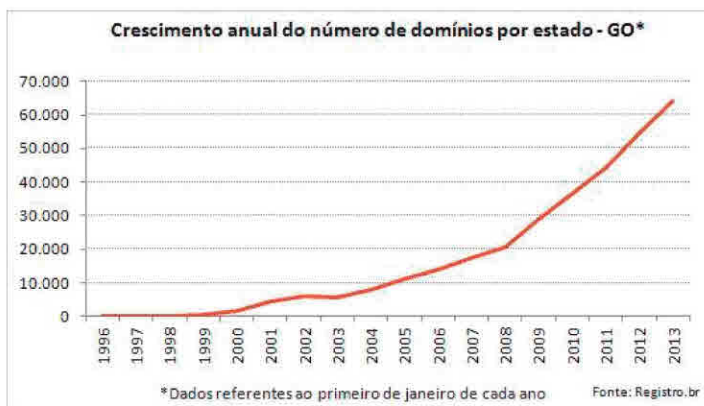


Gráfico 1.2 – Evolução do número de domínios no estado de Goiás⁹.



⁹ Gráfico elaborado pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação. Fonte: Registro.br. Disponível em: <<http://www.cetic.br/dominios/estados.htm#goias>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

Corolário dessa evolução, fez-se necessário promover a segurança, como reclama Filomeno (2007, p. 103):

As mudanças operadas no ramo das comunicações, sobretudo com a utilização da rede mundial denominada Internet, exigem instrumentos seguros de certificação de autenticidade dos seus operadores, sobretudo quando cuidam de transacionarem mercadorias e a prestação de serviços, em nível global.

Nessa plana, para suprir as possíveis resistências ao *e-commerce* e assegurar os que já se entregaram definitivamente à contratação no comércio eletrônico, o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, veio dispor sobre a matéria em testilha, rezando sobre os aspectos tratados nos tópicos subsequentes.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS CONTRATAÇÕES NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O Código de Defesa do Consumidor é fruto da proteção jurídica determinada no artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Aliás, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 1988), o artigo 48, de modo clarividente e ainda para não esvair-se da propositura legislativa, marcou que "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor". Com efeito, os consumidores há muito tempo ansiavam pela proteção jurídica.

Nessa linha, os promotores de justiça Nunes Júnior e Serano (2008, p. 2-3) assinalam:

Como se vê, optou o constituinte por incluir a proteção ao consumidor no elenco do art. 5º, dispositivo consagrador dos direitos e garantias fundamentais, tornando dever do Estado a sua efetivação e presumindo a posição de vulnerabilidade ocupada pelo consumidor na relação de consumo.

Assim, consubstancia-se o dever do Estado em proceder a uma horizontalização da relação de consumo, ou seja, deve a atividade

interventora do Estado cingir-se em propiciar a paridade entre os polos da relação de consumo, munindo o consumidor de instrumentos de defesa de seus direitos, contornando-o por uma verdadeira aura de proteção.

Mais do que isso, a inclusão no referido rol de direitos traz a inafastável consequência de total impossibilidade de emenda constitucional tendente a abolir tal preceito, por tratar-se de cláusula petrificada pelo inciso IV do § 4º do art. 60, que impõe a vedação material ora tratada.

Nota-se que, além de fixar prazo para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, a Carta Magna vigente deu imunidade à proteção do consumidor, de modo que somente outra constituição poderá alterar tal preceito, como é de curial entendimento.

Sobre o artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, leciona Azevedo (2002 p. 76-77):

A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica é norma constitucional de aplicação imediata. Isso implica a afirmação de que o Estado não poderá fugir ao compromisso de agir no sentido de efetivar a realização do significado (valor) implícito no mencionado princípio, qual seja, o de que o consumidor, por ser parte mais vulnerável nas relações de consumo, merece uma tutela jurídica especial, cujo escopo maior consiste em equilibrar essas relações econômicas que envolvem a prestação e o consumo de bens (produtos) e atividades econômicas (serviços).

Nesse ponto, é evidente que o Estado interfere nas relações de consumo para garantir a defesa preconizada pela norma e, é claro, dos consumidores.

Sucedem que as relações de consumo se agitaram em tamanha velocidade e proporção que o próprio Código de Defesa do Consumidor careceu de regulamentação, no caso, quanto às contratações no comércio eletrônico.

Urge enaltecer que Cunha Júnior (2002, p. 63-64), à época, assim insurgiu:

É nesse cenário em que nos encontramos hoje. Atividade crescente. O comércio eletrônico é uma realidade, desafiando o legislador, que deixou-se dominar pelo turbilhão da globalização, sem

perceber quanto a sua inércia pode prejudicar a economia nacional e os interesses da sociedade.

Nessa senda, o efervescente comércio eletrônico restou acolhido pelos consumidores, com azo a se perpetuar. Ao menos, os vultosos R\$ 22,5 bilhões demonstram seu crescimento. Assim, o anotecido legislador regulamentou a contratação no comércio eletrônico, consoante Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013.

Não obstante, em boa hora, segundo Albertin (2012, p. 70), “Atualmente, estamos numa nova onda, em que as empresas consideram as aplicações de CE com mais realismo, menos ingenuidade e maior conhecimento de suas dificuldades, limites e oportunidades”.

Esse Decreto disciplina exclusivamente três aspectos, sendo as informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; atendimento facilitado ao consumidor; e respeito ao direito ao arrependimento.

A norma entrará em vigor dia 14.05.2013¹⁰, portanto, sessenta dias após a data da publicação (15.03.2013), quando então aqueles que não cumprirem as condutas descritas no Decreto, e das quais se trata nos ulteriores itens deste texto, ensejarão a aplicação das sanções do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

O Decreto foi publicado na mesma data do Plano Nacional de Consumo e Cidadania, este regulado pelo Decreto n. 7.963, que já foi objeto de alteração por força do Decreto n. 7.986, de 15 de abril de 2013. Assim, nota-se a corrida em torno do tema em comento¹¹.

Informações claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor

Trata-se de um dever imposto aos contraentes, decorrente do princípio da boa-fé objetiva.

¹⁰ Este artigo foi desenvolvido no período de *vacatio legis* do Decreto da Contratação no Comércio Eletrônico e encaminhado à submissão do Conselho Editorial da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás no dia 06.05.2013 (segunda-feira).

¹¹ Entrevista didática e apropriada com Marcelo Sinelli. Acesse: <<http://globotv.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/v/consultor-do-sebrae-sp-fala-sobre-novas-regras-do-comercio-eletronico/2506452/>>.

É mister consignar que, embora sejam objeto do presente estudo os contratos à luz do Código de Defesa do Consumidor, máxime os eletrônicos, as informações claras também estão ligadas aos contratos civis, devido a manutenção do mencionado princípio.

O próprio Código de Defesa do Consumidor já cravava como um direito básico do consumidor a informação (art. 6º, III), inclusive passível de configurar crime contra as relações de consumo, em caso da afirmação falsa ou enganosa ou omissão de informação dos produtos ou serviços (art. 66).

Silva (R. L., 2011, p. 10), insigne escrevente judiciário, registrou à época que “Uma das grandes preocupações para os que visam oferecer seus produtos pela Internet, diz respeito às informações próprias, que são obrigatórias na página eletrônica da loja virtual”.

O Decreto n. 7.962/2013 trata, nos artigos 2º e 3º, acerca das informações, pelo que calha transcrição (BRASIL, 2013a):

Art. 2o Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Art. 3o Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2o, as seguintes:

I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;

II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e

III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.

As informações indicadas nos artigos 2º e 3º representam um rol taxativo (*numerus clausus*), servindo tão somente para as contratações no comércio eletrônico.

A matéria até então se encontrava numa lacuna legislativa. Ademais, consoante exposição de Drucker (2001, p. 92), “O comércio eletrônico é para a revolução da informação o que a ferrovia foi para a revolução industrial - um avanço totalmente novo, totalmente sem precedentes, totalmente inesperado”. De um lado, os consumidores aviventando cada vez mais este comércio, e noutro, os fornecedores tendo que acompanhar a demanda; em meio a isso, o produto (ou serviço) oferecido carece das informações preconizadas, muito menos em local de destaque e de fácil visualização^{12 13}.

Atendimento facilitado ao consumidor

Em prêmio, embora a compra na internet possa se efetivar por alguns cliques, urge enaltecer que para fornecer o produto (ou serviço) é bem diferente, como exemplificam Turban e King (2004, p. 352-354), dividindo o processo de atendimento de pedidos no comércio eletrônico em nove atividades, “1. Certifica-se de que o cliente pagará. [...]. 2. Verificar disponibilidade de estoque. [...]. 3. Preparação da expedição. [...]. 4. Seguro. [...]. 5. Produção. [...]. 6. Serviços da unidade fabril. [...]. 7. Compras e armazenagem. [...]. 8. Contatos com

¹² Em Rio Verde/GO foi ofertada uma “Jantinha Self-serve de R\$ 10 por apenas R\$ 5 no Bar do Peão”. O anúncio somente cumpre com os incisos IV e V do artigo 2º e inciso II do artigo 3º. No caso, não consta o número de inscrição do fornecedor; endereço eletrônico; riscos à saúde; restrição à fruição da oferta; quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato. O sítio de compra coletiva registrou 134 compradores da “jantinha”. Imagine se fossem comprados mais de dez mil cupons, provavelmente a oferta não teria sua fruição normal. Disponível em: <<http://www.rioverdemaisbarato.com.br/Rio%20Verde/oferta/546>>

¹³ Não cumprem o Decreto os sítios que direcionam as condições da oferta para outra página na internet, porquanto, repiso, devem as informações ser em local de destaque e de fácil visualização. Acesse: <<http://www.peixurbano.com.br/ofertas/UniversalFinePrint>> e <<http://www.groupon.com.br/universal-fine-print>>.

clientes. [...] 9. Devoluções. [...]."

Esse caminho de atendimento continua sendo necessário, mas não satisfaz as diretrizes do artigo 4º do Decreto n. 7.962/2013, pelo que calha a transcrição (BRASIL, 2013a):

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e

VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do *caput* será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.

O preceito inaugura que o atendimento tem de ser facilitado, de modo que o consumidor tenha condições de acompanhar os trâmites da contratação passo a passo, lhe sendo confirmado o respectivo desenvolvimento. Antes da contratação, basta a apresentação do sumário do contrato, mas feito o negócio é necessário disponibilizá-lo. Surge, portanto, a obrigatoriedade da elaboração de um contrato com as cláusulas pertinentes da avença, mas é claro que será de adesão.

A respeito da resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato, ocorrerá pelo serviço de atendimento ao cliente, que na internet é denominado *e-service* (TURBAN; KING, 2004). Nesse ponto, devem

Os fornecedores promover o gerenciamento da cadeia produtiva, da matéria-prima à distribuição de produtos, para trazer uma resposta eficiente ao consumidor (ALBERTIN, 2007).

Respeito ao direito de arrependimento

Quanto ao item em testilha, registre-se que, celebrado um contrato, parte-se da assertiva que os contraentes tenham convicção da avença.

Não obstante, no comércio eletrônico essa convicção é mitigada. Portanto, merece outros olhares o direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, no prazo de sete dias da contratação. Esse propósito também segue à celebração pelo telefone.

O Decreto n. 7.962/2013 trata, no artigo 5º, acerca do respeito ao direito de arrependimento, pelo que calha transcrição (BRASIL, 2013a):

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou
II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Na contramão da contratação está o arrependimento, visto que o consumidor julga o produto (ou serviço) e realiza a compra. Mas, tratando-se de comércio eletrônico, é mister pontuar que a

vulnerabilidade do consumidor aumenta. Portanto, esse deve ser o propósito do respeito preconizado.

Segundo Turban e King (2004, p. 117), “É interessante notar que, quanto mais experiência as pessoas têm com a compra pela internet, maior a probabilidade de gastar dinheiro on-line”. Nessa senda, registro que mínima será a possibilidade do arrependimento do consumidor.

Todavia, oportuno destaque de Relvas (2006, p.109) “[...] o produto ou serviço, somente será conhecido, sensibilizado pelo consumidor, à medida de sua disponibilização em seu computador, cabendo, portanto, o prazo de arrependimento de sete dias”.

Sendo necessário ao consumidor desistir do contrato, exercendo seu direito de arrependimento, repiso, que deve ser respeitado. Tão somente restará ao fornecedor cumprir com o preceito do Decreto das contratações no comércio eletrônico, sob pena de incorrer nas sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou esclarecer sobre o comércio eletrônico no Brasil, uma vez que é uma realidade dos tempos atuais. Perquirindo sobre a evolução desde 1996, tempo de lacuna legislativa, mas em que se teve o amadurecimento das empresas e o acolhimento pelos consumidores.

No estágio atual, o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, veio regulamentar as contratações neste comércio, estabelecendo regras no sentido de que as informações devem ser claras, de modo que o atendimento seja facilitado e respeite-se o direito de arrependimento.

