

ISSN 1980-9662



ESTADO DA PARAÍBA
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Revista Jurídica do Ministério Público

R. Jurídica do Ministério Público. João Pessoa, ano 1, n.2, jul./dez.2007.

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

JANETE MARIA ISMAEL DA COSTA MACEDO
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

PAULO BARBOSA DE ALMEIDA
SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

JOSÉ ROSENO NETO
CORREGEDOR-GERAL

CLAÚDIO ANTÔNIO CAVALCANTI
SECRETÁRIO-GERAL

JOSÉ RAIMUNDO DE LIMA
COORDENADOR DO CEAF

FABIANA MARIA LOBO DA SILVA
DIRETORA DO CEAF

IMPRESSÃO:
JRC GRÁFICA E EDITORA

CAPA:
RICARDO ARAÚJO

REVISÃO:
FÉLIX CARVALHO

MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF
Rua Monsenhor Walfredo Leal, nº 353 – Tambiá
CEP.58.020-540
João Pessoa-PB
Fone: (083) 3221-0917
e-mail: ceafdir@pgj.pb.gov.br

Direitos reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado da Paraíba
A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Catalogação na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público
Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. - João
Pessoa: MP/ PGJPB, CEAF, ano 1, n.2, (jul./dez.2007-).
Semestral

1.DIREITO – periódicos I.Ministério Público do Estado
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II.Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAF

CDU 34(05)

ISSN 1980-9662

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

CONSELHO EDITORIAL

José Raimundo de Lima
PRESIDENTE

Fabiana Maria Lobo da Silva
SECRETÁRIA

Alcides Orlando de Moura Jansen
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Doriel Veloso Gouveia
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Sônia Maria Guedes Alcoforado
PROCURADORA DE JUSTIÇA

Lúcio Mendes Cavalcante
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Eny Nóbrega de Moura Filho
PROMOTOR DE JUSTIÇA

João Arlindo Corrêa Neto
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Adriano D' Leon
PROFESSOR

Eduardo Ramalho Rabenhorst
PROFESSOR

APOIO EDITORIAL

Nigéria Pereira da Silva Gomes
BIBLIOTECÁRIA E ESPECIALISTA EM ORGANIZAÇÃO DE ARQUIVO

Maria Perpétua Brasileiro
TÉCNICA DE PROMOTORIA

Franciraldo Miguel
OFICIAL DE PROMOTORIA

Sérgio Túlio Bezerra Rodrigues de Lima
OFICIAL DE PROMOTORIA

Maria José Isamel Uchôa Batista Vieira
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Irenylza Carla Alves de Paiva
TÉCNICO DE PROMOTORIA

APOIO

APMP – Associação Paraibana do Ministério Público
João Arlindo Corrêa Neto
PRESIDENTE

FESMIP – Fundação Escola Superior do Ministério Público
Lúcio Mendes Cavalcante
DIRETOR-GERAL

COLÉGIO DE PROCURADORES

Janete Maria Ismael da Costa Macedo - Presidente

José Marcos Navarro Serrano

Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo

Sônia Maria Guedes Alcoforado

Lúcia de Fátima Maia de Farias

Josélia Alves de Freitas

Alcides Orlando de Moura Jansen

Antônio de Pádua Torres

Risalva da Câmara Torres

Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena

Doriel Veloso Gouveia

José Raimundo de Lima

Paulo Barbosa de Almeida

Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos

Marcus Vilar Souto Maior

José Roseno Neto

Otanilza Nunes de Lucena

Francisco Sagres Macedo Vieira

Nelson Antônio Cavalcante Lemos

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Janete Maria Ismael da Costa Macedo

Presidente

José Roseno Neto

Corregedor-Geral

Alcides Orlando de Moura Jansen

José Raimundo de Lima

Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos

Marcus Vilar Souto Maior

Francisco Sagres Macedo Vieira

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Marcos Navarro Serrano, Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macedo, Sônia Maria Guedes Alcoforado, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Josélia Alves de Freitas, Alcides Orlando de Moura Jansen, Antônio de Pádua Torres, Risalva da Câmara Torres, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Paulo Barbosa de Almeida, Alvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Otanilza Nunes de Lucena, Francisco Sagres Macedo Vieira, Nelson Antônio Cavalcante Lemos.

PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA

Maria Regina Cavalcanti da Silveira, Jacilene Nicolau Faustino Gomes, Lúcia Pereira Marsicano, Valberto Cosme de Lira, Manoel Henrique Serejo Silva, Newton Carneiro Vilhena, Lincoln da Costa Eloy, Joaci Juvino da Costa Silva, Wandilson Lopes de Lima, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Marilene de Lima Campos de Carvalho, Maria das Graças de Azevedo Santos, Antônio Carlos Ramalho Leite, José Eulâmpio Duarte, Herbert Douglas Targino, Sônia Maria de Paula Maia, Afra Jerônimo Leite Barbosa de Almeida, Francisco Antônio de Sarmiento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Suamy Braga da Gama, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Luciano de Almeida Maracajá, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade,

Laércio Joaquim de Macedo, Valdete Costa Silva Figueiredo, Wildes Saraiva Gomes Filho, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Jonas Abrantes Gadelha, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcelos, Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júlia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Gustavo Rodrigues Amorim, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Valério Costa Bronzeado, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlúgia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz Williams Aires Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Severino Coelho Viana, Priscylla Miranda Morais Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Otoni lima de Oliveira, Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Pedro Alves da Nóbrega, Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Carolina Lucas, Alexandre José Irineu, Edjacir Luna da Silva, Francisco Lianza Neto, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Glaucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Morais, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Aldenor de Medeiros Batista, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Hermógenes Braz dos Santos, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcante, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Norma Maia Peixoto, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Antônio Barroso Pontes Neto, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Anita Bethânia Rocha Cavalcanti Mello, Jovana Maria Pordeus e Silva,

Ricardo José de Medeiros e Silva, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Alessandro de Lacerda Siqueira, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Márcia Betânia Casado e Silva, Judith Maria de Almeida Lemos, Ana Cândida Espínola, Adriana Araújo dos Santos, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Artemise Leal Silva, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana de França Campos, Adriana Amorim de Lacerda, Sandra Regina Paulo Neto de Melo, Rhomeika Maria de França Porto, Herbert Vitório Serafim de Carvalho, Ana Guarabira de Lima Cabral, Ana Caroline Almeida Moreira, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Marcus Antonius da Silva Leite, Raniere da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmito, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Rodrigo Silva Pires de Sá, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo Clementino Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Edmilson de Campos Leite Filho, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar.

PROMOTORES DE 1ª. ENTRÂNCIA

João Anísio Chaves Neto, Márcio Teixeira de Albuquerque, Jeaziel Carneiro dos Santos, Alcides Leite de Amorim, Rosa Cristina de Carvalho, Edivane Saraiva de Souza, Cláudia Cabral Cavalcante, Miriam Pereira Vasconcelos, Luciara Lima Simeão Moura.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS

Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire de Moraes, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra, Fábica Cristina Dantas Pereira, Danielle Lucena da Costa, João Benjamim Delgado Neto, Ismael Vidal Lacerda, Cassiana Mendes de Sá, Leonardo Fernandes Furtado, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Eduardo de Freitas Torres, Diogo D´Arolla Pedrosa Galvão, Carolina Soares Honorato, Geovanna Patrícia de Queiroz Rego, Ítalo Macio de Oliveira Sousa, Carlos Guilherme Santos Machado, Airles Kátia Borges Rameh de Souza, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	11
A EFICÁCIA DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	13
Ana Caroline Almeida Moreira	
A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO.....	21
Alyrio Batista de Souza Segundo	
A LIBERDADE DE ENSINO NAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS.....	46
Jorge Miranda	
A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	60
Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira	
A VINCULAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO À LEI: O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO.....	90
Euler Jansen	
ALGUMAS IRREGULARIDADES NO ÂMBITO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO CONFIGURADORAS DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL.....	116
Herbert Vitório Serafim de Carvalho	
ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA SOB O ENFOQUE GARANTISTA.....	132
Rodrigo Silva Pires de Sá	
AS RAÍZES DA SOBERANIA POPULAR.....	155
Severino Coelho Viana	
ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA.....	173
Anita Bethânia Silva da Rocha	
CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS GERAIS.....	187
Hipólito Machado Raimundo de Lima	
CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	211
José Augusto Peres Filho	
DEUS NÃO VAI À ESCOLA? ANÁLISE DO VETO DO GOVERNO DE SÃO PAULO AO PROJETO DE LEI Nº 17/2004 EM FACE DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE.....	239
Ana Cândida Espínola e Hugo Alexandre Espínola Manguera	

DO PATÍBULO AO CALABOUÇO: O OLHAR DE FOUCAULT SOBRE A “EVOLUÇÃO” DAS PENAS NO OCIDENTE.....	257
Lúcio Mendes Cavalcante	
INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS QUE PREVÊEM DESCONTOS OBRIGATÓRIOS NAS PRESTAÇÕES PAGAS ATÉ O VENCIMENTO.....	267
Raniere da Silva Dantas	
LEI MARIA DA PENHA E OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES.....	277
Leonardo Cunha Lima de Oliveira	
LEI MARIA DA PENHA E A UNIÃO HOMOAFETIVA.....	286
Ricardo José de Medeiros e Silva	
LIBERDADE DO PACIENTE TERMINAL EM FACE DA TIPICIDADE DA CONDUTA MÉDICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA.....	297
Ricardo Alex Almeida Lins	
NOÇÕES BÁSICAS DE PRINCÍPIOS AMBIENTAIS.....	319
Gustavo Procópio Bandeira de Melo	
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: DESVIRTUAMENTO DE SEUS OBJETIVOS NAS PARCERIAS COM O PODER PÚBLICO.....	342
Luciara Lima Simeão Moura	
PRINCIPAIS INOVAÇÕES DA LEI DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: LEI FEDERAL Nº 11.340/2006.....	359
Márcio Gondim do Nascimento	
RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	377
Dulcerita Soares de Carvalho e João Manoel de Carvalho Costa Filho	

Aperfeiçoamento. Esta é a palavra de ordem que orientou e incentivou o lançamento do número 2 da Revista Jurídica do Ministério Público. Se a primeira edição foi a concretização de um sonho, a segunda significa a consolidação de uma iniciativa vitoriosa, no tocante à necessidade de continuar contribuindo para o crescimento jurídico-cultural do *parquet* paraibano.

Inovadora em sua proposta editorial, esta revista possibilita a discussão das mais relevantes, complexas e controvertidas questões do ordenamento jurídico brasileiro, além de incentivar a produção científica através da participação de integrantes das mais diversas áreas de atuação e estudo do fenômeno legal, quais sejam bacharéis, advogados, juízes de direito e renomados escritores do Brasil e do exterior e, como não poderia ser diferente, dos membros do Ministério Público da Paraíba.

Apta a se tornar uma valiosa fonte de consulta, este volume contou com uma criteriosa seleção de artigos que discutissem, de maneira clara e objetiva, celeumas doutrinárias e práticas, munindo o operador do direito de argumentos que pudessem conferir segurança e efetividade ao exercício do seu mister profissional.

Além de tudo isso, a revista tem por desiderato precípua integrar o membro do *parquet* às novas modalidades de tutela dos interesses difusos, coletivos e heterogêneos, além de atentar para a necessidade de proteção da sociedade, na perspectiva hodierna de modernização tecnológica frenética que, como realização humana, faz nascer novos tipos de relação que merecem disciplinamento jurídico.

Assim, oferecemos a todos aqueles que fazem parte do sistema jurisdicional mais este instrumento de lapidação de saber, com o escopo de enriquecer o universo axiomático que informa as ciências jurídicas, para que a realidade concreta do aparato judicial seja norteadada por valores como a probidade, a equidade, a efetividade e a celeridade.

A EFICÁCIA DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Ana Caroline Almeida Moreira

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

O surgimento do compromisso de ajustamento de conduta se confunde com a consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que representa um instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa dos interesses transindividuais. O instituto de ajustamento de conduta não teve seu nascedouro na Constituição Federal de 1988, já que seu advento se deu com o Código de Defesa do Consumidor, em setembro de 1990. Todavia, a Carta Magna serviu de fonte inspiradora, ao consagrar uma mudança quantitativa e qualitativa da atuação do Ministério Público, em se tratando de matéria cível, com a ampliação da sua legitimidade extrajudicial numa perspectiva coletiva.

Com efeito, a nova ordem constitucional incumbiu a instituição ministerial do papel principal na tutela dos direitos transindividuais. E o fez não só pela via jurisdicional, mas principalmente estabelecendo um terreno fértil para soluções extrajudiciais mais eficazes, dentre as quais se destaca o compromisso de ajustamento de conduta pela garantia de execução que encerra. Ajuizar uma ação civil pública parece ser o caminho mais fácil, embora muitas vezes não seja a forma mais adequada para se proteger direitos transindividuais ameaçados ou efetivamente violados.

Isto porque normalmente o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, é o instrumento mais ágil para assegurar a eficácia das normas jurídicas que gravitam em torno do direito coletivo em questão. Com o seu manejo, evita-se que a morosidade da justiça e a observância do rito processual sejam responsáveis pela concretização do dano, pela continuidade da sua ocorrência ou por sua insuficiente reparação. Saliente-se, porém, que, sob nenhum aspecto, o ajustamento de conduta afasta o monopólio da jurisdição. Ele não se impõe compulsoriamente ao celebrante (transgressor da norma jurídica e, por via de consequência, do direito transindividual), dependendo da sua prévia anuência. Além disso, sua execução forçada fica restrita ao âmbito judicial.

Nesse diapasão, impende acentuar que o mecanismo ora em questão somente sobreleva o acesso à justiça, inclusive ao abreviar o desfecho da ação civil pública, quando incidente no seu curso, mormente ao evitar que os indivíduos, potencial ou coletivamente atingidos por um ilícito, tenham seus direitos postergados, seja pela própria ignorância daqueles de que são titulares, por desconhecimento da providência adequada para repará-los, pela falta de recursos ou pela falta de cultura para a proteção dos direitos coletivos, enquanto exercício da cidadania.

Assim, o ajuste de conduta não visa a substituir a atividade jurisdicional ou representar qualquer tipo de concessão em torno do objeto do compromisso. Seu objetivo é buscar a conciliação pré-processual quando se revele mais apropriada, mais breve e mais justa. Ou, pelo menos, idêntica ao que se lograria em juízo no caso de uma eventual demanda judicial, sendo que num alcance mais expressivo, por ter uma dimensão coletiva.

2. Eficácia do compromisso quanto às partes celebrantes

O ajustamento de conduta só terá eficácia para aqueles que celebrarem o ajuste, ou seja, para aqueles que tiverem manifestado expressamente seu intuito de cumprir as obrigações assumidas. *A contrario sensu*, se várias pessoas cometerem conjuntamente a conduta lesiva e apenas uma ou algumas delas assumirem o compromisso, os terceiros não signatários não terão a sua esfera jurídica atingida, a menos que se maneje a ação civil pública em relação a estes.

Convém ressaltar que o ajuste não pode ensejar nenhum entrave na tutela dos direitos individuais, sob pena de se restringir o acesso à justiça. Significa que o indivíduo poderá se beneficiar do ajuste celebrado na tutela de um interesse individual baseado na mesma situação fática objeto do ajuste coletivo, mas não pode ser por ele prejudicado. Dessa forma, para os titulares dos direitos individuais conexos ao direito coletivo *lato sensu*, os efeitos benéficos do ajustamento são extensivos como garantia mínima conferida pelo ordenamento jurídico. Assim, podem renunciar a qualquer outro tipo de iniciativa judicial ou extrajudicial em torno do direito, podendo ajuizar ação judicial para fazê-lo valer.

Todos aqueles que praticarem condutas que ameacem ou prejudiquem os direitos transindividuais têm legitimidade passiva para figurar como compromissário no ajustamento de conduta, seja pessoa física ou pessoa jurídica,

ou ainda entidades sem personalidade jurídica, como é o caso do condomínio e da massa falida. Para tanto, basta que se observe a capacidade da parte para se obrigar ou a representação legal exigida. Há que se observar, no entanto, que o ajustamento de conduta é um negócio jurídico bilateral, ao contrário da recomendação, por exemplo, que tem cunho unilateral. Em consequência, não se pode impor ao compromissário a celebração do ajuste, devendo a vontade do obrigado ser expressa e válida.

O ajustamento de conduta não pode resultar na disponibilidade, na renúncia ou na concessão do direito transindividual por ele abrangido. Em outras palavras, ao lançarem mão desse instrumento legal, os legitimados ativos não podem reduzir o direito material da coletividade em favor do causador do dano. Com essa medida, limitam-se a ajustar a sua conduta às exigências da lei, situando a negociação tão-somente no âmbito das condições de prazo, modo e lugar do adimplemento da obrigação.

É cediço que, em se tratando da defesa judicial dos direitos metaindividuais, mediante ação civil pública, a legitimação ativa é concorrente e disjuntiva do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, das autarquias, das fundações públicas, das sociedades de economia mista, das empresas públicas, bem como das associações civis constituídas há pelo menos um ano e com pertinência temática em relação ao interesse visado.

Já no tocante ao compromisso de ajustamento de conduta, nem todos os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva podem tomá-lo. Segundo o ordenamento jurídico vigente, apenas os órgãos públicos poderão celebrar o ajustamento de conduta. Compõem, pois, no rol de legitimados os entes arrolados nos incisos I, II e III do art. 82 do CDC, podendo-se incluir as agências executivas, as agências reguladoras, o PROCON e os conselhos profissionais¹.

Feito esse intróito, é de se inferir que, havendo transação em relação ao direito material objeto do ajustamento de conduta, qualquer um dos co-legitimados poderá a ele se opor, através de ação anulatória, para impedir a mitigação do interesse coletivo que se busca resguardar. De outro flanco, nos termos da pertinente observação trazida pela Procuradora da República, Geisa de Assis Rodrigues², o compromisso, até mesmo por sua natureza de título

¹ A eficácia da Lei nº 9.649/98 que vem intitular os conselhos profissionais como pessoas jurídicas de direito privado está suspensa por força de liminar proferida em ação direta de inconstitucionalidade.

² RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 224.

executivo extrajudicial, deve ter um mínimo de estabilidade e oferecer a garantia ao compromissário de que se configura uma verdadeira alternativa à jurisdição.

Logo, uma vez firmado o ajustamento de conduta, servirá de óbice aos co-legitimados que não poderão mover ação civil pública sobre os mesmos fatos objeto daquele. Porém, poderão discordar judicialmente dos termos do ajustamento de conduta, sob o fundamento de sua invalidade. Nesse ponto, a doutrina diverge, existindo o posicionamento antagônico, ao qual nos acostamos, que considera o ajustamento de conduta um óbice ao legítimo exercício do direito de ação, na medida em que afasta o interesse de agir.

Para Hugo Nigro Mazzilli³, em vista de ter o compromisso de ajustamento a natureza de mera garantia mínima em prol da coletividade de lesados, qualquer co-legitimado poderá dele discordar e propor diretamente a ação judicial cabível. Segundo esclarece, de um lado, o compromisso obriga somente o causador do dano a ajustar a sua conduta às exigências legais; de outro, serve apenas para que o órgão público tomador disponha do seu direito de promover a ação civil pública de cognição.

Discorrendo sobre o assunto, Édis Milaré⁴ faz uma abordagem diferenciada, quando afirma: “O ajuizamento da ação civil pública por outro ente, co-legitimado, sob pena de se vulnerar o princípio da segurança jurídica, só será possível para suprir omissão de transação (p.ex. prestação necessária, não incluída no compromisso) ou em razão de vício propriamente dito (p.ex. estabelecimento de obrigações em condições atentatórias à finalidade da lei). Em qualquer dessas situações, não poderá o compromisso ser ignorado, pois a ação civil pública ou visará ao fim supletivo ou será cumulativa com o pedido de desconstituição do compromisso”.

Destarte, consoante a postura aqui adotada, tendo o Órgão Ministerial celebrado o ajuste, os demais co-legitimados ficam vinculados à conduta estabelecida no ajuste. Assim, só podem adotar alguma providência judicial contra o obrigado, pela via da ação civil pública, se invalidarem o compromisso.

Nesse caso, deverão figurar no pólo passivo ambos os celebrantes, na condição de litisconsortes necessários, inclusive o Ministério Público como

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 367.

⁴ MILARÉ, Édis. *Ação civil pública: Lei nº 7.347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

órgão tomador. Essa invalidação pode se dar quando o objeto do compromisso se apresentar ilícito, contrariando o ordenamento jurídico, ou inadequado para se garantir a tutela do direito transindividual e, ainda, quando haja vício na manifestação volitiva do obrigado (erro, dolo ou coação).

3. Eficácia de título executivo extrajudicial

Sendo regularmente constituído, o ajustamento de conduta tem força executiva. Portanto, permite a propositura da ação de execução de plano, dispensando a ação prévia de conhecimento. O art. 585, inciso II, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.953/94, considera o compromisso de ajustamento como título executivo extrajudicial, podendo, assim, ser regido pela Lei de Juizados Especiais (art. 57 da Lei nº 9.099/95).

Dessa forma, é possível a execução, nos Juizados Especiais, de termos de ajustamento de conduta que envolvam causas cíveis de menor complexidade e desde que o obrigado seja pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado, ante o óbice insculpido no art. 8º da citada lei em relação às pessoas jurídicas de direito público. De outra forma, incidindo supervenientemente no bojo da ação civil pública, o título obtido passa a ser judicial.

Ordinariamente, a competência para ajuizar a ação executiva cabe àquele que celebrou o ajuste, após a constatação da omissão do compromissário em cumprir o avençado. Quanto à possibilidade de haver execução pelo indivíduo com supedâneo no título gerado pelo termo de ajustamento de conduta, comungamos com o entendimento segundo o qual emergem duas situações diferentes, conforme a natureza do direito transindividual.

Se o ajustamento de conduta versar sobre direito difuso ou coletivo, a pessoa física pode propor sua execução para obter a reparação de lesão a direito individual originário da mesma situação fática. Dessa forma, evita-se a ação de conhecimento em torno de fatos, bem como da responsabilidade correspondente, reconhecidamente comprovados.

A esse respeito, é oportuno transcrever o entendimento de Patrícia Miranda Pizzol⁵: “Desse modo, entendemos que, se a sentença condenatória proferida em ação coletiva fundada em dano a direito ou interesse difuso e coletivo *stricto sensu* comporta liquidação e execução individuais, por parte das vítimas ou seus sucessores, também o compromisso de ajustamento, quando

⁵ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 211.

descumprido, pode ensejar tais ações, através das quais poderão estas pessoas ser indenizadas pelos prejuízos individualmente sofridos”.

No caso de ajustamento de conduta que verse sobre direitos individuais homogêneos, aqueles inerentes a uma classe de pessoas determináveis por compartilharem prejuízos individualizáveis, apenas cada pessoa física individualmente considerada pode promover a execução do ajuste e dentro dos limites de seus danos efetivos.

4. Considerações finais

Da análise realizada neste estudo acerca do compromisso de ajustamento de conduta, podem ser apresentadas as seguintes conclusões:

a) O termo de ajustamento de conduta é uma forma de solução extrajudicial de litígios envolvendo direitos transindividuais em vias de violação ou efetivamente violados. O Ministério Público é o principal agente de sua celebração, por força das novas atribuições em torno dos direitos de quarta geração, que lhe foram conferidas na Constituição Federal de 1988.

b) O ajustamento de conduta, como instituto de tutela extrajudicial, é um negócio jurídico bilateral, porque a adesão válida da parte passiva (compromissário) emerge como condição *sine qua non* para que produzam efeitos. Assim, não podem ocorrer a concessão ou a renúncia de parcela ou do direito transindividual que busca resguardar.

c) Apesar de entendimentos diferentes, a existência do compromisso de ajustamento de conduta denota a falta de interesse de agir para a propositura de ações coletivas pelos entes co-legitimados. Como se sabe, a legitimidade ativa representa um espécie de substituição processual em que os órgãos legitimados atuam em nome próprio, mas na defesa de esfera jurídica de outros. E assim, surge a possibilidade de se interpor ação civil pública cumulativamente com impugnação judicial quanto à sua validade e quando o interesse coletivo em tela não estiver satisfatoriamente salvaguardado.

d) Para os titulares dos direitos individuais conexos ao direito difuso ou coletivo, ou integrantes da massa dos direitos individuais homogêneos, só se aplicam os efeitos do ajuste que lhes sejam benéficos. Desse modo, resta-lhes assegurada a alternativa de se valerem das vantagens do termo ou de ingressarem com a ação judicial de conhecimento.

e) O ajuste de conduta tem eficácia de título executivo extrajudicial, o que só vem a garantir o cumprimento da obrigação pactuada e de maneira mais célere, evitando-se, muitas vezes, litígios ou o moroso caminho percorrido pela ação de cognição.

f) Por fim, entendemos que a utilização do termo de ajustamento de conduta amplia, sobremaneira, o acesso à justiça de toda a sociedade, mormente quando veiculada por uma instituição como o Ministério Público, vocacionado que é para a tutela imparcial e pertinaz dos interesses coletivos.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública. Comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILARÉ, Édís. (coord.) *Ação civil pública. Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Alyrio Batista de Souza Segundo

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Professor do Centro Universitário de

João Pessoa – UNIPÊ

Professor da Escola Superior do Ministério Público da Paraíba

1. A contribuição inglesa e o *rule of law*

O sistema absolutista de governo criou um espírito nacionalista que resultou em um direcionamento para o exercício do poder em nível nacional, em detrimento do poder feudal ou local. Nesse contexto, pode-se dizer que foi na Inglaterra que o poder irrestrito do rei, já pelos anos de 1200, começou a ser primeiramente contestado, pois um certo “jogo de forças” entre a nobreza e a monarquia subsistia, apesar do predomínio do poder real sobre a fidalguia.