De modo geral, o decreto oferece proteção ao consumidor, porém, é claro, reafirmando que a vulnerabilidade do consumidor é graduada no ambiente virtual.

Por fim, é importante que no comércio eletrônico haja uma maior confiança por parte dos consumidores, oportunidade em que o dito Decreto direciona as questões de segurança. Isso, portanto, torna evidente a defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. Comércio eletrônico: da evolução para as novas oportunidades. *GVexecutivo*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 66-70, jul./dez. 2012.

_____. *Comércio Eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARRETO, Ricardo Menna. Contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 443-458, dez. 2009.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil. Brasília (DF): Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. *Decreto n. 7.962*, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DF, 15 mar. 2013a. 3p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm>. Acesso em: 17 abr. 2013.

_____. *Decreto n. 7.963*, de 15 de março de 2013. Institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo. Brasília, DF, 15 mar. 2013b. 5p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm>. Acesso em: 17 abr. 2013.

_____. *Decreto n. 7.986*, de 15 de abril de 2013. Altera o Decreto n. 7.963, de 15 de março de 2013, que institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara das Relações de Consumo. Brasília, DF, 15 abr. 2013c. 1 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7986.htm>. Acesso em: 17 abr. 2013.

_____. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 1990. 20 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8078.htm>. Acesso em: 11 abr. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. Os contratos eletrônicos e o novo código civil. *Revista CEJ*, Brasília, v. 6, n. 19, p. 62-77, out./dez. 2002.

DRUCKER, Peter. Além da revolução da informação. In: JÚLIO, C. A.; SALIBI NETO, J. *E-business e tecnologia: autores e conceitos imprescindíveis*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 85-96.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3: contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado: (doutrina e jurisprudência)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RELVAS, Marcos. *Comércio Eletrônico*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p. 105-129, out./dez. 2000.

SILVA, Cristiano Correia e. *Comércio eletrônico: aspectos jurídicos*.

Revista do Curso de Direito, v. 2, n. 2, p. 37-48. Brasília: AEUDF, jul./dez. 2001.

SILVA, Ricardo Lima da. *O comércio eletrônico e o código de defesa do consumidor*. 2011. 20p. Monografia (Bacharel em Direito) - Instituto de Ensino Superior de Rio Verde/Faculdade Objetivo, Rio Verde, 2011.

TURBAN, Efraim; KING, David. *Comércio eletrônico: estratégia e gestão*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

DIREITO ESTRANGEIRO

FOREIGN LAW
DERECHO EXTRANJERO



Município histórico mais conhecido como Goiás Velho, foi capital do Estado, conserva mais de 90% de sua arquitetura barroco-colonial original, graça ao tombamento, desde os anos 1950, desse patrimônio arquitetônico do século XVIII, ao sopé da lendária Serra Dourada.

DE LA EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN A LA PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE JURISDICCIONES PENALES

DA EXTENSÃO E DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO À PREVENÇÃO
E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE JURISDIÇÕES PENAIS

FROM THE SCOPE AND LIMITS OF JURISDICTION TO PREVENTION
AND RESOLUTION OF CONFLICTS OF CRIMINAL JURISDICTIONS

Resumen:

Los esfuerzos nacionales, supranacionales e internacionales por tratar de impedir la impunidad de los delitos, en especial cuando son cometidos por grupos organizados y tienen dimensión transfronteriza, a partir de la vigencia del principio de no injerencia en los asuntos internos de cada país, han generado una acción legislativa en una doble dirección: por un lado, regulando la competencia internacional penal de los Estados, y por otro aportando soluciones a los supuestos de conflictos de jurisdicción en el ámbito penal, al menos cuando se producen en ámbitos regionales como la Unión Europea, donde se trata de resolver sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y la confianza recíproca entre los países.

Resumo:

Os esforços nacionais, supranacionais e internacionais para impedir a impiedade dos crimes, especialmente quando são cometidos por grupos organizados e possuem dimensão transfronteiriça, a partir da vigência do princípio da não ingerência nos assuntos internos de cada país, geraram uma ação legislativa de mão dupla: por um lado, regulando a competência penal internacional dos Estados,

* Professor titular de Direito Processual da Universidade de Salamanca. Diretor do Grupo de Estudos contra a Corrupção (GRESKO-USAL) e da Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno. Membro do Instituto de Iberoamérica, assim como do "Grupo de Estudio sobre a corrupção, delinquência econômica e crime organizado" da Universidade de Salamanca, reconhecido como Grupo de Pesquisa de Excelência de Castilla y León.

e, por outro, aportando soluções aos supostos conflitos de jurisdição no âmbito penal, ao menos quando se produzem em âmbitos regionais como a União Europeia, onde se busca resolvê-los tomando por base o princípio do reconhecimento mútuo e a confiança recíproca entre os países.

Abstract:

The national, supranational and international efforts to avoid the impunity of crimes, especially when committed by organized groups that have cross-border dimension, since the validity of the principle of non-interference in the domestic affairs of each country, generated a legislative action of two-way: in one hand, regulating international criminal jurisdiction of States, and in the other hand, providing solutions to alleged conflicts of jurisdiction in criminal matters, at least when they occur in regional areas as the European Union, which attempts to solve them adopting the principle of mutual recognition and mutual trust among countries.

Palabras clave:

Jurisdicción, previsión y resolución de conflictos, procesos.

Palavras-chaves:

Jurisdicção, prevenção e resolução de conflitos, processos.

Keywords:

Jurisdiction, preventions and resolutions of conflicts, process.

INTRODUCCIÓN

El art. 117.3 C.E. establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y

procedimiento que las mismas establecen. Esta misma idea es *repetida* en el art. 2.1 L.O.P.J., y **además reforzada** por cuanto, como es lógico, incluye de manera explícita como fuente de determinación de reglas en materia de jurisdicción a los tratados internacionales.

De conformidad con esta base jurídica, podemos en línea de partida extraer varias consecuencias fundamentales relacionadas con el objeto de este trabajo:

a) a consecuencia de atribuir en el art. 117.1 C.E. a la jurisdicción la naturaleza jurídica de potestad emanada de la soberanía popular, el Estado ostenta el monopolio de ella;

b) a los únicos a los que se inviste de la potestad jurisdiccional es a los Juzgados y Tribunales ordinarios, integrantes en el Poder Judicial, quienes la ejercen de manera exclusiva y excluyente;

c) se circunscribe la actuación de los Juzgados y Tribunales nacionales a los límites de la soberanía¹. (vid. CAEIRO, 2010, p. 47 y ss.)

Hasta hace no muchos años la interpretación de estas tres ideas ha sido bastante pacífica y estable, al menos en sus postulados básicos y fronteras adentro, por cuanto además la misma Constitución, en el art. 117.5, proclama el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, los que de plano excluyen que en ámbitos territoriales inferiores al Estado puedan coexistir **otras** jurisdicciones.

Por el contrario, la idea de jurisdicción como uno de los componentes de la estructura del Estado desde una perspectiva externa-internacional y supranacional, como veremos- se ha ido matizando, entre otras cuestiones, en lo que se refiere al ámbito penal, por el surgimiento y ampliación de *nuevas* formas delictivas y de los efectos que con ellas se han generado, que se producen, desarrollan o afectan a más de un país. En consecuencia, el marco normativo anterior tiene que ser completado tanto por el citado art. 2.1 L.O.P.J. y su inclusión de los tratados internacionales, que provoca que se integren con carácter preeminente en la organización judicial española el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Penal Internacional, como por el art. 93 C.E., que abre la posibilidad -utilizada a partir de 1985 para dar cumplimiento a los compromisos derivados de la incorporación

de España a la Comunidad Económica Europea-para que mediante una ley orgánica se pueda autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de **competencias**¹ derivadas de la Constitución, correspondiendo a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos nacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Incluso más: los distintos países, en sus normativas internas, tienen que regular tres importantes limitaciones a las que se tienen que sujetar sus propios Juzgados y Tribunales en el ejercicio de la jurisdicción:

a) Personales, porque pese a que el art. 4 L.O.P.J. señale de manera tajante que la jurisdicción se extiende a **todas las personas, nacionales y extranjeras**, idea que refuerza el art. 21.1, hay determinadas personas que por razón de las funciones que desempeñan ven privilegiado su estatus jurídico con determinadas prerrogativas sustantivas -inviolabilidades- y procesales -inmidades, centradas en el ámbito penal-², que claramente implican una limitación en el ejercicio de la potestad jurisdiccional³ y un recorte del derecho a la jurisdicción⁴. Con diversas exigencias y alcance, tanto la legislación nacional como las normas de Derecho Internacional Público concretan esas excepciones tanto en *nacionales* -el Rey⁵, parlamentarios

¹ **Jurisdicción**, sería más apropiado, porque dentro de **una** misma jurisdicción lo que se hace es dividir en **varias** competencias el conjunto de asuntos que van a ser conocidos por los diversos órganos judiciales nacionales. Como indica Gimeno Sendra, la jurisdicción tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella: la determinación de la competencia supone atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de una clase de asuntos de forma prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción (GIMENO SENDRA, 2007a, p. 136). Sobre esta cuestión vid. además Pedraz Penalva (1976, p. 145 y ss.).

² Sobre las mismas vid. Gómez Colomer y Esparza Leibar (2009, p. 56 y ss.).

³ Vid. las Ss.T.C. 206/1992, de 27 de noviembre; y 123/2001, de 4 de junio.

⁴ Vid. las Ss.T.C. 90/1985, de 22 de julio; y 243/1998, de 19 de diciembre.

⁵ Según el art. 56.3 C.E., la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad.

nacionales⁶ y autonómicos⁷, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos⁸, y los Magistrados del Tribunal Constitucional⁹- como en *extranjeros*, listados de manera particularizada en numerosos tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por España¹⁰.

b) Temporales, lo que deriva en la concreción de si la legalidad procesal se fija o no con base en el principio de la retroactividad. No se trata de una cuestión baladí, puesto que afecta tanto al desarrollo del procedimiento y a la pluralidad de actos procesales que lo componen -en las fases de declaración, impugnación y ejecución-, como a

⁶ Los dos primeros números del art. 71 C.E. establecen que los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, los cuales además, durante el periodo de su mandato, gozarán de inmunidad, sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito y sólo podrán ser inculcados o procesados con la previa autorización de la Cámara respectiva. Esta proclamación general es objeto de desarrollo particularizado, para los Diputados, en los arts. 10 a 14 del Reglamento del Congreso de 10 de febrero de 1982, y para los Senadores, en los arts. 21 y 22 del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994; con relación a ello, hay que tener en cuenta que ambos Reglamentos se incardinan directamente en la Constitución, que los prevé en el art. 72.1, y como ha señalado el Tribunal Constitucional son normas que tienen valor de Ley aunque estén desprovistas de la fuerza propia de la Ley (S.T.C. 119/1990, de 21 de junio).

⁷ Bajo la misma cobertura constitucional del art. 71 y precisada en cada uno de los Estatutos de Autonomía.

⁸ Según los arts. 6.2 y 8.4 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, el Defensor del Pueblo y sus Adjuntos son inviolables: no podrán ser detenidos, expedientados, multados o perseguidos o juzgados en razón a las opiniones que formulen o a los actos que realicen en el ejercicio de las competencias propias de su cargo. Esa misma inviolabilidad es extensible a los Defensores del Pueblo de carácter autonómico, por mor del art. 1 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre:

⁹ El art. 22 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece, entre otras cuestiones, que los Magistrados del Tribunal Constitucional no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones.

¹⁰ Podemos destacar, a título ejemplificativo, los Jueces, Abogados Generales, Secretario y Ponentes adjuntos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como los miembros y el Secretario del Tribunal de Primera Instancia; los Jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como las personas que participen en procedimientos entablados ante él, como partes, sus representantes y sus Consejeros; los Diputados del Parlamento Europeo; el Defensor del Pueblo Europeo; los representantes en el Comité de Ministros, la Secretaría y los funcionarios del Consejo de Europa; los Magistrados, el Fiscal, los Fiscales adjuntos y el Secretario de la Corte Penal Internacional; los agentes diplomáticos y los funcionarios y agentes consulares; etc.

la determinación de la jurisdicción y competencia para conocer de un asunto en concreto, lo que en última instancia afecta directamente al derecho al juez natural reconocido constitucionalmente en el art. 24.2 C.E. y en los principales tratados internacionales relativos a la tutela de los derechos humanos (arts. 6.1 C.E.D.H. y 14.1 P.I.D.C.P.). Con base en ello, las normas atinentes a la jurisdicción no tienen efectos retroactivos y sólo desde el momento en que entre en vigor una ley que atribuya jurisdicción, o que la cree y fije su ámbito de actuación, ésta será aplicable.

c) Espaciales, que obliga a que los países a nivel interno, supranacional e internacional, estén **de acuerdo**¹¹, por un lado, en dónde y bajo qué presupuestos es aplicable la ley nacional, cuestiones que en la legislación española se intentan resolver en las disposiciones contenidas en la normativa orgánica relativa a la extensión y a los límites de la jurisdicción, y por otro, en cómo resolver los eventuales conflictos de jurisdicción -negativos y positivos- que se puedan plantear entre dos o más de ellos en asuntos concretos. Y ello de una manera equilibrada, proporcional y justa, porque como ha señalado el Tribunal Constitucional -con relación a la competencia judicial internacional- las reglas que la componen

responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte, a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias de accionar ante la Justicia.¹²

¹¹ Como señala Pérez-Cruz Martín (2010, p. 77), se está ante una suerte de autolimitación del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, consciente de que no puede asumir todos y cada uno de los conflictos que se le puedan plantear. Por eso mismo, la jurisdicción es un presupuesto cuyo control procesal, además de las partes, están obligados a realizar de oficio los propios órganos jurisdiccionales.

¹² S.T.C. 61/2000, de 13 de marzo.

EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PENAL ESPAÑOLA

De manera progresiva, y desordenada (BUJOSAVADELL, 1997, p. 2), la Ley Orgánica del Poder Judicial delinea la controvertida cuestión de saber en qué procesos, en los que se da algún elemento -personal o material- extranjero, un órgano jurisdiccional español puede conocer del mismo, puesto que al ser la jurisdicción un presupuesto del proceso penal, la inobservancia de las normas que lo regulan están castigadas con la nulidad de pleno derecho del proceso (art. 238.1 L.O.P.J.).

En primer término, refiriéndose a la jurisdicción en general, el art. 4 L.O.P.J. de forma abierta, y por tanto necesitada de ser precisada, considera que la misma se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma en la que establezcan la Constitución -que sólo da cobertura a determinados supuestos de inviolabilidad- y las leyes -básicamente orgánicas y de enjuiciamiento, nacionales e internacionales-.

Con posterioridad, ya con relación a la función jurisdiccional encomendada a cada uno de los Juzgados y Tribunales españoles, el art. 9.1 L.O.P.J. limita su ejercicio a aquellos casos en que una ley así lo disponga, lo que en la práctica, por cada orden jurisdiccional y para cada materia, persona y territorio, estará fijado fundamentalmente por la propia Ley Orgánica del Poder Judicial y por la correspondiente norma de enjuiciamiento.

Finalmente, de manera más directa en los artículos 21 a 25 L.O.P.J. se abordan por primera vez¹³ las cuestiones relacionadas con las reglas de determinación de lo que algunos llaman *competencia judicial internacional* (vid. SENÉS MOTILLA, 1986, p. 683 y ss.; GONZÁLES GRANDA, 1992, p. 15 y ss.), pero que de manera expresa la misma Ley Orgánica del Poder Judicial rotula en el Título I del Libro I, *De la extensión y límites de la jurisdicción*, la cual está referida a los cuatro órdenes jurisdiccionales -civil, penal, contencioso

¹³ Hasta entonces la **soberanía irrestricta** o el **imperialismo jurisdiccional** llevaba a los países, como España, a defender el conocimiento de cualquier conflicto con elementos de extranjería sin atender a ningún criterio de conexión internacional. Sobre esta vieja postura doctrinal, legal y jurisprudencial (vid. MIAJADA DE LA MUELA, 1981, p. 689 y ss.).

administrativo y social¹⁴, cada uno de ellos con sus propias particularidades relacionadas con la naturaleza jurídica de los conflictos y de las relaciones jurídicas materiales que los anteceden, con dos elementos en común en su estructura y contenido:

a) Primero, como manifestación de la soberanía nacional, el otorgamiento de una clara primacía¹⁵ al principio de 'territorialidad'¹⁶, de manera tal que los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de manera exclusiva de los juicios que se susciten en territorio español, con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, sin que a estos efectos importe que en el conflicto estén relacionados españoles, extranjeros, o españoles y extranjeros (art. 21.1 L.O.P.J.).

b) Segundo, al querer acoger supuestos de extraterritorialidad, el legislador ha tenido que fijar criterios de conexión que permiten vincular ciertos litigios, determinados por diversos requisitos que tienen que concurrir, con los órganos jurisdiccionales españoles, lo que equivale a decir que en los demás asuntos en los que haya un elemento extranjero serán órganos judiciales de otro país los que deben actuar, sin que se diga, lógicamente, cuáles¹⁷.

¹⁴ Debiendo aclarar, como hace Gómez Colomer (GÓMEZ COLOMER, MONTERO AROCA, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR, 2011, p. 226), que de la lectura de estos cinco artículos se puede colegir que los mismos no sirven para dividir la competencia entre los cuatro órdenes jurisdiccionales, como se puede apreciar en los arts. 24 y 25 en los que no se recoge toda la competencia administrativa o social, frente a la civil.

¹⁵ De forma clara lo dejó sentado el Tribunal Constitucional cuando ante unos hechos sucedidos en Perú antepuso al principio de personalidad el de territorialidad «...debido no sólo a razones de mayor facilidad en la persecución del delito -acceso a las pruebas, querrellado y querellantes se encuentran en el país donde sucedieron los hechos-, sino teniendo en cuenta que existe un procedimiento penal abierto en el Juzgado Penal núm. 34 de Lima (Perú), estando a disposición del mismo el querrellado que se encuentra sometido a una medida cautelar» (A.T.C. 85/2003, de 14 de marzo).

¹⁶ Para González Rus (2004, p. 647), «con todo ello se pone de manifiesto una visión "egoísta", solipsista, insolidaria de la política de intervención penal y jurisdiccional, planteada desde la óptica miope de cada país, y por consiguiente, en principio, ignorante y ajena a las necesidades de las relaciones internacionales universales y regionales en materia de persecución y represión de la criminalidad».

¹⁷ Como ya señalara el Tribunal Constitucional, «[...] el señalamiento de otro órgano judicial como competente carece de sentido, pues equivaldría a ordenar a órganos jurisdiccionales de otro Estado soberano la resolución del fondo del asunto. Ello explica que la apreciación de la falta de competencia internacional se resuelva en la pura y simple ausencia de competencia, pero sin señalar órgano judicial alguno que pueda conocer de la resolución del asunto» (S.T.C. 61/2000, de 13 de marzo).

Si nos centramos en el orden jurisdiccional penal, al cual está dedicado monográficamente el art. 23.1 L.O.P.J., el principio de 'territorialidad' general indicado se ve reafirmado en su primer número: el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, si bien esta exclusividad cederá ante el conocimiento de asuntos particulares cuando así haya sido previsto de conformidad con tratados internacionales en los que España sea parte.

Siendo preeminente el principio de territorialidad, la actuación de los Juzgados y Tribunales españoles también se ve ampliada por hechos que hayan ocurrido más allá del territorio nacional por la vigencia de otros tres principios complementarios, entre los que no se establece prelación alguna¹⁸, que, de manera expresa o tácita, han sido consensuados por la comunidad internacional (JAÉN VALLEJO, 2007, p. 19), aunque su legalización interna se haya producido en normas de diferente naturaleza jurídica (vid. CAMARERO GONZÁLEZ, 2007, p. 118 y ss.).

El número dos del art. 23 L.O.P.J. recoge el principio de 'personalidad' -pero sólo activa-, con el que se pretende extender la eficacia de su legislación nacional a las conductas que tengan relevancia penal y en las que tuviera participación con independencia de que su realización fáctica haya tenido lugar más allá de las

¹⁸ Así lo recuerda el Tribunal Constitucional al analizar el carácter *absoluto* del principio de jurisdicción universal, el cual está regulado en el art. 23.4 L.O.P.J. «sin sometimiento a criterios correctivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esta restricción conlleva asimismo la de los márgenes de acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinados de modo indudable en su núcleo sistemático. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del derecho rigorista y desproporcionada al principio consagrado en el art. 24.1 CE» (S.T.C. 227/2007, de 22 de octubre).

fronteras nacionales, que en principio no pueden ser flanqueadas en el ejercicio de la función jurisdiccional por los órganos nacionales. Pero ello no de manera indiscriminada e ilimitada, sino sujeto a determinados condicionantes objetivos, subjetivos y formales:

a) que los hechos punibles estén tipificados como delitos por la legislación penal española;

b) que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional;

c) que los criminalmente responsables sean españoles, o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho; y

d) que concurren además los tres siguientes requisitos:

- que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo cuando este requisito no sea necesario por estar así excepcionado en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte;

- que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles, puesto que es sabido que la jurisdicción precisa y requiere para su puesta en marcha que se afirme el desconocimiento, negación o violación de un derecho a interés (PEDRAZ PENALVA, 2000, p. 30), máxime cuando los hechos que los provocan se han producido en un país extranjero;

- que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena¹⁹, con lo cual el Estado español reconoce eficacia jurídica a las resoluciones jurisdiccionales dictadas por tribunales foráneos, autoimponiéndose como limitación a la actuación de los juzgadores nacionales el principio *non bis in idem*²⁰, principio incluido en el de la legalidad consagrado en el art. 25 C.E.²¹.

¹⁹ Incluso si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

²⁰ Con relación al mismo vid. Queralt Jiménez (1993, p. 885 y ss.); García Torres, (1995, p. 59 y ss.); Díaz Cantón (2000, p. 19 y ss.); Góriz Royo (2002-2003, p. 187 y ss.); Jaén Vallejo (2003, p. 1 y ss.); Beltrán de Felipe y Puerta Seguido (2004, p. 363 y ss.); Atilio Falcone (2005, p. 11 y ss.); Hormazábal Malarée y Bustos Ramírez (2005, p. 163 y ss.); Caro Coria (2006, p. 655 y ss.); Moreno y Bravo y Iglesias Machado (2006, p. 75 y ss.); Gimeno Sendra (2007, p. 1855 y ss.); Pastor (2009, p. 497 y ss.).

²¹ Por ello, y a diferencia de lo que sucedió ante la concurrencia de sanciones

En segundo término el art. 23.3 L.O.P.J., con independencia de la nacionalidad de los responsables de los hechos delictivos, y aunque estos se hubiesen cometido fuera del territorio nacional, incorpora el principio 'real', de 'defensa' o 'protección' de intereses y bienes jurídicos nacionales, pero limitando la posible actuación de los órganos jurisdiccionales españoles a determinadas tipologías delictivas debidamente listadas en nueve números:

- a) Delitos de traición y contra la paz o independencia del Estado (arts. 581 a 597 C.P.).
- b) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente (arts. 485 a 491 C.P.).
- c) Delitos de rebeldía y sedición (arts. 472 a 484 y 544 a 549 C.P.).
- d) Delito de falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales (art. 389 C.P.).
- e) Delito de falsificación de moneda española y su expedición (arts. 386 a 388 C.P.).
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado (arts. 390 a 400 C.P.).
- g) Delito de atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles (arts. 555 a 556 C.P.).
- h) Los delitos perpetrados en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española (arts. 404 a 445 C.P.).

Por último, el sistema penal español es de los pocos en los que se da cabida, en términos muy generosos²², al principio de justicia universal, conforme al cual, bajo la premisa de la solidaridad

penales y administrativas, debido a su relevancia en el ámbito penal desde un primer momento el Tribunal Constitucional le ha reconocido de manera expresa autonomía y relevancia constitucional (Ss.T.C. 159/1985, de 27 de noviembre; 159/1987, de 26 de octubre; 154/1990, de 15 de octubre; y 204/1996, de 16 de diciembre). *Vid.* Torres Fernández (2000, p. 1547 y ss.); Torres Fernández (2003, p. 1513 y ss.); Pérez Manzano (2003, p. 1652 y ss.); Puerta Seguido (2003, p. 1 y ss.); Alarcón Sotomayor (2008); Carpio Briz (2010, p. 1 y ss.).

²² *Vid.* Vv.Aa. (2001, p. 1 y ss.), donde se analiza la regulación del principio de justicia universal en varios países europeos.

internacional y sin importar el lugar de comisión o la nacionalidad de los responsables, *permite llevar a cabo* injerencias en el espacio judicial de otros países soberanos con la finalidad de tutelar en y desde España un número reducido de bienes jurídicos que afectan y/o importan a la Comunidad Internacional²³, pero siempre y cuando su afección esté prevista en las normas penales españolas como delito. Por tanto, ha sido una decisión política la que ha permitido que en los últimos veinticinco años España esté a la vanguardia no sólo en la defensa de la «conciencia jurídica universal» (JAÉN VALLEJO, 2006, p. 85), protegiendo derechos, intereses y valores esenciales para la comunidad internacional, sino también en la reducción de *paraísos policiales y judiciales* por cuanto con su actuación tiene que suplir la incapacidad o la falta de voluntad de los Estados que tienen mayores vínculos de conexión con los delitos a los cuales el principio universal se extiende²⁴.