Nessa época, começava a germinar a semente do Estado de Direito, que, como tantas outras instituições políticas do Estado contemporâneo, inspirou-se em um sistema denominado pelos ingleses de *rule of law*. Esse princípio, que se traduziria genericamente por “supremacia do direito” ou “domínio da lei”, caracterizou-se pelo conjunto de três princípios: predomínio absoluto das normas (claras e consistentes) de direito comuns a todos, excluindo qualquer poder arbitrário por parte do governo; igual sujeição de todos, inclusive das autoridades, à lei e aos tribunais comuns; consagração, pelo direito comum, das liberdades do cidadão, garantidas igualmente pelos tribunais ordinários.

O sistema jurídico inglês era predominantemente não-escrito, no sentido de que as normas não se continham em leis materializadas, mas se consubstanciavam em decisões judiciais, baseadas em costumes locais (*law of the land*)¹. Todavia, é certo que, desde o século XIII, esse direito consuetudinário local foi objeto de uma triagem realizada pelos juízes designados pelo monarca. Tendo formação jurídica haurida do velho direito romano, os magistrados

¹ Petr Ivanovich Stucka anota como era feita a transmissão do direito consuetudinário: “Os costumes transmitidos oralmente têm em geral uma forma poética e exprimem-se freqüentemente por meio de rimas. Também isto é compreensível, pois, para transmitir oralmente fatos importantes, como, por exemplo, os

apuraram esses hábitos e os adequaram a uma visão mais ampla e racional do justo.² Nessa época, estava estabilizada a *common law*, o sistema desenvolvido pelas cortes reais contra os usos locais que não conseguiam se impor ou ser o direito comum de todo o reino.³ Dentre as regras que essa “jurisprudência” explicitou, têm lugar destacado as que configuraram o *due process of law*, que era justamente a garantia de todas as outras.

Convém registrar que os julgadores só ampliaram sua competência caso a caso (*super casum, on the case*). Os elementos básicos desse “direito” foram as liberdades e as garantias que hodiernamente se qualificam de direitos humanos fundamentais, destacando-se: a liberdade pessoal, o direito de propriedade, a liberdade de expressão do pensamento, etc. Note-se que a idéia de *rule of law* está estreitamente ligada à própria história das liberdades políticas e das garantias individuais (principalmente no âmbito penal). Sua proclamação se deu por meio de pactos constitucionais, dos quais o primeiro e mais importante foi a *Magna Charta Libertatum*, de 1215.

Explicita-se que foi uma conjuntura de arbitrariedades que levou os barões a uma atitude extrema: decidiram que era preciso obter do soberano, mesmo pela força, uma espécie de “carta de liberdades”. Os nobres, então revolucionários, proclamaram-se exército de Deus, entraram em Londres e obrigaram o rei a assinar o verdadeiro fundamento da liberdade nacional inglesa.⁴ Esse documento histórico tornou-se um símbolo da liberdade humana e foi usado como fundamento para exigências posteriores de julgamento por júri, proteção contra prisão ilegal e garantia de nenhum imposto sem representação.⁵

mandamentos da ‘divindade’ ou dos antepassados, era necessário revesti-los de uma forma imutável: ‘não conseguirás mudar as palavras de uma canção.’ (STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes*: teoria geral do direito. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 120).

² Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 98.

³ Saliente-se que, como o sistema imposto era um “feudalismo centralizante”, o rei, considerado como “senhor de todos os senhores”, exigia o direito de resolver as questões de detenção da terra, passando a intervir nas disputas locais, ou mandando seus juízes em circuito ou ouvindo os casos na *King’s Courts* e *King’s Bench*. Em tal método, o súdito pedia ao monarca uma proteção junto à *Curia Regis*, ao que o *Lord Chancellor* emitia um *breve* ao *sheriff* local. Estes *writs* tornaram-se fórmulas prontas e típicas e eram concedidas desde que pedidas e pagas adequadamente (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. São Paulo: Max Lemonad, 2000, p.78).

⁴ O ato histórico de assinatura da Magna Carta ocorreu em Runnymede, um campo às margens do rio Tâmisa, a sudoeste de Londres, onde hoje existe um monumento.

⁵ Por ser importante, transcreve-se o capítulo XXIX da *Magna Charta regis Johannis de libertatibus Angliae*: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut aliquo modo destruat de

Apesar de, na sua essência, apenas restringir-se a confirmar o velho direito saxônico, a Magna Carta constituiu-se em uma inestimável contribuição para a formação do Estado de Direito, visto que celebrou o início de uma nova fase. Ela fundamentou-se em uma verdadeira conquista libertária, pois aboliu a jurisdição dos *sheriffs* reais em matéria penal e proibiu a prisão injusta, determinando que as pessoas livres só poderiam ser julgadas pelos seus pares. Indubitavelmente, uma nova era se abria, cheia de regras promissoras e louváveis, e isso sem exclusão dos precedentes, como todas as idades novas da história britânica.

Foi por essa época que surgiu o júri popular inglês, servindo de referência até os dias de hoje. O novo sistema despontou quando foram abolidas as ordálias e os juízos de Deus pelo Concílio de Latrão. Nesse contexto, diante do sistema inquisitivo predominante em toda a Europa continental, no qual imperavam os processos secretos e as torturas, pode-se dizer que a Inglaterra saiu na vanguarda, entendendo que o acusado deveria ser tratado como um *gentleman*, ou seja, com respeito à dignidade humana.

Pode-se dizer que a Magna Carta foi o centro de ação do sentimento nacional. Ela irradiou-se e estabeleceu-se na alma dos ingleses, como símbolo da memorável luta épica que os senhores feudais sustentaram, criando, em plena Idade Média, uma sociedade consciente. Não há como negar que a Magna Carta define bem a sua época, salientando o ideal e moldando as suas virtudes. Ademais, esse documento deu um passo decisivo no sentido do desenvolvimento de um governo constitucional na Inglaterra, trazendo contribuições à formação do Estado de Direito. Mais tarde, muitos outros países foram beneficiados por ela, recebendo as suas influências, pois seguiram as leis inglesas na criação de seus próprios governos. Entre esses países, podem-se citar os Estados Unidos da América e o Canadá.⁶

Todavia, infelizmente, o povo inglês beneficiou-se muito pouco, visto que os direitos eram conferidos muito mais à aristocracia do que à plebe. É

aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, liberis consuetudinibus suis, nec super eum ibimus, nec super eum in carcerem mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam."

⁶ Para ilustrar a importância desse documento, que consistiu em uma das grandes vitórias no desenvolvimento dos ideais democráticos, impende trazer a lume a lição de Carl Schmitt: "La Magna Carta inglesa de 15 de Julio de 1215 suele designar-se como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de Inglaterra tomó un curso peculiar,

errôneo, então, afirmar que a Magna Carta garantia as liberdades individuais de todos os homens. Albert Noblet,⁷ com propriedade, afirma que tal documento era uma carta feudal, idealizada com o propósito de proteger os privilégios dos nobres e os direitos dos homens livres. Todavia, estes ainda eram tão poucos que podiam ser contados e nada de novo se fez a favor dos que não eram livres.

De outra banda, urge esclarecer que a Magna Carta nada mais era do que uma declaração (*bill*) de direitos. Importantíssima é verdade, mas nem por isso se pode considerá-la como aquilo que, em linguagem moderna, se denomina “lei de reforma”. Porém, em sua época, o maior feito desse documento foi conseguir submeter o rei à lei e colocar em questão o poder real. Consubstanciou, portanto, o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês, servindo de arrimo para que fossem extraídos os fundamentos da ordem jurídica democrática.

O Parlamento, proveniente da Idade Média, era composto da Câmara dos Comuns e da Câmara dos Lordes. Houve, na Inglaterra, uma fusão entre parte da nobreza menos influente e o Terceiro Estado, redundando na formação da Câmara dos Comuns. A Câmara dos Lordes era formada pelos grandes senhores feudais.⁸ Corriqueiramente, os suseranos eram convocados pelo rei a se reunirem no Parlamento para discutirem os custos necessários ao financiamento de algumas guerras.

A dinastia dos *Tudors* manteve a preponderância do poder real de 1485, final da Guerra das Duas Rosas, até o ano de 1603. Durante esse intervalo de tempo, embora o rei convocasse o Parlamento reiteradamente, permanecia ele desempenhando o seu poder de forma absoluta, tanto quanto o rei da França. O soberano exercia sua jurisdição local, nomeando magistrados de sua confiança, que habitualmente eram indivíduos de boa reputação nas localidades. Existia sempre uma relação de dependência recíproca entre o rei e o Parlamento. Este, com representatividade local, tentava impor-se ao rei por meio da edição dos

porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesía inglesa) y su representación (la Cámara de los lores y la Cámara de los Comunes) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno...” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996, p. 164).

⁷ Cf. NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1963, p. 28.

⁸ Vide CRUMP, C. G.; JACOB, E. F. *El legado de la edad média*. Madrid: Ediciones Pegaso, 1950, p. 614.

Bill of Rights. Todas as vezes que o rei convocava o Parlamento para aprovar recursos financeiros, o colegiado, vislumbrando a possibilidade de barganha, impunha-lhe condições.⁹

A petição de direitos (*Petition of Rights*), como o próprio nome sugere, foi um documento encaminhado ao monarca em que os membros do Parlamento pediram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos. Tratou-se de um meio de transação entre a aristocracia e a monarquia, tendo esta cedido, pois a aristocracia já detinha o poder financeiro. Dessa forma, o rei não poderia gastar dinheiro sem autorização parlamentar.¹⁰ Assim, necessitando de dinheiro, assentiu ao pedido, anuindo-o nos seguintes termos: “*Qua quidem petitione lecta et plenius intellecta per dictum dominium regem taliter est responsum in pleno parlamento, viz. Soi droit fait come est desiré*”.¹¹

Todavia, o Rei Carlos I não adimpliu as resoluções desse acordo. Houve, inevitavelmente, um confronto entre os parlamentares e o monarca. Com o início da luta armada em 1642, Oliver Cromwell¹² tornou-se o principal líder do Parlamento. O governo daí resultante foi uma República Ditatorial Militar, regime até então desconhecido na Inglaterra. Oliver Cromwell morreu em 1658 e com ele foi afastada a ditadura. Houve uma fase de transição na qual seu filho, Richard, governou e tentou continuar a obra do pai, mas não teve a capacidade necessária para exercer o poder. Após várias disputas, renunciou e o povo inglês, reimplantando

⁹Apenas para exemplificar, o Rei Carlos I, quando avocou a autoridade inglesa, resolveu declarar guerra à França, com o objetivo de defender os huguenotes de *La Rochelle*, que também eram protestantes e lhe haviam pedido auxílio. O soberano convocou o Parlamento, que lhe forneceu os subsídios imprescindíveis para a empreitada. Porém, sucedeu que os ingleses perderam a batalha e tiveram que retornar. Ato contínuo, o rei e os nobres acusaram-se mutuamente acerca das responsabilidades pelo fracasso bélico. O soberano, então, dissolveu, por duas vezes, o Parlamento, convocando outros, no intuito de conseguir ajuda pecuniária. Um terceiro Parlamento foi convocado e concordou em prover mais subsídios, mediante a aprovação de um “ato de direitos” (*Bill of Rights*), que, sabiamente, impunha restrições ao exercício do poder régio.

¹⁰ Vide MOSCA, Gaetano. *História das doutrinas política*: desde a antigüidade. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962, p. 161-168.

¹¹ “Petição que, de fato, tendo sido lida e inteiramente compreendida pelo dito senhor rei, foi respondida em Parlamento pleno, isto é: seja feito o direito conforme se deseja”.

¹² Oliver Cromwell nasceu em Huntingdon e era de família pertencente à nobreza rural. Poucos homens na história inglesa inspiraram tanto amor e respeito, e ao mesmo tempo medo e ódio. Ele era conhecido como um homem de vontade de ferro, fiel a princípios morais elevados. Até os anos 40 ele não havia tido nenhuma experiência militar, mas era um gênio combatente nato. Treinou sua cavalaria até conseguir os mais disciplinados regimentos da Inglaterra. Escolhia seus soldados tanto pelo fervor religioso como por suas aptidões militares, não tendo nunca perdido uma batalha.

a monarquia, recebeu de braços abertos o Rei Carlos II, já que seu pai tinha sido condenado à morte.

Diferentemente do pai, Carlos II não aspirava a exercer um poder absoluto, pois almejava uma relação de interdependência entre o monarca e o Parlamento. Nesse diapasão, com representatividade local, o Parlamento impunha-se ao rei, através dos *bill of rights*. Cada vez que o rei reunia o Parlamento para levantar recursos financeiros, este lhe impunha um “ato de direitos”. Assim, gradativamente, por meio desse “jogo de forças”, a autoridade parlamentar foi se fortalecendo, transferindo para si o poder de governo.

Por essa época, foi dado um grande passo para a liberdade individual, por meio do *Habeas Corpus Act*, de 27 de maio de 1679. Sua relevância foi tão grande que muitos o denominam de “a outra Magna Carta”, pois a violação da faculdade de ir e vir passou a criar o “direito ao mandado” (*right to the writ*). Esse documento reforçou as reivindicações de liberdade humana, tornando-se, desde logo, e com as alterações posteriores, a mais consistente garantia da liberdade individual. Afinal, foi retirada dos déspotas uma das suas armas mais preciosas, qual seja, a prisão arbitrária.¹³

Em 1685, morreu Carlos II, assumindo em seu lugar, como sucessor, seu irmão Jaime II, conhecido por ser um fervoroso católico, com tendência absolutista. Todavia, estava com idade avançada e tinha duas filhas protestantes, provenientes do primeiro casamento. Quando nasceu seu terceiro filho, agora com a segunda mulher, este foi batizado na Igreja Católica. Ocorre que o direito do príncipe excluía da sucessão as filhas protestantes do rei. Por isso, o Parlamento sentiu o temor de instalar-se novamente uma dinastia católica com tendências absolutistas.

Procurando evitar a iminência de tal risco, o Parlamento firmou um acordo com o príncipe Guilherme de Orange, casado com a filha mais velha

¹³ Sua importância tem sido muito discutida por alguns autores. Por esta razão, faz-se mister situar o problema histórico no plano técnico, recorrendo-se às lições de Pontes de Miranda: “As liberdades têm de ser exercidas. Daí o tríplice problema: o de conceituação científica (enunciado); o da asseguuração (e.g., inclusão na Declaração de Direitos); o das garantias. A felicidade dos Ingleses foi terem conseguido as três, de modo a completarem cedo a evolução política (1215-1679). E tê-las exigido antes dos outros povos europeus – o que lhes permitiu desenvolverem-se mais, e mais rapidamente. A garantia do *habeas corpus* confirma o senso prático dos Ingleses e ainda hoje é o melhor remédio de liberdade e o único eficiente.” (MIRANDA, Pontes. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 94).

de Jaime II, para a deposição do rei. Assim, em 1688, Guilherme invadiu a Inglaterra com seu exército, recebendo o apoio do Parlamento inglês. Diante da impopularidade do monarca, não existiram maiores obstáculos para a sua derrubada. O rei deposto refugiou-se na França. E assim, sem maiores delongas, Guilherme de Orange e Maria, sua esposa, foram proclamados, respectivamente, rei e rainha da Inglaterra. Efetivou-se, dessa feita, o que os ingleses chamaram de “Revolução Gloriosa”, estabelecendo-se, finalmente, a supremacia do Parlamento. John Locke¹⁴ foi o filósofo dessa transformação, declarando que a autoridade máxima em assuntos políticos pertencia ao povo. O propósito fundamental do governo, dizia ele, era proteger a vida, a liberdade e a propriedade do povo.

As teorias epistemológicas de Locke foram expostas em *Essay concerning human understanding (Ensaio sobre o entendimento humano)*, publicado em 1690, no qual fundamentou sua doutrina empirista. Ele negava radicalmente que existissem idéias inatas, tese defendida por Descartes. Quando alguém nascia, fundamentava ele, sua mente era como uma página em branco que a experiência iria preencher. O conhecimento seria produzido em duas etapas: *a priori*, a fase da sensação, impulsionada pelos sentidos; *a posteriori*, a fase da reflexão, que sistematizaria o resultado das sensações.

Originam-se assim idéias simples, produtos da sensação, bem como concepções complexas, provenientes da reflexão. O objeto do conhecimento, por assim dizer, seriam as idéias, sendo impossível saber se estas corresponderiam ou não à realidade objetiva das coisas que as suscitaram na mente. De acordo com isso, Locke negou o conceito de substância, o qual, segundo ele, seria apenas uma forma de proporcionar sustentação comum a uma série de idéias como cor, som e outras coisas, que podem ou não existir na realidade. O mundo, portanto, seria conhecido apenas de forma indireta e, por isso, toda teoria constituiria uma hipótese, não uma certeza, e deveria ser sempre suscetível de verificação.¹⁵

¹⁴ Nascido em Wrington, perto de Bristol, Locke estudou filosofia, medicina e ciências naturais. Em 1666, conheceu Anthony Ashley Cooper, que mais tarde veio a ser o primeiro conde de Shaftesbury. Os dois tornaram-se amigos íntimos, razão pela qual, quando o conde esteve envolvido em conspirações contra o rei, a suspeita também recaiu sobre ele. O filósofo, então, mudou em 1683 para os Países Baixos, onde conheceu os príncipes Guilherme e Maria de Orange, que, posteriormente, assumiram o poder real, brotando uma sólida e respeitada amizade, fazendo com que ele fosse considerado uma das pessoas mais influentes da corte, oportunidade em que se dedicou à publicação de suas obras.

¹⁵ Para maiores detalhes sobre a teoria em comento, vide LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

Tais formulações, evidentemente, negavam a possibilidade de uma demonstração da existência de Deus, que, não obstante, seria acessível pela revelação e pela intuição. Homem de fé, Locke já havia publicado anonimamente, em 1689, sua *Epistola de tolerantia* (*Carta sobre a tolerância*), a que se seguiram duas outras com o mesmo título. Na obra, expõe sua convicção de que todos os sistemas religiosos corresponderiam a um substrato comum, espécie de religião natural, e de que as idéias religiosas só poderiam ser assumidas de forma livre, nunca por coação. No pensamento de Locke, isso ocorreria também com a liberdade. Ele acreditava que o homem, por sua natureza, tinha certos direitos e deveres. Esses direitos incluiriam a liberdade, a vida e a propriedade. Ao falar de liberdade, ele referia-se à igualdade política. A tarefa de qualquer Estado seria proteger os direitos humanos, pois os Estados incomodam os indivíduos de várias maneiras. Portanto, raciocinava ele, a justificação para a existência do Estado deveria ser encontrada em sua capacidade de proteger os direitos humanos. Nesse sentido, afirmou que, se o governo não agisse de modo adequado a proteger os direitos dos cidadãos, estes teriam o direito de procurar outros governantes. Julgava, então, que as pessoas deveriam decidir quem iria governá-las. Dessa forma, foi o primeiro a sustentar que o poder dos governos nasce de um acordo livre e recíproco, bem como a defender a separação entre os poderes Legislativo e Judiciário.

Incentivado por essa concepção e diante de uma situação favorável, em 1689, o Parlamento aprovou a declaração de direitos, assegurando ao povo os direitos civis básicos. Era o segundo *Bill of Rights*, importantíssimo para a democracia. Em tal documento, formalizou-se a supremacia do Parlamento e foram limitados os poderes reais. Disso surgiu, para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular, superando a origem de direito divino. Essa declaração de direitos serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.

A partir daí, o Parlamento assumiu definitivamente a condição de legislador independente do poder real. O *Act of Settlement* (Ato de Sucessão no Trono), aprovado pelo Parlamento em 1707, completou o conjunto de limitações ao poder monárquico nesse período. Contudo, ainda não se poderia denominar o regime inglês como sendo o parlamentarismo, na concepção atual.¹⁶

¹⁶ O Conselho Privado, a que se fez alusão no *Bill of Right* de 1689, era um corpo político que assistia o soberano no exercício de suas funções políticas, composto de cinquenta a sessenta membros, aproximadamente. O número de integrantes era excessivo, tornando-o pouco apto para exercer as suas funções, quando rapidamente convocado. Era também um estorvo à manutenção de segredos entre tais membros. Dessa forma, no reinado de Carlos II, a fim de evitar esses problemas, reduziu-se tal número aos quatro ou cinco membros mais influentes do Conselho Privado. Estes debateriam os temas mais

Em 1714, o primeiro Rei da Dinastia de *Hanover*, Jorge I, que só falava o idioma alemão, teve a idéia de chamar para o Gabinete os membros mais influentes da Câmara dos Comuns. Por sugestão de Horácio Walpole,¹⁷ conselheiro durante quase vinte anos, o monarca passou a escolher para a composição do Gabinete somente membros do partido majoritário, que na época eram os *Whigs*. Como o soberano sequer entendia a língua utilizada, o colegiado passou a reunir-se sem ele, adquirindo o hábito de simplesmente submeter à sua assinatura as decisões tomadas sem a sua presença. Foi, dessa maneira, que o Gabinete, órgão até então desconhecido pela Constituição inglesa, passou a exercer, de fato, o Poder Executivo.

Jorge II, filho do soberano, seguiu o exemplo do pai, abstando-se completamente de tomar decisões. Seu sucessor, Jorge III, nascido na Inglaterra, foi o último rei que procurou ainda preservar as prerrogativas da antiga monarquia. Contudo, o seu reinado tornou-se inviável sem o apoio de um dos partidos políticos. Durante o longo reinado de Jorge III, a Grã-Bretanha perdeu suas colônias americanas, mas ele emergiu como líder do poder na Europa. Foi a partir dessa época que um governo parlamentar puro estabeleceu-se na Inglaterra. As importantes alterações ocorridas posteriormente no Parlamento foram decorrentes do sistema eleitoral dos seus integrantes.

Esclareça-se que, naquela faixa cronológica, existiam três correntes doutrinárias divergentes na Inglaterra. A primeira, defendida pelo partido conservador, pregava que apenas os proprietários de terras deveriam exercer o direito de voto. A segunda, por sua vez, entendia que se deveriam enquadrar como eleitores também os proprietários de bens móveis, que eram os grandes “industriais” da época. Por fim, havia uma corrente democrática, influenciada pelos franceses, que defendia o sufrágio universal.

A segunda corrente acabou prevalecendo, mas a corrente democrática ganhou força e respeito, propiciando calorosos debates. Ocorre que a democracia moderna ainda estava muito longe de ser alcançada, principalmente porque as

relevantes e, *a posteriori*, os levariam à reunião plenária do Conselho. Esse grupo reduzido do Conselho, que também atuou nos reinados de Jaime II, de Guilherme II e da rainha Ana, foi denominado, depois, de Gabinete.

¹⁷ Horace Walpole, filho do primeiro-ministro Robert Walpole e quarto conde de Orford, nasceu em Londres, em 24 de setembro de 1717. Ele foi membro do Parlamento entre os anos de 1741 a 1768, porém não se destacou na vida política.

maiores cidades industriais não tiveram representação no Parlamento até 1832, quando foi aprovada a Lei da Reforma. As exigências de ter propriedade para poder votar só desapareceram gradualmente. Em 1918, pela primeira vez, todos os homens puderam votar. Porém, até 1928, as mulheres não tinham esse direito, fato que só se consumou após a Segunda Guerra Mundial. Todavia, não há como negar que os ingleses influenciaram inúmeras nações, principalmente porque evoluíram politicamente muito cedo.