Este principio universal²⁵, cuya aplicación práctica ha sido muy controvertida al tener una legitimación *difusa* por la Comunidad Internacional, quien ampara que órganos judiciales de unos pocos países -como en España ha hecho la Audiencia Nacional- se hayan convertido en *justicieros* del orden internacional, actuando sin conocer fronteras con base en un teórico Derecho Penal mundial, en los últimos años ha empezado a ser reformulado al menos por tres tipos de argumentaciones:

- por las críticas y la presión internacional de muchos Estados²⁶, contrarios a ceder sin su consentimiento -expresado a través

²³ Como se señala en la S.T.C. 21/1997, de 10 de febrero, «el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional».

²⁴ Por tanto, queda ya muy lejos la previsión del principio de justicia universal pensado sólo con relación a delitos cometidos en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado como sucedió, como recuerda Berdugo Gómez de la Torre (2003, p. 13), con la tutela de los cables de comunicación submarinos.

²⁵ Sobre el mismo *vid.* García Arán (2000, p. 63 y ss.); Vv.Aa. (2001); Górriz Royo (2002-2003, p. 187 y ss.); Blanco Cordero (2004, p. 1634 y ss.); Sánchez Legido (2004); Muñoz Clares (2006); Ollé Sesé (2008); Pigrau Solé (2009); González Vega (2010, p. 119 y ss.); TamaritSumalla (2010, p. 193 y ss.); Zapalá (2010, p. 123 y ss.); Pardo Gato (2011a); Werle (2011, p. 133 y ss.).

²⁶ *Vid.* Pigrau Solé (2009, p. 62), quien destaca como en la modificación de la

de un tratado o acuerdo internacional²⁷, conforme a los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados²⁸- parte de su soberanía, por mucho que los bienes jurídicos afectados sean de la máxima relevancia²⁹;

- por la gran cantidad de personal y recursos técnicos que los países más activos con este principio tienen que emplear para enjuiciar los crímenes de Derecho Internacional que se les planteen, en un contexto generalizado de crisis de la Administración de

legislación belga en materia de jurisdicción universal mucho tuvo que ver la presión de Estados como Israel, Irán, República Democrática del Congo, Vaticano o Estados Unidos, quien incluso a consecuencia de un procedimiento llevado a cabo contra George W. Bush, Colin Powell, Richard Cheney y Norman Schwarzkopf amenazó a Bélgica con cambiar la sede de la OTAN.

²⁷ Así es como se hace no sólo con determinadas materias, como veremos, sino también con relación al establecimiento, funcionamiento y operatividad de órganos jurisdiccionales internacionales como el Tribunal Penal Internacional. En ese sentido, Bacigalupo Zapater ha señalado como la «defensa universal no tiene necesariamente una única forma de realización y es evidente que, entre dejar librada la cuestión a las decisiones individuales de cada Estado y la respuesta ordenada y centralizada de un Tribunal internacional, la comunidad internacional prefiere esta última solución frente al principio universal» (BACIGALUPO ZAPATER, 2001, p. 261). Más ampliamente *vid.* BujosaVadell (2008); Olásolo Alonso (2011, p. 311 y ss.).

²⁸ Así se expresan el art. 4 de las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2001 (C.N.U.D.O.T.) y contra la Corrupción de 2003 (C.N.U.C.), textos en los que además, para proteger el principio de soberanía:

a) en general, afirma el principio de que los Estados puedan intervenir en los asuntos internos de otros Estados; y

b) en particular:

- no faculta a que los Estados, amparándose en la Convención, puedan ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades;

- reafirma que el Derecho interno de los Estados es el que rige en la descripción de los delitos tipificados en la Convención, en los medios jurídicos de defensa aplicables, en los principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta, y en el enjuiciamiento y la sanción;

- aclara que también es de la incumbencia de los Estados determinar las sanciones apropiadas a cada uno de los delitos teniendo en cuenta su gravedad;

- establece que en las cuestiones relativas al embargo preventivo, la incautación y el decomiso todas las medidas previstas en las Convenciones se tienen que definir y aplicar de conformidad con el derecho interno de los Estados y con sujeción a éste.

²⁹ En este sentido podemos destacar las variadas e intensas protestas presentadas por parte de diversos Estados africanos quienes consideran que los países occidentales abusan de la jurisdicción universal, alegaciones que han sido recogidas en diversas resoluciones de la Asamblea de la Unión Africana, tal y como detalladamente recoge Pigrau Solé (2009, p. 139, nota 426).

Justicia³⁰ y de colapso de los órganos jurisdiccionales de todos los órdenes, incluidos los del penal; y

- también por la concurrencia de jurisdicciones que pudieran estar interesadas en conocer y resolver un determinado conflicto, quienes **pelearían** por él sin unas reglas claras, estables y comúnmente aceptadas para resolver los eventuales conflictos *positivos* de jurisdicción.

A finales de 2009 en España, **aprovechando**³¹ la tramitación parlamentaria de una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para dar entrada al nuevo modelo de Oficina Judicial³², el Congreso de los Diputados instó al Gobierno a promover con urgencia la reforma de la regulación de la jurisdicción universal penal³³, teniendo presente el carácter excepcional de este principio en materia de Derecho Internacional Penal (JAÉN VALLEJO, 2007, p. 25), con la finalidad doble de **clarificar y limitar su alcance**, utilizando como *cobertura* la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que sin embargo hasta la reforma ha distado de ser uniforme³⁴. Por tanto, en la actualidad, para que el principio de justicia

³⁰ A la cual se llega, como hace notar Pedraz Penalva (1992, p. 17), por una «sobreinstrumentalización orientada a hacer frente a objetivos de una inconcebible diversidad».

³¹ Técnica legislativa bastante común y reiterada -al menos en materia procesal- en los últimos tiempos, cuya última manifestación la tenemos en la reciente Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que se ha **aprovechado** para remendar el **olvido** del legislador penal al no diseñar en la reforma de 2010 un estatuto procesal para las personas jurídicas acorde con la fijación material de su responsabilidad penal. Sobre la misma *vid.* Rodríguez García (2011, p. 1 y ss.).

³² Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³³ Con relación a ella *vid.* Chinchón Álvarez (2009, p. 1 y ss.); Ollé Sesé (2009, p. 17 y ss.); Andrés Domínguez (2010, p. 11 y ss.); deLlera Suárez-Bárcena (2010, p. 115 y ss.); Chalamish (2010, p. 69 y ss.); Pardo Gato (2011b, p. 1 y ss.).

³⁴ Valga de muestra la conocida sentencia del Tribunal Constitucional sobre hechos denunciados y calificados como genocidio, terrorismo y torturas, cometidos en Guatemala a partir de 1960, en el que el Tribunal Constitucional deja sin efecto una sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 al considerar que exigir criterios de conexión -personales o reales- con el territorio nacional para atribuir competencia penal a la jurisdicción española -tal y como hace el Tribunal Supremo- vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, previsto en el art. 24.1 C.E., lo que restringe

universal pueda permitir que órganos jurisdiccionales españoles puedan actuar y aplicar la legalidad penal extraterritorialmente es necesario, a falta de tratados o convenios internacionales suscritos por España y que sirvan para legitimar su actuación, superar una serie de filtros sucesivos:

- a) Que los presuntos hechos delictivos puedan ser reconducidos a alguno de los siguientes delitos, cuyo catálogo se ha actualizado:
- Genocidio y crímenes de lesa humanidad (arts. 607 y 607 bis C.P.).
 - Terrorismo (arts. 512.2, 516, 519 a 521 y 571 a 580 C.P.).
 - Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
 - Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces (arts. 187 a 194 C.P.).
 - Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes (arts. 368 a 378 C.P.).
 - Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores (art. 318 bis C.P.).
 - Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España (art. 149 C.P.).
 - Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

radicalmente el principio de jurisdicción universal. En concreto, rechaza la postura del Tribunal Supremo porque «[...] desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución [...]. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha quedado menoscabado en el presente caso porque una interpretación acorde con el telos del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio *pro actione*, y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Por tanto la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental» (S.T.C. 237/2005, de 26 de septiembre). Con más amplitud *vid.* AlcácerGuirao (2009, p. 465 y ss.).

b) Que, en general, exista algún vínculo de conexión relevante con España, lo que al menos acontece, como se precisa en el art. 24.4.II L.O.P.J., en dos situaciones: cuando los presuntos responsables se encuentran en España³⁵, o cuando existan víctimas de nacionalidad española.

c) Que en otro país competente, o en el seno de un Tribunal Internacional, no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. A esta **litispendencia** internacional, delimitada por conceptos deliberadamente imprecisos y abiertos, se le añade una situación de inhibición temporal por aplicación del principio de **subsidiariedad**: el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país -competente- o por el Tribunal Internacional.

Queda constatado como por razones económicas, y de economía procesal y de oportunidad política³⁶, a las cuales se les ha dado el debido barniz jurídico -interno e internacional-, España ha aplacado, al menos parcialmente, sus intenciones de aplicar

³⁵ Sólo se permite, por tanto, la posible iniciación de un proceso penal en España con relación a una persona que no sólo **se encuentre** en España sino que acuda al llamado de la Justicia de manera voluntaria o coactiva, siempre que las actuaciones conducentes a ello sucedan en territorio nacional; o dicho de otra forma, que no cabe activar la actuación judicial española con relación a un sujeto que se coloca fuera del alcance de la acción de las autoridades españolas, por mucho que pueda estar localizado y pudiera ser detenido y entregado por vía de extradición o de orden europea de detención y entrega, incluso con base en el principio *aut dedere aut iudicare*.

³⁶ Sólo así se puede explicar puesto que sólo dos años antes las razones que se esgrimían en la defensa de la justicia universal y el rol que en su promoción y protección asume España eran las contrarias, como fácilmente se puede constatar en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas: «[...] España, sin duda, debe adoptar las medidas legislativas al respecto a fin de enjuiciar este tipo de delitos, pues resulta ciertamente difícil dar el necesario trato digno a los inmigrantes y proteger plenamente sus derechos humanos, a la vista del inabarcable flujo migratorio en nuestro país. Flujo que proviene, en gran medida, del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de inmigrantes, que día a día ponen en peligro su vida y su seguridad».

extraterritorialmente la legalidad penal en otros Estados, **contribuyendo**, mal que pese, a una proliferación de más casos de **conflictos negativos** de jurisdicción, lo que en última instancia se traduce en la existencia a nivel general de mayores niveles de impunidad en los crímenes internacionales.

En conclusión, se debe destacar que las limitaciones del principio de territorialidad como criterio exclusivo y excluyente para fijar la jurisdicción penal ante conflictos con elementos extranjeros han tratado de ser superadas buscando la complementariedad de los principios de personalidad, protección y universalidad; no obstante, por su carácter genérico -tanto en la teoría como en la práctica- van a generar conflictos de jurisdicción, máxime en una comunidad internacional más globalizada en la que la eliminación de barreras y controles para favorecer los flujos comerciales, financieros, laborales... ha generado un campo abonado para la actuación transfronteriza de los delincuentes, lo que limita la capacidad y eficacia de las acciones policiales y judiciales exclusivamente nacionales, en especial cuando los infractores actúan de manera organizada³⁷, deviniendo ambos elementos -organización y transnacionalidad- en obstáculos y complicaciones para la tipificación de las conductas y la aplicación de la ley en cada uno de los ordenamientos jurídicos. Se hace necesario, pues, un adecuado equilibrio entre movilidad, privacidad y seguridad.

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN MATERIA PENAL: APROXIMACIÓN A LAS VÍAS PARA SU PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN

Dejando a un lado la forma y contenido en la que, en palabras de Carnelutti, un determinado país lleva a cabo una derogación voluntaria de la función procesal nacional (CARNELUTTI, 1989, p. 106), la realidad criminológica nos enseña cómo algunas de las **nuevas** formas de delincuencia, como pueden ser al menos³⁸ el narcotráfico, el

³⁷ Vid. Rodríguez García (2002, p. 37 y ss.); Terradillos Basoco (2009, p. 1 y ss.); Cassese (2010, p. 53 y ss.); Sørensen (2010, p. 82 y ss.).

³⁸ En este sentido nos parece totalmente adecuado, por completo y abierto, el

crimen organizado, el terrorismo, el lavado de activos o la corrupción, destacan no sólo por los efectos económicos, políticos y sociales que generan sino también por los jurídicos, colocando a los Estados de Derecho en una situación de máxima tensión y de revisión de sus políticas internas y externas de prevención y persecución a consecuencia de su carácter técnico y especializado, de su profesionalización y actuación concertada -son verdaderas **empresas del delito**-, de una operativa orientada en muchas ocasiones a la consecución final de un resultado económico u otro beneficio de orden material³⁹, de su permanente análisis coste/beneficio lo que les lleva a **invertir** en seguridad -adquiriendo plena fuerza la expresión **captura del Estado**-, e incluso, por el hecho de poderse ubicar criminológicamente algunas de las conductas en la categoría de «delitos sin víctima», lo que deriva en importantes implicaciones de orden procesal⁴⁰: acceso a los Tribunales, ejercicio del derecho de defensa, rol del Ministerio Público y de la Policía, ejercicio de acciones públicas, medidas cautelares personales y reales, utilización de procedimientos

planteamiento seguido en la Unión Europea, quien en el momento de delimitar el ámbito material de aplicación de las disposiciones de la cooperación judicial en materia penal utiliza tres criterios en el art. 83.1 T.F.U.E.:

- en primer lugar, elige como pautas generales para la determinación de los ámbitos delictivos la «especial gravedad» y la «dimensión transfronteriza»;
- después, de manera ejemplificativa, elige algunos de ellos -el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada-, debiendo destacarse que algunos -como la corrupción y el crimen organizado- no son más que conceptos simbólicos que en sí acogen a multitud de conductas delictivas, algunas de ellas identificadas expresamente en el mismo listado;
- por último, abre la vía a la ampliación del listado al señalar que «teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado...».