2. A contribuição norte-americana e a consolidação do *rule of law*

Entre as grandes revoluções que mudaram os destinos da civilização ocidental no final do século XVIII, a guerra da independência dos Estados Unidos também foi um marco para a história da democracia. O país surgido desse movimento libertário tornou-se modelo e inspiração para as colônias ibero-americanas em seu desejo de emancipação das potências colonizadoras. Nesse prisma, considera-se Revolução Americana a luta das colônias para se tornarem livres da metrópole. Vitoriosas, as antigas colônias passaram a constituir uma república independente, estabelecida com base em princípios democráticos que, pela primeira vez, ganhavam forma estatal.¹⁸

Os ideais da democracia norte-americana começaram a despontar, apoiando-se nas tradições trazidas para a América do Norte pelos primeiros colonizadores ingleses. Queriam, em suma, que a Magna Carta, a *Petition of Right*, a lei de *habeas corpus*, o *Bill of right* e até mesmo a lei comum os protegessem e os garantissem em sua aventurosa emigração das ilhas. As leis antigas vinham gravadas nos seus espíritos, pois, caso fossem apagadas, deixariam de ser o que acreditavam que eram.¹⁹

Embora sob o domínio inglês, as colônias começaram a se tornar sociedades florescentes e prósperas, dando ao cidadão comum bem-estar e oportunidades sem paralelo na Europa e talvez em nenhum outro lugar na história

¹⁸ Iniciada em 1607, a emigração inglesa para a América do Norte deu origem à formação de colônias. Uma das primeiras causas, porém, que concorreu para a guerra de independência foi o abandono em que estas, *ab initio*, encontravam-se. Afinal, os colonos tinham que resolver seus problemas sozinhos, o que lhes dava uma posição de autonomia em relação ao governo metropolitano. Ademais, os ingleses não ficavam a par das condições das colônias, pois, preocupados com os próprios problemas, não lhes dedicavam muita atenção.

¹⁹ Os colonos puritanos que se estabeleceram em Massachusetts, em 1620, por exemplo, uniram-se, assinando o Tratado do *Mayflower*, com o intuito de obedecer apenas a leis justas e iguais.

humana. Então, antes mesmo de se abordar a independência americana, faz-se mister destacar uma data memorável na história jurídico-política dessa nação: o *Agreement of the People*, de 28 de outubro de 1647. Tratou-se de um manifesto que se divulgou na América e teve repercussão profunda, a despeito de não ter sido acolhido pela Câmara dos Comuns. Desse modo, o pensamento em favor da liberdade já receberia como confirmação o *Habeas Corpus Act* de 1679. Então, pôde-se vislumbrar que o continente americano já abria o seu próprio caminho no sentido do direito constitucional relativo à liberdade.

É claro que desbravar sozinho essa senda não seria tarefa fácil. Porém, ao receber a herança inglesa, o povo anglo-saxônico da América teve tal situação amenizada, permitindo, assim, um grande salto no sentido de garantir os direitos fundamentais. Afinal, alimentados pela tradição liberal britânica de monarquia limitada, nascida da “Revolução Gloriosa” de 1688, os colonos consideravam seus direitos e liberdades como idênticos aos dos britânicos.²⁰

Entretanto, em um dos mais infelizes e célebres exemplos de má escolha do momento apropriado, as autoridades britânicas haviam resolvido apertar a frouxa administração, mas isso no exato instante em que os colonos americanos começaram a sentir sua própria identidade separada. As indignadas alegações coloniais sobre despotismo imperial e opressão eram, indubitavelmente, exageradas, mas o endurecimento da política britânica foi, na melhor das hipóteses, inoportuno. Disso resultou não só uma crescente hostilidade à Grã-Bretanha, mas também um senso reforçado de finalidade comum que transformaria os colonos em americanos.²¹

Entrementes, aumentava a importância econômica das colônias, sobretudo depois que a Grã-Bretanha, vitoriosa na guerra contra a França, acrescentou às suas possessões americanas todo o Canadá e as terras situadas entre os montes Apalaches e o rio Mississippi. Após o conflito, encontrando-se

²⁰ Doze anos depois, esses leais súditos britânicos estavam em guerra com a mãe-pátria. Embora as relações com a Grã-Bretanha até 1763 fossem relativamente harmoniosas, a crise dos doze anos seguintes ensinou-lhes que haviam, desde então, desenvolvido um apego profundo à sociedade que estavam criando nas colônias. Um tanto surpresos, descobriram que davam valor à conexão britânica apenas na medida e enquanto ela fosse compatível com seus desejos de preservar e aperfeiçoar uma sociedade norte-americana livre e semi-autônoma.

²¹Vide SELLERS, Charles; MAY, Henry; McMILLER, Neil R. *Uma reavaliação da história dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 56.

em difícil situação econômico-financeira, a Grã-Bretanha decidiu exigir das colônias a observância da Lei de Navegação (*Navigation Act*), que limitava grande parte do intercâmbio comercial colonial exclusivamente à metrópole. Reprimia-se também, por via oblíqua, o contrabando. Além disso, o *Sugar Act*, de 1764, que regulamentava o comércio do açúcar, aumentou o descontentamento dos colonos. Especialmente, aqueles que especulavam com a terra foram atingidos em seus interesses pelo decreto que proibia a colonização de áreas situadas além dos montes Apalaches.

Diante da necessidade de manter dez mil soldados ingleses para a defesa das colônias, o Parlamento aprovou em 1765 o *Stamp Act*. O decreto estabelecia várias taxas a serem pagas por documentos legais e oficiais, através dos quais os colonos iriam cobrir as despesas de manutenção das tropas britânicas. A reação foi tamanha que o Parlamento teve de tornar sem efeito o decreto no ano seguinte. Mas aprovou, de imediato, o *Declaratory Act*, em que afirmava ter pleno poder e autoridade para legislar sobre as colônias. Mesmo com a revogação das leis, outros fatores, como a proibição de abrir estabelecimentos fabris, existente desde 1765, iam estimulando um sentimento pela independência e reforçando o instinto de nacionalidade.

Em 1767, um novo decreto, o *Townshend Act*, tornou ainda mais tensas as relações entre a metrópole e as colônias. Esse decreto estabelecia impostos sobre o chá, o chumbo, o papel e o vidro, importados pelas possessões americanas. O dinheiro obtido destinava-se a pagar os funcionários britânicos das colônias. Estes eram muito mal vistos, pela maneira como agiam, pois apreendiam mercadorias de comerciantes honestos e, muitas vezes, praticavam contrabando. A reação dos colonos recrudesciu. Os comerciantes negaram-se a importar mercadorias britânicas, e o líder revolucionário, Samuel Adams, levantou a população de Massachusetts.

Em 5 de março de 1770, ocorreu o chamado massacre de Boston, quando dois regimentos britânicos que tinham sido enviados para conter os radicais daquela cidade entraram em choque com uma multidão, matando várias pessoas. As notícias espalharam-se por todas as demais colônias. E, outra vez, o Parlamento britânico foi obrigado a recuar e anulou, meses mais tarde, o *Townshend Act*.

Após três anos de relativa paz, em 1773, foi aprovada a Lei do Chá (*Tea Act*), com o objetivo de ajudar a Companhia das Índias Orientais a vender seus excedentes de chá nas colônias. Além do elevado preço do produto, os compradores ainda teriam de pagar impostos, e o lucro de sua comercialização

praticamente se reverteria em favor dos agentes da companhia. Em represália, os navios que transportavam chá para as colônias deixaram de ser descarregados, e tiveram de regressar à metrópole. Foi novamente em Boston que os acontecimentos assumiram caráter mais grave. No dia 16 de dezembro de 1773, vários colonos, disfarçados de índios, atacaram três navios no porto e jogaram ao mar toda a carga de chá. Esse incidente, conhecido como *Boston Tea Party*, foi o estopim da revolução.

A Grã-Bretanha viu-se então diante de duas alternativas: ceder mais uma vez ou adotar severas medidas de repressão. Decidindo pela segunda, votou o que os colonos denominaram Leis Intoleráveis (*Intolerable Acts*), das quais a mais enérgica determinava o fechamento do porto de Boston até que os proprietários do chá fossem indenizados.

Os colonos uniram-se para enfrentar a metrópole e, em 1774, realizou-se, na Filadélfia, o I Congresso Continental, com a presença de delegados de praticamente todas as colônias. Foi aprovada, então, a *Declaração de Direitos e Agravos* (*Declaration of Rights and Grievances*), exigindo a revogação das *Intolerable Acts*. O Congresso tentou entrar em acordo com o governo inglês, mas fracassou. Com o assentimento do Rei Jorge III, o governo decidiu reforçar as tropas britânicas nas colônias, a fim de garantir o cumprimento das decisões parlamentares.

Essa situação estava estimulando uma guerra pela independência, que parecia, cada vez mais, iminente. Os colonos passaram a cobrar um governo próprio, opondo-se ao pagamento de impostos sem representação. Em 1775, a guerra eclodiu em Lexington e Concord. Naquele ano, reuniu-se o II Congresso Continental, na mesma época em que se deu a batalha de Ticonderoga, com a vitória dos anticolonialistas. Nessa ocasião, foi criado o exército continental, sob o comando do general George Washington, que declarou a independência das colônias britânicas, em 4 de julho de 1776.

A Declaração de Independência, escrita por Tomas Jefferson e adotada pelo Congresso Continental em 1776, foi um documento clássico da democracia e estabeleceu os direitos humanos como um ideal pelo qual o governo deveria se guiar. O documento foi uma acusação impetuosa ao rei, ao Parlamento e ao povo ingleses, estabelecendo certas verdades óbvias, que eram fundamentais para a causa revolucionária. Dizia a declaração que todos os homens eram iguais e que Deus deu a todos os mesmos direitos à

vida, à liberdade e à busca da felicidade. Para proteger esses direitos, os homens organizariam governos, e os poderes do governo derivariam do consenso dos governados. Entretanto, quando um governo deixasse de preservar esses direitos, era obrigação do povo destituí-lo, para a formação de um novo Governo.²² Era evidente que os colonos não estavam lutando apenas por objetivos específicos, mas também por princípios filosóficos. O espírito despertado pela Declaração de Independência foi um fator imprescindível para o avanço definitivo dos norte-americanos.

No final da Guerra da Independência, a nova nação não passava de uma vaga confederação de Estados. A maioria dos puritanos não confiava na versão ateniense de democracia direta. Eles queriam estabelecer uma república porque temiam que a concessão de muito poder ao povo pudesse levar a um tumulto. Por tal razão, os homens que escreveram a Constituição dos EUA adotaram o sistema de dividir o poder entre o governo federal e os Estados-membros. Também estabeleceram que os poderes federais fossem divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário. Além disso, determinaram que o presidente seria eleito por um colégio eleitoral e não pelo voto direto do povo.

A Constituição norte-americana é outro marco relevante na feitura do conceito de *rule of law*. Com efeito, os revolucionários americanos não só consolidaram o valor normativo supremo do texto constitucional (*higher law*), estabelecendo assim a própria concepção de um Estado constitucional democrático, como também afirmaram as propriedades procedimentais e substanciais que caracterizam o “domínio da lei”. Essas propriedades substanciais estão contidas em sete das dez emendas que compõem a célebre “Declaração Americana de Direitos”.

A Constituição dos EUA, inicialmente, não continha uma declaração dos direitos fundamentais do homem. Todavia, para entrar em vigor, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes. Essa exigência tinha o objetivo de fazer com que condicionassem as suas adesões à

²²Apenas para ilustrar como esse documento foi importante para a história dos direitos fundamentais do homem, cite-se outra lição de Carl Schmitt: “*La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo – según una frase de Ranke – de la Era democrática – más exacto: liberal – y del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como ‘Bill of Rights’, en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. Jellinek, ‘La declaración de derechos del hombre y del ciudadano’, ed. Alemana, pág. 18) fue emitida por el Estado de Virginia e 12 de junio de 1776...*”. (SCHMITT, Carl. *Op. cit.*, p. 164).

feitura de uma “Carta de Direitos”, em que se garantissem os direitos fundamentais dos indivíduos. Naquele momento, era mais fácil acrescentar tal exigência após a ratificação da Constituição, por intermédio de emendas, do que buscar corrigir esse defeito antes da ratificação. Foi, então, confiado esse desiderato a Tomas Jefferson e James Madison, dando origem às primeiras emendas constitucionais.²³ Estas, no dizer de José Afonso da Silva,²⁴ constituíram-se no *Bill of Rights* do povo americano.

O mecanismo norte-americano para emendas estabelece um processo tão complexo, que as torna um dos documentos constitucionais mais rígidos hoje em vigor.²⁵ A dificuldade de se emendar a Constituição levou a Suprema Corte, nas décadas seguintes, a assumir papel cada vez mais crítico na atualização do conteúdo constitucional. E o fez por intermédio de uma interpretação construtiva do texto original, propiciando enormes problemas teóricos e políticos. Até porque era complicado justificar como um grupo de juízes não eleitos pode ser responsável por grande parte da atualização da lei maior. Apenas à guisa de exemplificação, em 1868, a 14ª emenda vinculou, definitivamente, os Estados da Federação à cláusula do devido processo legal. Isso permitiu à Suprema Corte, baseando-se em critérios de razoabilidade, desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no *Bill of rights* (*protection from arbitrary and unreasonable action*).

Dessa forma, peça fundamental do *common law* recebido da colonização passou a ser a noção de *due process of law*. Tratava-se da idéia

²³ A primeira emenda garante a liberdade de expressão e de religião, o direito de reunião pacífica e o direito de peticionar ao governo; a quarta emenda veda a devassa injustificada do lar e a revista infundada do indivíduo; a quinta emenda prevê o direito do réu a ter uma acusação contra ele formulada em crimes graves, especialmente aqueles punidos com pena de morte, julgada admissível pelo grande júri; a sexta emenda garante que, nos processos criminais, o acusado possui o direito a ser julgado por um júri imparcial do local onde o crime foi cometido; a sétima emenda trata do direito ao júri em causas cíveis, mencionando, expressamente, que nenhum caso julgado por um júri poderá ser revisto por qualquer tribunal dos Estados Unidos, senão em conformidade com as regras do direito comum; a oitava emenda impede a fiança excessiva e as penas cruéis ou singulares; a nona e a décima emendas asseguram aos Estados federados e ao povo os poderes e liberdades não enumeradas na Constituição.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 143.

²⁵ Não se está referindo à presença de cláusulas super-rígidas ou imutáveis, mas apenas aos mecanismos ordinários de alteração formal da Constituição. Sobre tal assunto, ver VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 63.

de que o julgamento de uma questão levada a um juiz ou tribunal devia ser precedido de amplo debate contraditório, com larga possibilidade de utilização dos meios de prova. No plano criminal, a decisão devia ser tomada, em princípio, por um júri, composto pelos pares do acusado. Nesse aspecto, influenciados por Locke e Montesquieu, os norte-americanos consagraram o júri no seu ordenamento, conferindo importância elevada ao julgamento popular.

Diante dessa conjuntura, o direito público norte-americano foi se fortalecendo, pois inúmeros juristas tinham o objetivo precípuo de manter o movimento social em torno das idéias e das questões jurídicas. Assim, com base em leis e interpretações, discutiam a cada momento a legalidade de atos e aplicações de máxima e regras. A valorização do tribunal popular e a garantia da liberdade, como já dito, foram defendidas e sempre almejadas. Por esse motivo, a “Revolução Americana” trouxe inúmeros benefícios para a consolidação das bases da democracia e do direito.

Por tudo isso, a Constituição dos Estados Unidos da América passou a ser a lei fundamental do país e o transformou em uma unidade política sólida. Todavia, esse documento, conquanto muito extraísse do direito inglês, foi contemporâneo da liberdade abstrata, indefinível e ampla dos pensadores franceses, razão pela qual pode-se encontrar, por vezes, aquele vocábulo desgarrado e sibilino: *liberty*. Foi sinal dos tempos.²⁶ Em 1914, os Estados Unidos da América haviam superado a maioria dos países europeus na edificação de uma sociedade democrática, sendo, pelo menos, iguais na dedicação aos ideais de grandeza nacional.²⁷

Entretanto, a tradição do *common law* determinou, de imediato, que os indivíduos possuíam direitos independentes do Estado. Na Magna Carta, os barões deixaram clarividente que o monarca não lhes concederia direitos novos, mas apenas respeitaria o compromisso de não mais tolhê-los dos direitos concedidos por Deus. A Constituição americana percorreu o mesmo caminho. Afinal, ela sustenta que a liberdade individual vem das “leis da natureza” e que “todos os homens são criados iguais, que são agraciados por seu Criador com

²⁶ Vide MIRANDA, Pontes. *Op. cit.*, p. 65.

²⁷ Vide BURNS, Edward Mcnall. *História da civilização ocidental*. 23. ed. Porto Alegre: Globo, 1979, p. 763.

certos direitos inalienáveis, que entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.²⁸

3. A contribuição francesa e a efetivação do Estado de Direito

A queda da Bastilha, no dia 14 de julho de 1789, marca o início do movimento revolucionário pelo qual a burguesia francesa, consciente de seu papel preponderante na vida econômica, tirou do poder a aristocracia e a monarquia absolutista. O novo modelo de sociedade e de Estado criado pelos revolucionários franceses influenciou grande parte do mundo. Por isso, tal fato se constitui em um importante marco histórico da transição para a idade contemporânea e para a sociedade capitalista baseada na economia de mercado.²⁹

Inquestionavelmente, as idéias de Voltaire³⁰ e, principalmente, de Rousseau,³¹ autor de *O contrato social*, lido e aplaudido em praça pública,

²⁸Vide RABENHORST, Eduardo R. *Democracia e direitos fundamentais: em torno da noção de estado de direito*. In: Zenaide Nazaré (org.). *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: Editora da Universidade Federal da Paraíba, 2001, p. 37.

²⁹ Os historiadores se contradizem quando apontam as causas da revolução. Porém, as mais comentadas incluem o descontentamento do povo, farto de suportar um regime em que eram incontáveis os privilégios e os abusos. Nesse ambiente, a monarquia absolutista representava um claro obstáculo à ascensão da burguesia, que era a classe mais rica e instruída da nação. Por outro lado, os camponeses ainda viviam esmagados pelo sistema feudal imperante no campo. A nobreza e o alto clero possuíam as melhores e mais extensas propriedades, enquanto o campesinato vergava sob o peso dos impostos reais, do dízimo eclesiástico e dos direitos senhoriais. Nesse contexto, a estrutura agrária, já bastante obsoleta, não atendia às novas exigências de uma população que se expandia com o progresso industrial e mercantil. Reclamavam-se medidas capazes de aumentar a produção agrícola, que mal chegava para alimentar a população. Então, da mesma forma como ocorreu na América do Norte, as condições para a eclosão de uma revolução ganhavam forças, justamente em face da exaltação feita pela revolução americana.

³⁰Voltaire era o pseudônimo do filósofo François Marie Arouet. Devido ao seu estilo claro, sua sagacidade, sua inteligência marcante, sua vasta criação literária e seu aguçado senso de justiça, ele tornou-se um dos autores mais famosos daquela época. Voltaire viveu na Inglaterra a partir de 1726 e, três anos depois, lá encontrou os grandes escritores Alexander Pope e Jonathan Swift. Sentiu-se também atraído pelas idéias do filósofo John Locke e do famoso cientista *sir* Isaac Newton. Combateu a crença fervorosa e intolerante e ajudou as vítimas da perseguição religiosa. Resumindo sua influência no desenvolvimento da democracia, ele condenou a intervenção do governo nos direitos e liberdades individuais.

³¹ Jean-Jacques Rousseau acreditava que a sociedade deveria ser reorganizada em comunidades, nas quais todas as pessoas fossem totalmente controladas. Criou um sistema de controle do comportamento que

influenciaram a eclosão da Revolução Francesa. Inspirados principalmente na doutrina de Rousseau, os revolucionários começaram a defender o princípio da soberania popular e da igualdade de direitos. É claro que, além desses dois, não se pode esquecer as importantes contribuições de Montesquieu.³²

Durante essa efervescência de idéias, como já dito, existia na França um grande descontentamento. Afinal, o povo comum, os membros da classe média e os nobres estavam desgostosos, porém por motivos diferentes. O governo estava falido, e Luís XVI era muito fraco para dominar a situação. Em 1789, a insatisfação popular finalmente gerou a Revolução Francesa, que durou dez anos, influenciando inúmeras nações a adotarem as bases democráticas nas suas formas de governo, em face do conteúdo que revestiam os seus ideais. No início do movimento reacionário, o poder supremo na França pertencia teoricamente ao rei, mas, no seu fim, foi transferido às mãos da grande classe média em expansão.³³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁴ aponta o jusnaturalismo e o pensamento cristão como as principais causas para o aparecimento das mencionadas “declarações de direito”, que tanto influenciaram os inúmeros sistemas democráticos. Porém, deve-se fazer a ressalva de que elas não foram

pronunciava algumas das modernas teorias de comportamento e de condicionamento psicológico. Também delineou os fundamentos para uma democracia, na qual todos participariam e estariam envolvidos. Essa democracia utilizaria o treinamento, a direção e a propaganda, a censura e a limitação da privacidade para eliminar grupos de interesse e controlar suas idéias. Ele não aconselhava os homens a retornar ao estado natural. Desejava uma sociedade agrícola simples, na qual os desejos humanos pudessem ser limitados, os impulsos sexuais e egocêntricos controlados, e todas as energias dirigidas para um envolvimento total na vida comunitária. Note-se que algumas de suas idéias influenciaram Robespierre, bem como os socialistas e comunistas dos séculos XIX e XX. No seu livro *O contrato social* (1762), declarou que o povo tem o dever de obedecer apenas a poderes legítimos. Os únicos governantes de direito, acrescentou ele, são aqueles escolhidos livremente pelo povo. Tal obra tornou-se um marco na história da ciência política.

³² Montesquieu, cujo nome verdadeiro era Charles de Secondat, defendia a liberdade humana e opunha-se à tirania. Assim como a Inglaterra conheceu Locke por pensador político do contra-absolutismo, cravado na inspiração individualista dos direitos naturais oponíveis ao Estado, a França conheceu, com o gênio de Montesquieu, a criação, na obra *Do espírito das leis*, da técnica de separação de poderes, que resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal.

³³ Os reis de *Bourbons* voltaram ao trono em 1814 e 1815, após cada uma das derrotas de Napoleão Bonaparte, que havia se tornado cônsul. Todavia, independentemente disso, pode-se dizer que o governo absoluto na França havia chegado ao fim. O movimento revolucionário foi um acontecimento importante na história da democracia, já que promoveu as idéias de liberdade e igualdade. Mas não fez de tal nação uma exteriorização dessa forma de governo, estremando os poderes do rei, transformando-a em uma monarquia com poderes limitados.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 78. 3 v.

as únicas. Ao surgimento de uma nova idéia de direito, tão profundamente revolucionária e de inspiração de natureza basicamente ideal, devem-se levar em conta as condições históricas objetivas, que, na realidade, constituíram a fundamentação primeira. Assim, quando as circunstâncias materiais da sociedade propiciaram, as conquistas humanas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação.

O Estado Democrático nascido das Revoluções Americana e Francesa, elegendo a forma representativa parlamentar de exercício do poder político, institucionalizou-se com amparo na chamada teoria da divisão dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. Antes, impossibilitado de exercício direto de seu poder, o povo passou a escolher os seus representantes que, como mandatários, iriam exercer o poder que ao povo pertencia. A lei revelou-se como a mais avançada e racional forma de o povo expressar (de modo genérico, abstrato e prévio) as regras da convivência social. Nesse prisma, editada por intermédio dos representantes do povo, as normas fixaram os limites da atuação de todos, inclusive do Estado. Adquiriu o caráter de instituição, portanto, um Estado de Direito, submetida à lei, como qualquer indivíduo, em nome do povo editando leis (Legislativo) e, em nome dele, fazendo-as cumprir (Executivo).³⁵

As revoluções liberais almejaram copiar o sistema do *rule of law*, tendo em vista o seu resultado de salvaguardar a liberdade e os direitos do indivíduo, com exceção dos Estados Unidos da América, pois, como já dito, receberam a *common law* com a colonização. Todavia, os sistemas jurídicos do continente europeu, com base no modelo francês, baseavam-se na lei escrita, que tendia a simplificar e a enrijecer os princípios reproduzidos do direito inglês. Foi o que ocorreu com a transição do *rule of law* para o sistema de direito escrito, concomitantemente com a idéia, igualmente inglesa, de separação dos poderes, do que resultou o Estado de Direito, na acepção mais restrita. Note-se que o sistema francês tinha um cunho nitidamente formal, ao passo que o modelo inglês possuía um caráter substancial.