³⁹ Por este motivo la Unión Europea está empeñada en garantizar que «el delito no resulte provechoso», como se puede constatar en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 20 de noviembre de 2008 -COM(2008) 766 final-, siendo un paso decisivo para atajar las actividades de la delincuencia organizada, que se retroalimenta e incrementa su capacidad de actuación aprovechándose de los productos generados por sus actividades delictivas.

⁴⁰ Sobre esta cuestión *vid.* la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 «sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales» (2009/C 295/01).

alternativos al ordinario, uso del principio de oportunidad, problemas de prueba, protección y reparación de las víctimas, etc.

El listado de obstáculos a la prevención y persecución efectiva de estos delitos se ve incrementado cuando, aprovechándose de la utilización de las nuevas tecnologías⁴¹ y de la laxitud de los controles, actúan no sólo de manera *organizada*⁴², sino también *transfronteriza*⁴³. Así, es común hablar de las asimetrías de los ordenamientos jurídicos, incluso -inexplicablemente- entre aquellos que tienen como base las mismas tradiciones jurídicas⁴⁴; la desconfianza mutua entre los Estados y la protección a ultranza de su soberanía⁴⁵, que de esta manera actúa como un claro límite para la integración (*vid.* BÖSE, 2010, p. 2 y ss.); el funcionamiento de las instituciones y vías de cooperación judicial penal internacional más *personal* que *institucional*; etc.

Ante esta situación descrita, la aplicación de las normas nacionales de cada uno de los países implicados territorial, subjetiva y objetivamente por los hechos sobre competencia judicial penal internacional tiene que ser coherente -con los principios, valores y acciones

⁴¹ *Vid.* Cárdenas Aravena (2008, p. 1 y ss.); Velasco Núñez (2010, p. 58 y ss.).

⁴² En este punto, además de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2001, en el ámbito europeo es referencia obligada la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 21 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DO L 300 de 11 de noviembre de 2008, p. 42 y ss.).

⁴³ Aunque el art. 83.1.I in fine T.F.U.E. otorga el rasgo de transfronterizo en función «del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes», de manera más completa y precisa en el art. 3.2. C.N.U.D.O.T. se entiende que tienen carácter transnacional los delitos que se comentan en alguna de las cuatro situaciones descritas:

- a) en más de un Estado;
- b) dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- c) dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
- d) en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

⁴⁴ Las cuales, como se reconoce explícitamente en el art. 82.2.I in fine T.F.U.E., tiene que ser respetadas cuando el Parlamento Europeo y el Consejo establezcan normas mínimas para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza.

⁴⁵ *Vid.* Rodríguez García (2004, p. 241 y ss.); de Faria Costa (2010); SØRENSEN (2010, p. 129 y ss.).

de tutela que en las constituciones recogen- y equilibrada -con los derechos y garantías de las partes afectadas⁴⁶-, si bien a la postre puede derivar en que más de uno se crea competente para conocerlos, lo que aboca a tener que tomar una decisión que no lesione el principio de *non bis in idem*⁴⁷: o bien dividir los hechos para que cada país enjuicie aquellos que se han producido en su territorio, o bien concentrar en un solo Estado el conocimiento de todos los hechos para que sean debidamente juzgados. Siendo posible ambas opciones⁴⁸, y requiriendo las dos un importante nivel de cooperación internacional para llevar a cabo una adecuada **cirugía fáctica**, no cabe duda que la segunda es la más deseable y por la que, al menos

⁴⁶ Como recuerda el Tribunal Constitucional, al atribuirse el conocimiento de los asuntos internacionales cada país debería tomar en consideración «[...] no sólo el derecho de las partes acusadoras a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, sino también, los derechos de las otras partes del proceso y particularmente la interdicción constitucional de no ser sometido a un proceso penal por los mismos hechos en más de una ocasión» (A.T.C. 85/2003, de 14 de marzo).

⁴⁷ Las consecuencias que se derivan de su infracción son resumidas en el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales de 23 de diciembre de 2005, presentado por la Comisión: «Los procesamientos múltiples son perjudiciales para los derechos e intereses de las personas y pueden producir una duplicación de tareas. Los demandados, las víctimas y los testigos pueden ser citados para comparecer en vistas celebradas en diferentes países. Los procedimientos paralelos suponen, en particular, la multiplicación de restricciones sobre sus derechos e intereses como, por ejemplo, el de libre circulación. También producen más desgaste psicológico y aumentan los costes y la complejidad de la representación legal. En el espacio de libertad, seguridad y justicia desarrollado, es conveniente evitar, siempre que sea posible, estos efectos perjudiciales, limitando los casos de procesamientos múltiples por un mismo asunto».

⁴⁸ Nuestro Tribunal Constitucional, en un asunto de tráfico de estupefacientes que implicaba a varios países, ratificó esta idea y avaló que la misma no lesiona el principio de *non bis in idem*: «...La aplicación del principio de territorialidad lleva a que cada Estado pueda penar la actividad delictiva realizada en su territorio; de forma tal, que si la actividad pensada por el sujeto autor del delito se descompone en distintos actos que se realizan en diversos Estados, cada uno de ellos podrá juzgar y castigar los actos ejecutados en su ámbito territorial, si están tipificados penalmente, con arreglo a las normas sobre competencia y procedimiento allí aplicables. No es ésta, desde luego, la única solución pensable, pero su aplicación no es contraria al principio *non bis in idem* reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cuya inclusión implícita entre los derechos fundamentales ha sido también reconocida por el Tribunal, pues cada Estado juzga sólo la actividad delictiva realizada en su territorio» (A.T.C. 90/1985, de 6 de febrero).

en espacios geográficos integrados, se viene apostando desde hace años tratando de alcanzar normas de mínimos que prevengan y ayuden a solucionar eventuales conflictos de jurisdicción con base en el principio de la confianza mutua.

En la Sección IV de las Resoluciones del XXII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en septiembre de 2004 en Beijing (China)⁴⁹, se dejó claramente expuesto el triple escenario de la concurrencia de competencias nacionales e internacionales:

a) **Concurrencia vertical-supranacional**, entre tribunales nacionales e inter(supra)nacionales, que para resolverse necesita de una regulación específica;

b) **Concurrencia horizontal-inter(supra)nacional**, entre tribunales penales internacionales del mismo ámbito, o de ámbitos contrapuestos, para cuya solución deberían establecerse procedimientos para garantizar la persecución por parte de aquella jurisdicción que mejor asegure una adecuada administración de justicia plasmada en procedimientos justos y eficientes;

c) **Concurrencia horizontal transnacional**, entre jurisdicciones nacionales, la cual crea un riesgo de persecuciones múltiples por los mismos hechos, puede ser perjudicial para los derechos humanos de los afectados, puede producir como resultado la no identificación en su integridad de crímenes internacionales, y puede tener un impacto negativo para la soberanía e intereses legítimos para los Estados implicados. Siendo así, se hace necesario desarrollar mecanismos preventivos para evitar los problemas derivados de la concurrencia de jurisdicciones nacionales y de la práctica del **forum shopping** por parte de las autoridades de la acusación o por la defensa, tratándose de beneficiar con ello de las asimetrías de los sistemas jurídico-penales y de los diferentes niveles de coordinación, colaboración y cooperación de las autoridades policiales, fiscales y judiciales nacionales.

Dejando a un lado los dos primeros grupos de concurrencias⁵⁰,

⁴⁹ *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 75, n. 3-4, 2004, p. 823 y ss. En términos bastante similares ya había estudiado estas concurrencias de la Cuesta Arzamendi (2002/2003, p. 737 y ss.).

⁵⁰ Con relación a los mismos *vid.* Górriz Royo y González Cussac (2002, p. 219

y con el habitual carácter pionero en el diseño y aplicación de la política criminal europea de los últimos años, en especial referida a los delitos más graves, el Consejo de Europa, por medio del Convenio sobre la transmisión de procedimientos en materia penal de 15 de mayo de 1972⁵¹:

a) posibilita que entre los Estados contratantes uno pueda pedir a otro que instruya en su lugar un procedimiento contra una persona sospechosa⁵², y para evitar problemas de competencia o el rechazo de la solicitud de auxilio por este motivo, y dar cumplimiento al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, se dispone que a los efectos de la aplicación del presente Convenio todo Estado contratante tendrá competencia para perseguir con arreglo a su propia legislación penal cualquier infracción a la que sea aplicable la legislación penal de otro Estado contratante, lo cual sólo podrá ejercerse cuando otro Estado contratante presente una solicitud de instrucción de procedimiento⁵³;

y ss.); Conway (2003, p. 351 y ss.); Díaz Pita (2002/2003, p. 873 y ss.); Díaz Pita (2004a, p. 195 y ss.); Díaz Pita (2004b, p. 175 y ss.); Rodríguez Yagüe (2007a, p. 1 y ss.); Rodríguez Yagüe (2007b, p. 27 y ss.); Arroyo Zapatero y Nieto Martín (2007); Bujosa Vadell (2008, p. 343 y ss.); Franceschetti (2010, p. 161 y ss.).

⁵¹ Ratificado por España el 24 de junio de 1988 (B.O.E. núm. 270, de 10 de noviembre de 1988).

⁵² Ello sólo es posible en uno o varios de los siguientes casos (art. 8):

- a) Si el sospechoso tiene su residencia habitual en el Estado requerido.
- b) Si el sospechoso es nacional del Estado requerido o si este último Estado es su Estado de origen.
- c) Si el sospechoso está cumpliendo o va a cumplir en el Estado requerido una sanción que implique la privación de libertad.
- d) Si contra el sospechoso se ha instruido ya en el Estado requerido un procedimiento por la misma infracción o por otras infracciones.
- e) Si considera que la transmisión está justificada para facilitar el descubrimiento de la verdad y en particular si los elementos de prueba más importantes se hayan en el Estado requerido.

f) Si considera que la ejecución en el Estado requerido de una posible condena es probable que mejore las posibilidades de readaptación social del condenado.

⁵³ A esta previsión del art. 2 añade el art. 21 que el Estado requirente, una vez que haya presentado la solicitud de instrucción de procedimiento, no podrá perseguir al sospechoso por el mismo hecho que haya motivado dicha solicitud, ni ejecutar contra el sospechoso una decisión que fuera adoptada anteriormente por ese hecho; no obstante, hasta que se reciba la decisión del Estado requerido sobre la solicitud de instrucción de procedimiento, el Estado requirente conservará su derecho a efectuar todas las actuaciones procesales, con excepción de aquellas cuyo efecto sea someter el caso ante un órgano judicial para que dicte sentencia o eventualmente ante la autoridad administrativa para que adopte una decisión.

b) regula el principio de *non bis in idem*⁵⁴, según el cual una persona contra la que se haya pronunciado sentencia penal firme y ejecutoria no podrá ser perseguida ni condenada, ni quedar sometida a la ejecución de una sanción en otro Estado Contratante en tres casos: si hubiera sido absuelta; si la sanción impuesta hubiera sido cumplida por completo o estuviese en curso de ejecución, si se hubiese beneficiado de un indulto o una amnistía que se aplique a la totalidad de la sanción o a la parte no ejecutada de la sanción, o si no fuese ya ejecutable por haber prescrito; o cuando el órgano judicial le hubiese declarado culpable de la infracción, pero sin imponerle ninguna sanción. No obstante, un Estado Contratante no estará obligado, salvo si ha sido ese Estado el que ha solicitado la instrucción del procedimiento, a reconocer el efecto de *ne bis in idem* si el hecho que haya dado lugar a la sentencia hubiese sido cometido contra una persona, una institución o una propiedad con carácter público o si la persona contra la que se pronunció la sentencia tenía carácter público en ese Estado. En caso de que se instruyese un nuevo procedimiento contra una persona juzgada ya por el mismo hecho en otro Estado Contratante, todo período de privación de libertad cumplido en ejecución de la sentencia deberá deducirse de la sanción que se imponga⁵⁵.