Ora, se o objetivo precípua de uma Constituição é organizar os poderes públicos, busca, igualmente, demarcar e defender os direitos fundamentais, como

³⁵ Vide CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 90.

demonstra a descrição de alcance geral contida no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não for assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não possui constituição”. Atualmente, sob a impulsão das cortes constitucionais e da doutrina constitucionalista, o direito constitucional foi restabelecido sobre essas duas bases. Desvinculou-se, então, de uma ligação quase exclusiva à ciência política, para assumir uma feição jurídica e irrigar, por seus próprios princípios, o conjunto dos ramos do direito.³⁶

Sem embargo, o Estado de Direito, na sua interpretação restrita, exprime-se, especialmente, em três princípios: legalidade, já que apenas a lei poderia estabelecer limitações à liberdade individual; isonomia, pois a norma deve ser igual para todos e assim aboliria discriminações;³⁷ porque tudo isso tem que ficar sujeito ao controle de juízes independentes e imparciais.

O princípio mais importante parece ser o da legalidade. Indubitavelmente, ele é um dos preceitos basilares e sujeita-se ao império da lei, em especial da norma que tenha como objetivo precípuo o princípio da igualdade e da justiça. Não tanto pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Nesse contexto, sua atividade tem que ficar subordinada à lei, entendida como expressão da vontade comum, que se materializaria de forma plena em um regime de divisão de poderes. Nesse regime, a lei deve ser o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo disciplinado na constituição. É nessa seara que se deve vislumbrar a assertiva de que o Estado, seja através do poder público, seja por seus administradores, não pode exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem tampouco proibir nada aos administrados, salvo em virtude de lei.³⁸

Dessa forma, sob o prisma individual, o princípio da legalidade define a esfera de liberdade em face da lei. Já sob o ângulo do Estado, significa que este não pode atuar senão de acordo com a lei. De fato, o Estado não pode

³⁶ Vide MATHIEU, Bertrand. *Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional*. Trad. Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 25.

³⁷Ou judiciariedade. Nos dois casos, o verbete soa bárbaro, mas, na falta de um mais adequado, ele tem que ser utilizado.

³⁸ Vide DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Diálogos, 1973, p. 30-35.

vedar uma conduta, se a lei não veda; não pode exigir uma ação, caso a lei não determine ao indivíduo. Assim, proscrever-se-ia o arbítrio dos governantes.³⁹ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreveu, em 1789, que ninguém poderia ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta escritas. Tal garantia confere importância marcante ao Poder Legislativo, órgão de onde promanam as leis *stricto sensu*.

Todavia, o referido texto não pode ser compreendido isoladamente. Ele deve ser apreciado dentro do sistema constitucional vigente em cada nação, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre o princípio da legalidade ali consubstanciado. Fundamenta-se na previsão de competência geral do Poder Legislativo para criar leis sobre matérias genericamente indicadas. A idéia matriz está em que só esse poder está autorizado a legislar, elaborando regras que contenham, originariamente, uma base modificativa da ordem jurídico-formal. Essa função faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas instituições, com a conseqüente distinção da competência regulamentar.⁴⁰

Não é raro fazer-se confusão entre os princípios da legalidade e o da reserva legal. Aquele, significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida

Não é raro fazer-se confusão entre os princípios da legalidade e o da reserva legal. Aquele, significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, enquanto este consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se impreterivelmente por lei formal. Mesmo que muitos argumentem que o princípio da legalidade se revela como um caso de restrição relativa, ainda assim é de se ver distinção entre ambos. É que o legislador, no caso da reserva de lei, deve impor uma disciplina mais específica do que é indispensável para satisfazer o princípio da legalidade. Ademais, esta envolve uma situação de hierarquia das fontes normativas, ao passo que a reserva legal envolve questão de competência.

O princípio da legalidade, dentro de um Estado Democrático de Direito, alicerça-se no princípio da legitimidade. Os regimes ditatoriais como, por exemplo, os que prosperaram no final do século XIX e início do XX, também

³⁹ Cf. FERREIRA FILHO. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 101.

⁴⁰ Vide SILVA, José Afonso. *Op.cit.*, p. 367-368.

atuaram mediante leis. Entretanto, na sua grande maioria, eles impuseram suas vontades pelo critério coercitivo e não em razão da legitimidade. Portanto, deduz-se que nem sempre a ordem jurídica foi justa.

O princípio da legalidade só pode ser formal na exigência de que a lei seja concebida pelos órgãos de representação popular, não em abstração ao seu conteúdo e à finalidade da ordem jurídica. Assim, legalidade e legitimidade nem sempre se confundem, pois esses princípios cessam de identificar-se no instante em que se admite que uma ordem pode ser legal, porém injusta. Por tal razão, impõe-se a recuperação do vínculo entre ambos, sob bases distintas, a partir do abandono da noção puramente formal da legalidade, definindo-a como a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana, como prevêm inúmeras legislações.

O princípio da legalidade não exige apenas que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas. Mais do que isso, ele exige que as normas estejam em conformidade com certos valores e critérios imprescindíveis à existência de uma sociedade livre. Enfim, os dois princípios em testilha não poderiam identificar-se senão quando a legalidade seja a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana. Em suma, o princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito repousa em uma ordem jurídica oriunda de um poder legítimo. Caso a autoridade não seja legítima, o Estado não será considerado como tal. Afinal, fora dessa situação, ter-se-á uma legalidade formal, porém não a realização do princípio da legalidade.

Com base nessas novas concepções, houve mudanças políticas de grande importância, principalmente impulsionadas pela Revolução Industrial. Durante a segunda metade do século XIX, as classes trabalhadoras exigiram e obtiveram maiores direitos políticos. Novas leis deram a mais cidadãos o direito de votar. As liberdades de opinião, imprensa, reunião e religião foram estendidas e ampliadas.

Assim, após as revoluções de 1830, muitas nações do mundo ocidental experimentaram um certo renascimento da democracia. Na Europa, a Grã-Bretanha tomou a dianteira, mas a França, a Alemanha, a Suíça, a Holanda, a Bélgica e a Itália não lhe ficavam muito atrás. Por último, a Espanha, a Turquia e os Reinos Balcânicos adotaram, pelo menos, certas formas de governo democrático. Na verdade, o que interessava à grande maioria desses países era a democracia governamental e política, tipificada pelos parlamentos, pelo sufrágio universal (masculino) e pelo governo de gabinete. Somente ao aproximar-se o fim

do período compreendido entre 1830 e 1914, foi que se começou a pensar a sério na democracia social ou econômica. Nesse novo quadro, atribuiu-se ao Estado a responsabilidade de satisfazer os direitos econômicos, ao lado dos direitos de liberdade.

A Revolução Mexicana produziu a Constituição de 1917, que proclamou os direitos do trabalhador, enquanto a Revolução Russa levou à declaração dos direitos do povo, dos trabalhadores e dos explorados, em 1918. A Constituição alemã de Weimar, de 1919, tenta acrescentar às franquias liberais do século anterior os princípios da democracia social que se impunha.

Embora estivessem fortemente disseminadas e fosse difícil encontrar relevantes argumentos doutrinários contrários aos ideais do Estado Democrático de Direito, em alguns lugares, as idéias democráticas não foram postas em prática pelos sistemas políticos. Porém, em qualquer sistema democrático, poder-se-ia dizer que as leis constitucionais, elaboradas pelos representantes dos cidadãos, durante um processo constituinte, e dotadas dos mecanismos de reforma, inspiraram-se na aceitação básica e no reconhecimento explícito por toda a comunidade de uma série de direitos e liberdades fundamentais. Esses direitos são de caráter político e social, econômico e cultural. Assim, todo direito positivo que emanava da constituição tendia a procurar proteger tais direitos, constituindo-se estes em uma série de vitórias da humanidade.

Inevitavelmente, os direitos individuais como, por exemplo, igualdade judicial, juiz natural, publicidade, contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição, etc., pela sua transcendência, começaram a extrapolar os limites fronteiriços de cada Estado para se tornar uma questão de interesse internacional. Pode-se dizer que esses direitos conquistados pelo homem passaram por três fases: em um primeiro instante, foram resguardados os direitos de liberdade, ou seja, aqueles que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; em um segundo momento, foram assegurados os direitos políticos, os quais, projetando a liberdade não só de forma negativa, como não-impedimento, mas também positiva, como autonomia, tiveram como resultado a participação cada vez genérica dos membros de uma comunidade no poder político ou liberdade no Estado; por fim, foram firmados, com ênfase, os direitos sociais, que expressaram o amadurecimento de novas exigências ou novos valores, como os de bem-estar e da liberdade através ou por meio do Estado.⁴¹

⁴¹ GSCHENDTER. Loaci. Direitos Fundamentais. In: Jus Navigande, n. 51. Disponível em: < <http://www.1jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075> > . Acesso em: 10 maio 2002

Referências bibliográficas

BURNS, Edward Mcnall. *História da civilização ocidental*. 23. ed. Porto Alegre: Globo, 1979.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CRUMP, C. G.; JACOB, E. F.. *El legado de la edad média*. Madrid: Ediciones Pegaso, 1950.

DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Diálogos, 1973.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GSCHENDTER. Loaci. Direitos Fundamentais. In: Jus Navigande, n. 51. Disponível em: < <http://www.1jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>> .Acesso em: 10 maio 2002

LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Lemonad, 2000.

MATHIEU, Bertrand. *Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional*. Trad. Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

MIRANDA, Pontes. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999.

MOSCA, Gaetano. *História das doutrinas políticas, desde a antigüidade*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1963.

RABENHORST, Eduardo R. *Democracia e direitos fundamentais: em torno da noção de Estado de Direito*. In: NAZARÉ, Zenaide (org.). *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: Editora da Universidade Federal da Paraíba, 2001.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996.

SELLERS, Charles; MAY, Henry; McMILLER, Neil R. *Uma reavaliação da história dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

A LIBERDADE DE ENSINO NAS CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS

Jorge Miranda

Professor da Universidade de
Lisboa

Professor Universidade Católica
Portuguesa

1. Evolução do tratamento da educação nas constituições portuguesas

As cinco constituições portuguesas anteriores prestaram à educação alguma atenção relevante. Assim, já a Constituição de 1822 prescrevia a existência “em todos os lugares, onde convier” de escolas suficientemente dotadas (art. 237º) e declarava “livre a todo cidadão abrir aulas para o ensino público” (art. 239º), quer dizer, para o ensino aberto ao público.

A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 estabeleciam a instrução primária gratuita (art. 145º, § 30º, e art. 28º- I, respectivamente) e previam colégios e universidades ou estabelecimentos em que se ensinassem as ciências, letras e artes (art. 145º, § 32º, e art. 28º-II); e a Constituição de 1838 garantia também a liberdade do ensino público (art. 29º).

A Constituição de 1911 ia mais além, considerando não só gratuito mas ainda obrigatório o ensino primário elementar (art. 30, nº 11). Ao mesmo tempo impunha a neutralidade em matéria religiosa do ensino ministrado quer em escolas públicas quer em escolas particulares fiscalizadas pelo Estado (art. 3º, nº 10).

A Constituição de 1933, além de garantir a liberdade de ensino, embora sujeita a lei especial (art. 8º, nº 5 e § 2º), dedicava à educação, ao ensino e à cultura um título autónomo da parte I. Deste título constava que a educação e a instrução eram obrigatórias e pertenciam à família e aos estabelecimentos oficiais ou particulares em cooperação com ela (art. 42º); que o Estado mantinha escolas de todos os graus (art. 43º, corpo); que o ensino primário elementar era obrigatório (art. 43º, § 1º); que o ensino ministrado pelo Estado era independente de qualquer culto religioso, não o devendo, porém, hostilizar (art. 43º, § 3º); que não dependia de autorização o ensino religioso nas escolas particulares (art. 43º, § 4º); e que era livre o estabelecimento de escolas particulares paralelas às

do Estado, ficando sujeitas à sua fiscalização e podendo ser por ele subsidiadas ou oficializadas para o efeito de concederem diplomas, verificados certos requisitos (art. 44º).

A Constituição de 1976, de acordo com a sua divisão sistemática trata da educação quer no título de direitos, liberdades e garantias quer no título de direitos económicos, sociais e culturais, consagrando ali a liberdade de aprender e de ensinar (art. 43º) e aqui o direito à educação (arts. 73º e segs.). Mas há preceitos relevantes dispersos por todo o texto constitucional.

Da versão inicial constavam algumas expressões que depois desapareceriam nas revisões constitucionais. O progresso da sociedade democrática e socialista era um dos objectivos da educação (art. 73º, nº 2, 2ª parte); o Estado devia modificar o ensino de modo a superar a sua “função conservadora da divisão social do trabalho” (art. 74º, nº 2); incumbia-lhe estimular a formação de quadros científicos e técnicos originários das classes trabalhadoras (art. 74º, nº 3, alínea g)] e estimular e favorecer a entrada na Universidade de trabalhadores e de filhos de trabalhadores (art. 76º); e o ensino particular era declarado supletivo de ensino público (art. 75º, nº 2).