Desde años después en la Unión Europea se viene trabajando en desarrollar un Derecho penal -y procesal penal- **con efectos transnacionales** (SIEBER, 2010, p. 156), siendo una de las principales ocupaciones de su política legislativa la materia de los conflictos de jurisdicción penal, bien directamente o bien indirectamente al regular el principio del *non bis in idem*⁵⁶ como elemento

⁵⁴ Con carácter previo, los arts. 53 a 55 del Convenio Europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970, ratificado por España el 9 de agosto de 1994 (B.O.E. núm. 78, de 30 de marzo de 1996), ya lo habían hecho dentro del Título III dedicado a los efectos internacionales de las sentencias penales europeas, en el marco de una política penal común que tenga como fin la protección de la sociedad para lo cual es necesario que los miembros del Consejo de Europa tengan una unión más estrecha y que en la lucha contra la delincuencia, que cada vez tiene mayor carácter internacional, los Estados empleen medios modernos y eficaces a escala internacional.

⁵⁵ Y como es habitual, estas disposiciones de los arts. 35 y 36 no excluirán la aplicación de disposiciones nacionales de alcance más amplio en cuanto al efecto *ne bis in idem* inherente a las decisiones judiciales pronunciadas en el extranjero.

⁵⁶ El cual, en los últimos tiempos, se ha convertido en una causa habitual de denegación de una petición de cooperación jurídica internacional. Así sucede,

determinante para alcanzar importantes niveles de seguridad jurídica en el ámbito de la Unión y para mejorar la vigencia del principio de reconocimiento mutuo de sentencias penales⁵⁷, bien de manera general o bien de manera específica al tratar de proteger, fundamentalmente, los intereses financieros comunitarios⁵⁸, pudiendo traer a colación, como hitos más destacados, los siguientes.

El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles de las

por ejemplo, cuando se recoge como segundo motivo para no ejecutar obligatoriamente la orden de detención europea (art. 3.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002): la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución denegará la ejecución de la orden de detención europea... cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no puede ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena. Más ampliamente *vid.* van der Wilt (2005, p. 99 y ss.); deHoyos Sancho (2005, p. 1651 y ss.); Bellido Penadés (2008, p. 257 y ss.); Cuerda Riezu (2009, p. 551 y ss.).

⁵⁷ *Vid.* Astarita (2004, p. 1155 y ss.); Dannecker (2004, p. 157 y ss.); Vervaele (2005, p. 287 y ss.); Vervaele (2008, p. 80 y ss.); Vervaele (2009, p. 593 y ss.); Weyembergh (2004, p. 337 y ss.); Blanco Cordero (2005, p. 1972 y ss.); Aguilera Morales (2006, p. 479 y ss.); Wasmeier y Thwaites (2006, p. 565 y ss.); Cordí (2007, p. 761 y ss.); de la Oliva Santos (2007, p. 679 y ss.); Piattoli (2007, p. 2642 y ss.); Medina de Seíça (2009, p. 935 y ss.); Mendoza Calderón (2011, p. 1 y ss).

⁵⁸ Hay que recordar como el fracasado *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros comunitarios, en su art. 26 se establece:

- que las infracciones que son objeto de tratamiento jurídico en el *Corpus Iuris* -fraude al presupuesto comunitario, fraude de concursos y subastas públicas, corrupción, ejercicio abusivo del cargo, malversación, revelación de secretos oficiales, blanqueo y receptación y asociación ilícita- serán juzgadas por las jurisdicciones nacionales, independientes e imparciales, designadas por cada Estado según las reglas de competencia *ratione materiae* del Derecho interno y con sede en el lugar donde se encuentre establecido el Fiscal Europeo Delegado;
- que cada asunto será juzgado en el Estado Miembro cuya jurisdicción parezca la más apropiada en el interés de una buena administración de justicia;
- que los eventuales conflictos de jurisdicción se resolverán según las reglas del art. 28, que da un rol fundamental al Tribunal de Justicia de las Comunidades; y
- que los principales criterios de elección son los siguientes: el Estado donde se encuentre la mayor parte de la prueba; el Estado de residencia o de nacionalidad del acusado (o de los principales acusados); o el Estado donde el impacto económico de la infracción sea más importante.

fronteras comunes, cuyo Capítulo III del Título III («Policía y Seguridad») está dedicado a la «Aplicación del principio *non bis in idem*». La regla general, de mínimos para los Estados⁵⁹, de la que hay que partir⁶⁰, según el art. 54, es que una vez que una persona haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena⁶¹. Ahora bien, si como señala el art. 56 un Estado entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiere sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otro Estado contratante, de la sanción que, en su caso, se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de este último país por tales hechos. También se tendrán en cuenta en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieren aplicado⁶².

⁵⁹ El art. 58 dispone que estas normas no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto *non bis in idem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.

⁶⁰ Frente a la misma se posibilita que los Estados, en el momento de la ratificación del Convenio, declaren que no están vinculados por este art. 54 en uno o varios de los siguientes casos:

a) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en ese último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia.

b) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante.

c) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

⁶¹ Con relación a esta cuestión *vid.* Donaire Villa (2003, p. 571 y ss.); Santos Vara (2003, p. 1 y ss.); Jimeno Fernández (2006, p. 1789 y ss.).

⁶² También para estos casos de procesos penales sucesivos, esto es, cuando se acusa a una persona de una infracción por unos mismos hechos por los que ya fue juzgada en sentencia firme por otra parte contratante, el art. 57 indica que las autoridades del Estado que quiere juzgar solicitarán, si lo estiman necesario, las informaciones pertinentes a las autoridades competentes del otro Estado en cuyo territorio ya se hubiese dictado una resolución judicial. Estas informaciones se remitirán cuanto antes y serán tenidas en cuenta para el curso que deba darse al procedimiento entablado. Para favorecer la realización de

El 2 de octubre de 1997, cuando con el Tratado de Ámsterdam se modificó el texto y la numeración de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea, estableciendo la versión consolidada de los mismos, en el art. 31.1.d) T.U.E. ya se fijó que la acción común sobre cooperación judicial en materia penal tiene que incluir la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros⁶³.

En el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de 3 de diciembre de 1998⁶⁴, dentro del catálogo de medidas a adoptar en los cinco años siguientes a la entrada en vigor del Tratado en materia de cooperación judicial penal se consideraba clave, por un lado, prevenir los conflictos de jurisdicción entre los Estados, creando, por ejemplo, un registro en el que se consignaran los diferentes procesos penales seguidos contra las mismas personas por los mismos hechos en distintos Estados, y por otro, estableciendo medidas de coordinación de las investigaciones penales y las diligencias que están en curso en los Estados miembros, para así evitar duplicaciones y resoluciones contradictorias, teniendo en cuenta una mejor utilización del principio *ne bis in idem*.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, en su art. 50, dentro del Capítulo VI, dedicado a la Justicia, establece que nadie puede ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley⁶⁵.

El Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, mantuvo la necesidad de arbitrar mecanismos de prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros.

El 26 de abril de 2003 se publicó⁶⁶ la iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión Marco del

estas actuaciones los Estados, en el momento de ratificar, aceptar o aprobar el Convenio, tendrán que designar a las autoridades que estarán autorizadas para solicitar y recibir las informaciones señaladas en este artículo.

⁶³ Sobre el mismo *vid.* Bacigalupo Zapater (2002, p. 1 y ss.).

⁶⁴ DO C 19 de 23 de enero de 1999, p. 2 y ss.

⁶⁵ *Vid.* monográficamente López Escudero (2008, p. 791 y ss.).

⁶⁶ DO C 100 de 26 de abril de 2003, p. 24 y ss.

Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, con la finalidad de superar las limitaciones provenientes del principio debido a su reconocimiento exclusivamente a nivel nacional; por tanto, tratando de proporcionar a los Estados miembros normas jurídicas comunes relativas al principio de *ne bis in idem* con el objeto de garantizar la uniformidad tanto en la interpretación de dichas normas como en su aplicación práctica, haciendo una declaración expresa de lo que debía entenderse a nivel supranacional por litispendencia, así como los efectos derivados del mismo⁶⁷. Este intento de regulación uniforme del *ne bis in idem*, con base en los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, no cuajó básicamente porque no hubo consenso en establecer sí y hasta dónde prever un régimen de excepciones -más o menos amplio- a la aplicación de la Decisión Marco⁶⁸.

⁶⁷ Según el art. 3 si, mientras sigue pendiente de resolución un asunto en un Estado miembro, se lleva a cabo un enjuiciamiento penal respecto del mismo delito penal en otro Estado miembro, se aplicará el procedimiento siguiente:

a) Se dará preferencia al Estado miembro del juez que garantice mejor la administración correcta de la justicia, teniendo en cuenta los criterios siguientes:

- el Estado miembro en cuyo territorio se haya cometido el delito;
- el Estado miembro del que el autor del delito sea nacional o residente;
- el Estado miembro de origen de las víctimas;
- el Estado miembro en que haya sido encontrado el autor del delito.

b) Cuando varios Estados miembros tengan jurisdicción y dispongan de la posibilidad de llevar a cabo un enjuiciamiento penal respecto de un delito penal basado en los mismos acontecimientos reales, las autoridades competentes de cada uno de dichos Estados podrán, previa consulta teniendo en cuenta los criterios mencionados en la letra a), elegir el Estado miembro del juez al que deberá darse preferencia;

c) Cuando se dé preferencia a la jurisdicción de un Estado miembro, se suspenderán los procedimientos pendientes en los demás Estados miembros hasta que se dicte una sentencia definitiva en el Estado miembro cuya jurisdicción se haya preferido. Cuando se suspendan los procedimientos en un Estado miembro, las autoridades competentes de dichos Estados informarán inmediatamente al Estado miembro cuya jurisdicción se haya preferido. Si por cualquier razón no se dictare ninguna sentencia definitiva en el Estado miembro cuya jurisdicción se haya preferido, las autoridades competentes de este último informarán inmediatamente a las autoridades competentes del primer Estado miembro que haya suspendido los procedimientos.

⁶⁸ El art. 4 propuesto señalaba que todo Estado miembro podrá efectuar una declaración por la que informe a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión que no estará vinculado por lo dispuesto en los supuestos del artículo 2 en caso de que los actos a que se refiera la resolución judicial extranjera constituyan delitos contra la seguridad o contra otros intereses esenciales de dicho Estado miembro, o hayan sido cometidos por un funcionario de ese Estado miembro contraviniendo sus obligaciones oficiales. El Estado miembro que

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004, en el art. III-270.1.b), partiendo del principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y de la aproximación legislativa entre los Estados miembros como bases de la cooperación judicial en materia penal de la Unión, amplía el compromiso hacia el tratamiento jurídico de los conflictos de jurisdicción: además de ser prevenidos, tienen que ser resueltos.

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2005, titulada «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia»⁶⁹, dentro del objetivo de garantizar un espacio europeo eficaz de justicia para todos, en lo que respecta a la justicia penal se entiende que la aproximación y el establecimiento de normas mínimas para varios aspectos de Derecho Procesal, entre ellos la práctica de la prueba, las sentencias en rebeldía o el *ne bis in idem*, son útiles para crear confianza mutua y desarrollar el reconocimiento mutuo; en particular, se considera que Eurojust debería considerarse el protagonista del desarrollo de la cooperación judicial europea en materia penal (TIRADO ROBLES, 2010, p. 1 y ss.). Por ello, sobre la base de la **aproximación** legislativa, se concluyó la necesidad de elaborar un Libro Verde sobre los conflictos jurisdiccionales y sobre el principio *non bis in idem*.

El 23 de diciembre de 2005 la Comisión presentó el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales⁷⁰, en el que a partir de 24 preguntas identifica los problemas que se plantean en el contexto legislativo del momento y propone distintas soluciones, tomando como punto de partida el deseo de erradicar la práctica injusta y arbitraria de dar preferencia al primer

efectúe la declaración mencionada precisará las categorías de delitos a las que se aplicará esta excepción. Los Estados miembros podrán revocar en todo momento una declaración de excepción, la cual se notificará a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión, y surtirá efecto el primer día del mes siguiente al de la notificación.

⁶⁹ COM(2005) 84 final.

⁷⁰ COM (2005) 696 final. Sobre el mismo *vid.* Panayides (2006, p. 113 y ss.); González Cano (2008, p. 1193 y ss.); Martín Diz (2008, p. 191 y ss.).

órgano jurisdiccional que pueda dictar una resolución definitiva -principio del **orden de llegada**-, que hasta ese momento era el único supuesto que podría frenar un segundo enjuiciamiento. Esto aboca a tener que despejar ciertas incertidumbres, de forma efectiva, integradora y respetuosa de las tradiciones jurídicas de cada uno de los países⁷¹: cuándo, cómo y por qué crear un mecanismo de elección de la jurisdicción, que actúe cuando se satisfagan qué presupuestos y requisitos, aplicándose qué criterios, siguiendo qué fases, trámites y formalidades para trasladar los varios procedimientos y concentrarlos en un solo país, con qué nivel de participación de las partes y de los órganos jurisdiccionales nacionales y, cuando fracase en su intento informal de prevenir el conflicto, cómo solucionarlo⁷².

⁷¹ *Vid.* en general Gabuardi (2009, p. 243 y ss.).

⁷² Más concretamente, son las trece primeras preguntas las que sirven para enfocar *los puntos calientes* en materia de conflictos de jurisdicción:

- 1) ¿Es necesaria una disposición de la Unión Europea que establezca que la legislación nacional permitirá suspender un procedimiento en razón de los procedimientos en curso en otros Estados miembros?
- 2) ¿Debe existir un deber de informar a otras jurisdicciones sobre los procesos en curso o previstos, cuando existan vínculos significativos con esas otras jurisdicciones? ¿Cómo debe intercambiarse la información sobre los procedimientos en curso, las resoluciones definitivas y otras resoluciones relacionadas?
- 3) ¿Debe existir el deber de debatir con los Estados miembros que tienen vínculos significativos con el asunto?
- 4) ¿Es necesario un modelo comunitario de acuerdo obligatorio entre las autoridades competentes?
- 5) ¿Debe existir un sistema de mediación/solución de controversias para los casos en que el debate directo no conduzca a un acuerdo? ¿Qué órgano parece ser el más adecuado para mediar en los conflictos de jurisdicción?
- 6) Aparte de la mediación/solución de controversias, ¿son necesarias otras etapas a largo plazo, como la decisión de un órgano a nivel de la Unión Europea?
- 7) ¿Qué tipo de mecanismo de control jurisdiccional o de recurso sería necesario y adecuado en materia de asignación de jurisdicciones?
- 8) ¿Se necesita una norma o un principio que exija la interrupción o terminación de los procedimientos paralelos en la Unión Europea? En caso afirmativo, ¿en qué fase del procedimiento se aplicaría?
- 9) ¿Se necesitan normas sobre la consulta o transferencia de procedimientos en relación con terceros países, especialmente con los que son miembros del Consejo de Europa? ¿Qué enfoque debería adoptarse al respecto?
- 10) El futuro instrumento sobre conflictos de jurisdicción ¿deberá incluir una lista de los criterios aplicables para elegir la jurisdicción?
- 11) Aparte de la territorialidad, ¿qué otros criterios se recogerían en esa lista? ¿Debe ser una lista exhaustiva?

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 2 de junio de 2006, titulada Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones⁷³, trata de promover una política penal coherente, siendo para ello necesario adoptar medidas destinadas a clarificar el reparto de competencias jurisdiccionales con el fin de prevenir conflictos de jurisdicción, y en su caso resolverlos.

El Tratado de Lisboa de 2007, y el resultante Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, mantiene en el art. 82.1.b) los textos anteriores: El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros.

Como se puede constatar, en todas estas referencias citadas la preocupación por los conflictos de jurisdicción ha sido una constante, y todo con el fin de incrementar la eficacia de la acción pública, garantizando a la vez la correcta administración de justicia, y completar así el amplio programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. Pero también el que nada, o poco, se haya hecho en todos esos años para fijar criterios y procedimientos para prevenir y reprimirlos. Los variados intentos de aproximación legislativa no han podido cuajar hasta el 30 de noviembre de 2009, que fue cuando se aprobó la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales⁷⁴.

El objetivo del que parte la Decisión es doble. Primero, evitar las situaciones en las cuales una misma persona sea objeto de procesos penales en distintos Estados miembros por los mismos hechos, lo que podría llevar a una resolución final de dichos

12) ¿Considera usted que es preciso que la lista también incluya factores que no deberían considerarse relevantes para la elección de la jurisdicción adecuada? En caso afirmativo ¿cuáles?

13) Es necesario, factible y adecuado fijar un orden de prioridad de los criterios para determinar la jurisdicción? En caso afirmativo, ¿cree usted que la territorialidad debería ser un criterio prioritario?

⁷³ COM (2004) 401 final.

⁷⁴ DO L 328 de 15 de diciembre de 2009.

procedimientos en dos o más Estados; esto es, prevenir directamente la litispendencia -existencia de dos o más procedimientos penales paralelos- para indirectamente⁷⁵ -prevenir y- evitar que se vulnere el principio *ne bis in idem*, que como hemos visto garantiza que no se puedan producir dos o más enjuiciamientos penales sucesivos. Y segundo, abrir espacios de consenso y de comunicación fluida y espontánea⁷⁶ entre los Estados con el fin de acordar una solución eficaz y así evitar las consecuencias adversas que se derivarían de la existencia de procedimientos paralelos y la consecuente pérdida de tiempo y de recursos a las autoridades competentes de que se trate. En principio, y de manera concreta, se apuesta porque la solución consista en concentrar los procesos penales en uno solo de los Estados, lo que presupone que los demás Estados implicados les trasladarán los procedimientos penales abiertos ante sus órganos jurisdiccionales; no obstante, no se descarta en que se pueda adoptar cualquier otra medida que permita una tramitación eficiente y razonable de dichos procedimientos, como puede ser trasladar el asunto a Eurojust cuando las autoridades competentes nacionales no lleguen a un consenso.

⁷⁵ De hecho, y a diferencia del Libro Verde de 2005, desaparece ya desde el título la alusión expresa al principio *non bis in idem*, con lo cual se infiere que hasta que se pueda producir la aprobación de una Decisión Marco en esta materia, como la fracasada iniciativa helénica de 2003, sigue rigiendo el art. 54 del Convenio de aplicación del Convenio Schengen y la interpretación que del mismo ha venido haciendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁷⁶ Así creemos que es, y debe de ser, con base en la confianza mutua y en la lealtad, solidaridad y compromisos de conjunto -expresos y tácitos- que se asumen por ser Estados miembros de la Unión Europea, por mucho que en la Decisión Marco se rotulen como *obligaciones* tres actuaciones consecutivas de los Estados que no les pueden ser exigidas compulsivamente y para las cuales no se prevén sanciones:

a) *Obligación de contacto* (art. 5): Cuando una autoridad competente de un Estado miembro tenga motivos razonables para creer que se está tramitando un proceso penal paralelo en otro Estado miembro, se pondrá en contacto con la autoridad competente de ese otro Estado para confirmar la existencia de dicho procedimiento paralelo. Si la autoridad de contacto no conoce la identidad de la autoridad competente con la que debe ponerse en contacto, hará las indagaciones necesarias, también recurriendo a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea, a fin de obtener los datos de dicha autoridad competente. Este procedimiento de contacto no se aplicará cuando ya se haya informado por otros medios a las autoridades competentes que estén tramitando procedimientos paralelos de la existencia de dicho procedimiento.

REFLEXIÓN FINAL

Todo Estado de Derecho, desde el principio de legalidad, tiene que reaccionar con **armas y bagajes** para prevenir y reprimir las conductas delictivas más graves, para impedir que los responsables de esos hechos hallen refugio en cualquier parte del planeta, para lo cual es esencial que se aumenten y estimulen las instituciones y procedimientos de cooperación en los planos nacional, regional e internacional. No obstante, ante el crecimiento en paralelo de la delincuencia transnacional y la jurisdicción extraterritorial, esta misma cooperación tiene que servir para prevenir, y resolver, también los eventuales conflictos -positivos y negativos- de jurisdicción que se planteen entre los Estados llamados a enjuiciar los hechos, dando

b) *Obligación de respuesta* (art. 6): La autoridad contactada responderá a la solicitud enviada en cualquier plazo razonable indicado por la autoridad de contacto o, si no se ha indicado un plazo, sin demora indebida, e informará a la autoridad de contacto de si se está tramitando un procedimiento paralelo en su Estado. Además, en los casos en los que la autoridad de contacto haya informado a la autoridad contactada de que el sospechoso o imputado se encuentra detenido o en prisión provisional, esta última autoridad tramitará la solicitud con carácter de urgente. Si la autoridad contactada no puede dar una respuesta en cualquier plazo fijado por la autoridad de contacto, informará de inmediato a la autoridad de contacto de los motivos de ello e indicará el plazo en el cual facilitará la información solicitada. Si la autoridad contactada no es la autoridad competente en su país, transmitirá sin demora indebida la solicitud de información a la autoridad competente e informará consecuentemente de ello a la autoridad de contacto.

c) *Obligación de entablar consultas directas* (art. 10): Cuando se confirme la existencia de procedimientos paralelos, las autoridades competentes de los Estados miembros de que se trate entablarán consultas directas a fin de llegar a un consenso sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar las consecuencias adversas derivadas de dichos procedimientos paralelos, que podrá, si procede, llevar a la concentración de los procesos penales en un Estado miembro. Mientras se desarrollen las consultas directas, las autoridades competentes de que se trate se informarán mutuamente de cualquier medida procesal importante que hayan adoptado en los procedimientos. En el curso de las conductas directas, las autoridades competentes implicadas en dichas consultas responderán, en la medida de lo razonablemente posible, a las solicitudes de información procedentes de otras autoridades competentes que estén implicadas en estas consultas. No obstante, cuando una autoridad competente solicite a otra autoridad competente información que pudiera perjudicar a los intereses fundamentales de la seguridad nacional o que pudiera poner en peligro la seguridad de las personas, no estará obligada a facilitar dicha información.

lugar a procedimientos paralelos y/o sucesivos que también lesionan derechos fundamentales. En Europa se llevan muchos años trabajando en esta dirección, pero, como indica Roxin (2005, p. 321 y ss.), el **legislador no lo puede todo**: a pesar de que los avances legislativos producidos en los últimos dos años son importantes, todavía queda mucho por hacer en los planos institucional, personal y práctico⁷⁷.

REFERENCIAS

AGUILERA MORALES, M. El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 20, p. 479-531, 2006.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

ALCÁCERGUIRAO, R. El principio de justicia universal en la jurisprudencia española reciente. Cuerda Riezu, A.; Jiménez García, F. [Editores.]. *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2009. p. 465-487.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C. La reforma del principio de jurisdicción universal. *Revista Penal*, n. 31, p. 11-42, 2010.

ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A. (Coords.). *El principio de ne bis in idem en el Derecho Penal Europeo e Internacional*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.

ASTARITA, S. *Ne bis in idem e archiviazione: tra rimedi sanzionatori e spirito europeo*. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, p. 1155-1172, 2004.

ATILIO FALCONE, R. Algunas notas sobre el objeto procesal penal

⁷⁷ Desde esta óptica operativa *vid.* Morán Martínez (2007).

y la prohibición del *ne bis in idem*. *Revista de Derecho Penal*, n. 16, p. 11-22, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, E. Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero. *Revista Española de Derecho Militar*, n. 77, p. 249-268, 2001.

_____. Los conflictos de jurisdicciones penales entre los Estados miembros de la Unión Europea (art. 31 TUE) (¿Hacia un derecho penal "interlocal" en la Unión Europea?). *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 539, p. 1-5, 2002.

BELLIDO PENADÉS, R. Cooperación judicial penal y *ne bis in idem* (de la extradición a la orden europea de detención y entrega). En: DE LA OLIVA SANTOS, A.; AGUILERA MORALES, M.; CUBILLO LÓPEZ, I. J. (Coords.). *La justicia y la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2008. p. 257-273.

BELTRÁN DE FELIPE, M., PUERTA SEGUIDO, F. Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el "*ne bis in idem*". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, p. 363-396, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. Prólogo. En: FABIÁN CAPARRÓS, E. A. *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 13-14.

BLANCO CORDERO, I. Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho Penal Internacional contemporáneo. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 2, p. 1634-1659, 2004.

_____. El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea [Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469/2003: Asunto Miraglia]. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, p. 1972-1987, 2005.

BÖSE, M. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa y su significado para la europeización del Derecho Penal. *Revista General de Derecho Penal*, n. 14, p. 1 -33, 2010.

BUJOSAVADELL, L. M. Extraterritorialidad y jurisdicción. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 303, p. 1-5, 1997.

_____. *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*. Barcelona: Atelier, 2008.

CAEIRO, P. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado*. O caso português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J. Conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem* internacional. ¿Desconfianza mutua entre Estados? *Revista del Poder Judicial*, n. 86, p. 117-166, 2007.

CÁRDENAS ARAVENA, C. M. El lugar de comisión de los denominados cibercrimitos. *Política Criminal*, n. 6, p. 1-14, 2008.

CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*. Volumen I. Trad. de S. Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1989.

CARO CORIA, D. C. El principio de "ne bis in idem" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: BUENOARÚS, F.; GUZMÁN DALBORA, J. L.; SERRANO MAÍLLO, A. (Coords.). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 655-683.

CARPIO BRIZ, D. Europeización y reconstitución *del non bis in idem* - efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 de febrero de 2009-. *Revista General de Derecho Penal*, n. 14, p. 1-20, 2010.

CASSESE, S. Globalización y Estado de Derecho. *El Derecho global, Justicia y democracia más allá del Estado*. Sevilla: Global LawPress, 2010. p. 53-80.

CHALAMISH, E. Jurisdicción universal y política mundial: el caso español. *Política Exterior*, n. 134, p. 69-78, 2010.

CHIAVARIO, M. Frammenti di riflessionesul contesto europeo della-codificazioneprocessualepenale, ieri e oggi. *Cassazione Penale*, n. 10, p. 3279-3289, 2011.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la "abrogación de facto" a la "derogación de iure". *Diario La Ley*, n. 7211, p. 1-8, 2009.

CONWAY, G. *Ne bis in idem* and the international criminal Tribunals. *Criminal Law Forum*, v. 14, n. 4, p. 351-383, 2003.

CORDÍ, L. Il principio del *ne bis in idem* nella dimensione internazionale: profil generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia. *L'Indice Penale*, v. 10, n. 2, p. 761-826, 2007.

CUERDA RIEZU, A. Los principios de legalidad, doble incriminación e igualdad en la orden europea de detención y entrega. En: CUERDA RIEZU, A.; JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Editores). *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2009. p. 541-566.

DANNECKER, G. La garantía del principio "ne bis in idem" en Europa. En: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coords.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. v. 1. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 157-176.

DE FARIA COSTA, J. *Direito Penal e globalização*. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DEHOYOS SANCHO, M. Eficacia transnacional del *non bis in idem* y denegación de la euroorden. *Diario La Ley*, n. 4, p. 1651-1661, 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 73, p. 737-769, 2002/2003.

DE LA OLIVA SANTOS, A. La regla "non bis in idem" en el derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas. *Revista de Derecho Procesal*, n. 1, p. 679-699, 2007.

DELLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. La reforma de la jurisdicción universal operada por la LO 1/2009. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 3, p. 115-130, 2010.

DÍAZ CANTÓN, F. La ilegitimidad de una tradicional excepción a la garantía *ne bis in idem* y otros problemas. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 6, n. extra 10, p. 19-52, 2000.

DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Non bis in idem*: Difusa garantía del orden jurídico penal tras los atentados del 11M. *Diario La Ley*, n. 7018, 2008.

DÍAZ PITA, M. M. Competencias criminales nacionales e internacionales y principio de *non bis in idem*. En: NIETO MARTÍN, A. (Coord.). *Estudios de Derecho Penal*. Ciudad Real: Universidad de Castilla-La Mancha, 2004a. p. 195-236.

_____. Concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los art. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 12, p. 175-184, 2004b.

_____. España. Informe sobre el principio *non bis in idem* y la concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales Penales españoles y los Tribunales Penales internacionales. *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 73, p. 873-899, 2002/2003.

DONAIRE VILLA, F. J. Transacción penal y principio *ne bis in idem* en el espacio de libertad, seguridad y justicia: La interpretación del

artículo de 54 del Convenio de Schengen. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 7, p. 571-594, 2003.

FRANCESCHETTI, G. "Ne bis in idem": garantía jaqueada por la instauración de la Corte Penal Internacional. En: BRAVO AGUILAR, N. T.; GARCÍA MURILLO, J. G. *Política criminal y globalización*. Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2010. p. 161-180.

GABUARDI, C. A. La cooperación judicial internacional: Retos y perspectivas desde una óptica compartista. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n. 3-4, p. 243-281, 2009.

GARCÍA ARÁN, M. El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español. García Arán, M.; López Garrido, D. [Coords.]. *Crimen internacional y jurisdicción universal*. El caso Pinochet. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p. 63-88.

GARCÍA TORRES, J. Consideraciones sobre el principio "ne bis in idem" en la doctrina constitucional. *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 1, p. 59-88, 1995.

GIMENO SENDRA, V. Los principios de legalidad y *non bis in idem* en la doctrina del Tribunal Constitucional. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, p. 1855-1861, 2007.

_____. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Madrid: Colex, 2007a.

GÓMEZ COLOMER, J. L., ESPARZA LEIBAR, I. *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional*. Parte General. 19. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

GONZÁLEZ CANO, M. I. Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales. En: MUÑOZ CONDE, F. (Editor). *Problemas actuales del Derecho penal y la criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. p. 1193-1220.

GONZÁLEZ GRANDA, P. *Extensión y límites de la jurisdicción española*. Análisis sistemático del art. 22 de la LOPJ. Barcelona, 1992.

GONZÁLEZ RUS, J. J. Cooperación internacional en la persecución y represión del delito. (¿Tiene futuro el principio de territorialidad?). En: POLITOFFLIFSCHITZ, S., SERRANO GÓMEZ, A., ZAFFARONI, E. R. (Editores). *El penalista liberal*. Controversias nacionales e internacionales eb derecho penal, procesal penal y criminología. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi. Buenos Aires, 2004. p. 647-676.

GONZÁLEZ VEGA, I. U. Breve diagnóstico de la jurisdicción penal universal en su respuesta a la impunidad de los crímenes internacionales. *Jueces para la Democracia*, n. 67, p. 119-131, 2010.

GÓRRIZ ROYO, E. Sentido y alcance del "*Ne bis in idem*" respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (En especial la STC 2/2003, 16 de enero). *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 24, p. 187-271, 2002/2003.

GÓRRIZ ROYO, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. "*Ne bis in idem*" y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: CARDONA LLORENS, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.). *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 219-274.

GUISASOLA LERMA, C. La identidad de sujeto sancionado como presupuesto del derecho al "*ne bis in idem*". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 10, p. 215-243, 2003.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.; BUSTOS RAMÍREZ, J. J. Principio de legalidad y "ne bis in idem". En: CARBONELL MATEU, J. C. (Coord.). *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 163-170.

JAÉN VALLEJO, M. *Aplicación extraterritorial del Derecho Penal: ¿Jurisdicción universal?* Buenos Aires: Fabián J. di Plácido Editor, 2007.

_____. *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional*. Barcelona: Atelier, 2006.

_____. Principio constitucional "ne bis in idem": A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 584, p. 1-5, 2003.

JIMENO FERNÁNDEZ, F. Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de aplicación de Schengen. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, p. 1789-1795, 2006.

LÓPEZ ESCUDERO, M. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. En: MANGAS MARTÍN, A. (Editora). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentarios artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008. p. 791-805.

MARTÍN DIZ, F. Conflictos entre jurisdicciones nacionales concurrentes y delincuencia organizada transfronteriza en la Unión Europea: Problemas y soluciones procesales. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n. 1-2, p. 175-212, 2008.

MEDINA DE SEIÇA, A. A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (Aspectos de um processo ainda não transitado). En: DA COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M. J.; AIRES DE SOUSA, S. (Coords.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 935-1004.

MENDOZA CALDERÓN, S. Protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo de seguridad y justicia: Algunas consideraciones sobre la trascendencia del principio *ne bis in idem*. *Revista General de Derecho Penal*, n. 15, p. 1-30, 2011.

MIAJADA DE LA MUELA, A. Competencia de los Tribunales internos en litigios con elementos internacionales. *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 3, p. 689-728, 1981.

MORÁN MARTÍNEZ, R. A.; GUAJARDO PÉREZ, I. (Coords.). *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2007.

MORENO Y BRAVO, E.; IGLESIAS MACHADO, S. La prohibición de la duplicidad de sanciones y el principio "non bis in idem" desde la jurisprudencia constitucional y penal. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 89, p. 75-92, 2006.

MUÑOZ CLARES, J. *Ne bis in idem y Derecho Penal: Definición, patología y contrarios*. Murcia: Diego Marín Librero Editor, 2006.

OLÁSULO ALONSO, H. *Ensayos de Derecho Penal y procesal internacional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

OLLÉ SESÉ, M. La limitación del principio de justicia universal, contraria al Derecho internacional. *Iuris*, p. 17-19, jul.-ago. 2009.

_____. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Madrid: La Ley, 2008.

PANAYIDES, P. Conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: Analysis and possible improvements to the EU legal framework. *Revue Internationales de Droit Pénal*, v. 77, n. 1, p. 113-119, 2006.

PARDO GATO, R. El principio de jurisdicción universal. *Diario La Ley*, n. 7676, p. 1-10, 2011b.

_____. *La justicia universal*. Madrid: Difusión Jurídica, 2011a.

PASTOR, D. R. ¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in idem*? En: ANITUA, G. I.; TEDESCO, I. F. *La cultura penal*. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2009. p. 497-513.

PEDRAZ PENALVA, E. De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano. *Revista de Administración Pública*, n. 79, p. 145-161, 1976.

_____. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal. Madrid: Colex, 2000.

_____. El Derecho Procesal como sistema de garantías. *Jueces para la Democracia*, n. 16-17, p. 17-19, 1992.

PÉREZ MANZANO, M. Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero. *La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, p. 1652-1665, 2003.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.; FERREIRO BAAMONDE, X. X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.; SEOANE SPIEGELBERG, J. L. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

PIATTOLI, B. *Ne bis in idem* europeo. *Cassazione Penale*, v. 47, n. 6, p. 2642-2651, 2007.

PIGRAU SOLÉ, A. *La jurisdicción universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*. Barcelona: Generalidad de Catalunya, 2009.

PUERTA SEGUIDO, F. A vueltas con el principio constitucional de *non bis in idem*. Revisión de la doctrina constitucional contenida en la STC 177/1999. La recuperación de la prevalencia del orden penal

en la STC 2/2003, de 16 de enero. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 3, p. 1 y ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J. "Ne bis in idem": significados constitucionales. En: Vv.Aa., *Política criminal y reforma penal: Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: EDERSA, 1993. p. 885-903.

RAFARACI, T. "Ne bis in idem" y conflictos de jurisdicción en materia penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. En: ARANGÜENA FANEGO, C. (Editora). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 122-150.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N. Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual. *Revista Xurídica Galega*, n. 37, p. 37-77, 2002.

_____. La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción. En: RODRÍGUEZ GARCIA, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Salamancar: Ratio Legis, 2004. p. 241-275.

_____. La obligada reforma del *sistema penal* español para implantar un *modelo* de responsabilidad criminal de las personas jurídicas. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 24, p. 1-35, 2011.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C. Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y tribunales ad hoc y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 14, p. 1-24, 2007a.

_____. El principio de justicia universal y los conflictos positivos de concurrencia de jurisdicciones nacionales y supranacionales. En: Vv.Aa. *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*. Albacete: Bomaizo, 2007. p. 27-84.

ROXIN, C. El legislador no lo puede todo. *IterCriminis - Revista de Ciencias Penales*, n. 12, p. 321-347, 2005.

SÁNCHEZ LEGIDO, A. *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

SANTOS VARA, J. El alcance del principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen (Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, HüseyinGözütok y Klaus Brügge). *Revista General de Derecho Europeo*, n. 1, p. 1 y ss., 2003.

SENÉS MOTILLA, C. Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil, el art. 22 de la LOPJ. *Justicia*, n. III, p. 683-704, 1986.

SIEBER, U. El futuro del Derecho penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo. En: ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Editores). *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: Nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2010. p. 153-223.

SØRENSEN, G. *La transformación del Estado*. Más allá del mito del repliegue. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

TAMARITSUMALLA, J. (Coord.). *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*. Barcelona: Atelier, 2010.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico. *Estudios sobre Derecho Penal de la empresa*. Buenos Aires, 2009. p. 1-28.

TIRADO ROBLES, C. El refuerzo de la cooperación judicial penal en el Unión Europea. Comentario a la Decisión del Consejo 2009/426/JAI, de 16 de diciembre de 2008. *Revista General de Derecho Europeo*, n. 21, p. 1-18, 2010.

TORRES FERNÁNDEZ, M. E. De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 4, p. 1513-1531, 2003.

_____. El principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 4, p. 1547-1553, 2000.

TRACOGNA, C. Ne bis in idem e provadell' esistenza di un provvedimento straniero preclusivo di un secondogiudizio. *Cassazione Penale*, v. 49, n. 3, p. 1062-1078, 2009.

VAN DER WILT, H. The european arrest warrant and the principle ne bis in idem. BLEKXTOON, R.; VAN BALLEGOOIJ, W. (Coords.). *Handbook on the European arrest warrant*. The Hague: Asser Press, 2005. p. 99-117.

VELASCO NÚÑEZ, E. Delitos informáticos realizados en actuación organizada. *Diario La Ley*, n. 7743, p. 1-9, 2011.

_____. *Delitos cometidos a través de internet*. Madrid: La Ley, 2010.

VERVAELE, J. A. E. Derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia: el "ne bis idem" praetoriano del Tribunal de Justicia. En: DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.). *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Valladolid: Lex Nova, 2008. p. 80-105.

_____. El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo. *Nueva Doctrina Penal*, n. 1, p. 287-305, 2005.

_____. El sentido organizador del *ne bis in idem* transnacional en la Unión Europea. En: ANITUA, G. I.; TEDESCO, I. F. *La cultura penal*. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2009. p. 593-615.

VVAA. *El principio de justicia universal*. Madrid: Colex, 2001.

WASMEIER, M.; THWAITES, N. The development of *nebis in idem* into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments. *European Law Review*, n. 4, p. 565-578, 2006.

WERLE, G. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

WEYEMBERGH, A. Le principene *bis in idem*: pierred'achoppement de l'espace pénale européen? *Cahiers de Droit Européen*, v. 40, n. 3-4, p. 337-375, 2004.

ZAPPALÀ, S. *Qué es la justicia penal internacional*. Cànoves i Samalús: Editorial Proteus, 2010.