A revisão de 1982 garantiria o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (art. 43º, nº 4); em vez de progresso da sociedade democrática e socialista falaria em progresso social e participação democrática na vida colectiva (art. 73º, nº 2); desdobraria a igualdade de oportunidades de formação escolar em igualdade de oportunidades de acesso e em igualdade de oportunidades de êxito escolar (art. 74º, nº 1); em vez de função conservadora de divisão social de trabalho falaria em função conservadora das desigualdades económicas, sociais e culturais (art. 74º, nº 2); substituiria a ligação de ensino com as actividades produtivas pela inserção das escolas nas comunidades [art. 74º, nº 3, alínea f)]; incumbiria o Estado de promover e apoiar o ensino especial para deficientes e de assegurar aos filhos de emigrantes o ensino da língua portuguesa [art. 74º, nº 3, alíneas g) e h)]; consagraria a existência de um ensino cooperativo a par do ensino público e do particular, cujo carácter supletivo eliminaria (art. 75º); consagraria a autonomia da Universidade (art. 76º, nº 2) e a participação na gestão das escolas e na definição da política de ensino (art. 77º).

Com a revisão de 1989 prescrever-se-ia que o ensino deveria contribuir para a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, habilitar os cidadãos a participar democraticamente numa sociedade livre e promover a

compreensão mútua, a tolerância e o espírito de solidariedade (art. 74º, nº 2); dir-se-ia que o Estado reconhece e fiscaliza, e não só fiscaliza, o ensino particular e cooperativo (art. 75º, nº 2); e substituir-se-ia a referência a trabalhadores e filhos de trabalhadores por democratização no acesso à Universidade e às demais instituições de ensino superior (art. 76º, nº 1).

Por último, a revisão de 1997 agregaria todas as finalidades da educação (art. 73º, nº 2); aditaria como incumbências do Estado as de desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar, de proteger e valorizar a linguagem gestual portuguesa e de assegurar aos filhos de imigrantes apoio adequado para a efectivação do direito ao ensino [art. 74º, nº 2, alíneas *b*), *h*) e *j*)]; e constitucionalizaria a avaliação do ensino superior (art. 76º, nº 1).

Para lá das oscilações à volta de fórmulas não pouco redundantes e algumas descabidas em normas constitucionais, o sentido de alterações parece ser, na linha sempre das duas categorias de direitos fundamentais, o de reforço de pluralismo escolar e, simultaneamente, de alargamento das tarefas do Estado.

2. A educação no texto constitucional actual

I – Um rápido relance pelo texto constitucional (na versão em vigor) permite surpreender – indo do mais abrangente para o menos abrangente – preceitos relativos à educação em geral, preceitos relativos ao ensino ou à educação escolar em geral e preceitos sobre o ensino universitário em particular, assim como preceitos sobre o ensino público e preceitos sobre o ensino não público.

a) São preceitos constitucionais concernentes à educação em geral (seja escolar, seja não escolar) os arts. 36º, nºs 3 e 5, 43º, nºs 1 e 2, 58º, nº 3, alínea *c*), 66º, nº 2, alínea *g*), 67º, nº 2, alínea *c*), 68º, nº 1, 70º, nº 1, alíneas *a*) e *d*), e nº 2, 73º, nºs 1 e 2, 74º, nº 1, alíneas *c*), *d*) e *h*), e 90º.

b) São normas constitucionais relativas ao ensino em geral as dos arts. 9º, alínea *f*), 41º, nº 5, 1ª parte, 59º, nº 2, alínea *f*), 74º, nºs 1 e 2, 77º, nºs 1 e 2, e 164º, alínea *i*).

c) São preceitos atinentes ao ensino universitário em especial o art. 76º, nºs 1 e 2 (em parte).

d) São preceitos sobre ensino público os arts. 43º, nº 3, 74º, nº 2, alínea *b*), 1ª parte, 75º, nº 1, e 76º, nº 2 (em parte).

e) Por último, são preceitos específicos sobre o ensino não público os arts. 43º, nº 4, e 75º, nº 2.

II – Não custa discernir no âmbito da Constituição da educação (como na da Constituição do trabalho ou na da saúde, por exemplo) preceitos com estruturas e finalidades bastante variadas.

Encontram-se normas atributivas de direitos, normas prescritivas de deveres, normas de garantias institucionais, normas impositivas de incumbências, normas organizatórias, normas de competência. Mais uma vez sobressaem a contraposição e a interdependência de direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais.

Assim, por uma banda, salientam-se:

a) Em geral, a garantia da liberdade de aprender e de ensinar, com todas as faculdades que comporta;

b) A garantia da existência e do reconhecimento de escolas particulares e cooperativas;

c) A correlativa necessidade de existência de escolas públicas;

d) A autonomia científica e pedagógica das Universidades;

e) A participação democrática nas escolas.

E, por outro lado:

a) Em geral, a necessidade de o ensino contribuir para superação de desigualdades económicas, sociais e culturais;

b) A existência de um sector público de educação pré-escolar;

c) A criação de uma rede de escolas públicas que satisfaça as necessidades de toda a população;

d) A universalidade e a obrigatoriedade do ensino básico;

e) A progressiva gratuitidade de todos os demais graus de ensino;

f) A promoção do acesso dos cidadãos, segundo as suas capacidades, aos graus mais elevados do ensino;

g) A inserção das escolas nas comunidades que servem;

h) A promoção e o apoio do ensino especial para pessoas portadoras de deficiências;

i) A promoção do ensino quer para os filhos dos emigrantes quer para os filhos dos imigrantes.

Uns e outros direitos e as respectivas normas têm de ser entendidos sistematicamente, buscando uma síntese operativa. Ao fim e ao resto, a efectivação

do direito à educação e à cultura destina-se a fazer que todos passem a usufruir da liberdade de criação e fruição cultural e da liberdade de aprender e ensinar, em igualdade.

3. O princípio da liberdade de educação

I – A liberdade de educação surge, ao mesmo tempo, como direito autónomo e como exigência ou decorrência de outros direitos e princípios. Vale em si mesma na dupla vertente dos sujeitos do processo educativo – os que recebem e os que ministram educação – e daí o falar a Constituição em *liberdade de aprender e em liberdade de ensinar*. E revela-se inseparável dos direitos e deveres dos pais, da liberdade de consciência e de religião, da liberdade de criação cultural, da liberdade de expressão e informação, da liberdade de associação.

Com ela pretende-se propiciar o acesso aos bens culturais sem obstáculos políticos e jurídicos e estabelecer uma relação particular entre as pessoas, bem como certo equilíbrio entre a família, a sociedade civil, o Estado e outras instituições. Embora sem se esgotar na escola, avulta hoje principalmente sob a veste de liberdade de ensino, devido ao peso muito grande da educação escolar na vida moderna. A sua garantia implica, por isso, formas organizatórias cada vez mais complexas.

Sob esta perspectiva de liberdade em função da escola, a liberdade de educação ou liberdade de ensino decompõe-se em três aspectos fundamentais: 1) em direito de escolha da escola; 2) em direito de criação de escolas distintas das do Estado, sem prejuízo do direito à existência de escola pública; 3) em liberdade de professores e alunos na escola. Os três aspectos encontram-se consignados nos preceitos constitucionais há pouco citados.

II – O direito de escolha da escola compreende:

a) O direito de acesso a qualquer escola, verificados os requisitos gerais prescritos na lei, sem impedimentos, nem discriminações (arts. 13º e 74º, nº 1);

b) O direito de escolha da escola mais adequada ao projecto educativo ou cultural que se pretenda realizar (art. 43º, nº 1) designadamente, da escola mais adequada à formação moral, religiosa, filosófica, intelectual ou cívica dos filhos (arts. 36º, nº 5, e 41º);

c) Para além da escolaridade obrigatória, o direito de escolha da escola

(ou do curso) correspondente à formação pessoal e profissional que se queira obter segundo as suas capacidades [arts. 43º, nº 1, de novo, 47º, nº 1, e 74º, nº 2, alínea *d*)].

III – O direito de criação de escolas distintas das escolas do Estado, de escolas particulares e cooperativas significa, especificamente, o direito de dar corpo a qualquer projecto educativo, ainda que a sua concretização requeira um grau maior ou menor de iniciativa económica e da correspondente liberdade.

De modo algum se confunde ensino privado com ensino livre. Tão livre tem de ser o ensino nas escolas públicas como o ensino nas escolas não públicas. Mas a liberdade de criação de escolas não estaduais (naturalmente, em latitude variável do ensino primário ao universitário) salvaguarda também a própria liberdade dentro das escolas estaduais: até para que nestas escolas haja liberdade frente ao poder político, importa que em escolas não estaduais possa haver opções de fundo, programas, métodos, livros diferentes dos das escolas do Estado ou que os complementem.

Em contrapartida, mesmo que existam escolas particulares e cooperativas em determinada área, o Estado não pode deixar de criar as suas escolas (sempre tendo em conta critérios de proporcionalidade e de prioridade na satisfação das necessidades). O direito à escola pública não se reconduz apenas a um direito económico, social e cultural; reconduz-se também a direito, liberdade e garantia – porque a não confessionalidade da escola pública é uma garantia de liberdade para aqueles que não se reconheçam em nenhuma escola confessional (ou seja, de escola ao serviço de quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas).

Para que haja liberdade de escolha, tem de ser assegurada, portanto, em tensão dialéctica, a existência quer de escolas privadas e cooperativas quer de escolas públicas. E, para que essa liberdade de escolha seja efectiva, têm de ser assegurados a quem deseja frequentar um ou outro tipo de escola os indispensáveis meios económicos.

IV – A liberdade na escola, ou liberdade académica na acepção clássica, significa:

- a) A liberdade dos professores de ensino de acordo com a sua procura da verdade, o seu saber, a sua orientação científica e pedagógica;
- b) O direito do aluno à compreensão crítica dos conteúdos do ensino.

Esta liberdade tem como garantia a não programação do ensino nas escolas públicas, segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (art. 430, nº 2) e compagina-se com o direito de criação de escolas particulares e cooperativas.

Enquanto que nas escolas públicas prevalece a regra da não confessionalidade (art. 43º, nº 3) – expressão, ao nível de cada uma, da não programação – nas escolas particulares e cooperativas pode haver a opção por esta ou aquela directriz filosófica, estética, política, ideológica ou religiosa. Ou seja : nas escolas públicas, o Estado deve abster-se de impor e nas escolas particulares e cooperativas deve abster-se de impedir uma qualquer orientação confessional.

4. O ensino de religião e moral nas escolas públicas

I – Não há contradição entre o ensino de religião e moral católicas nas escolas públicas (atrás citados art. 21º da Concordata entre Portugal e a Santa Sé e Decreto-Lei nº 407/89, de 16 de Novembro) e a regra da não confessionalidade do ensino público (art. 43º, nºs 2 e 3 , da Constituição), contanto que os dois termos sejam correctamente apreendidos e enquadrados.

Com efeito, a não confessionalidade do ensino público significa que o ensino público se não identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia ou ideologia; não significa que as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público. O Estado não pode impor nenhuma, repita-se; pode permitir – deve permitir – todas, em liberdade e igualdade.

O que a Constituição pretende é evitar a unicidade da doutrina de Estado; não é – sob pena de se pôr em causa a própria educação e cultura – evitar a presença da religião, da filosofia, da estética, da ideologia nas escolas. Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse igualmente nas escolas; ou que numa Constituição que o salvaguarda, no sector público da comunicação social, o não viabilizasse nas escolas públicas.

O direito dos pais de assegurarem educação aos filhos de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas (consagrado também no art. 13º, nº 3, 2ª parte, do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no art. 2º do Protocolo Adicional nº 1 à Convenção Europeia dos Direitos do

Homem e no art. 5º da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião e na Convicção) manifesta-se tanto fora como dentro de escolas públicas – sobretudo quando o Estado não assegura o acesso a escolas particulares confessionais, independentemente das condições económicas.

O art. 41º, nº 5, aludindo a “ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão”, não infirma este entendimento”.

Em primeiro lugar, porque esta disposição compadece-se com uma interpretação diferente da que *prima facie* lhe é dada, com a interpretação segundo a qual ela não vem senão garantir o ensino assumido por cada confissão religiosa, enquanto tal, livremente, sem interferência de orientações estranhas.

Em segundo lugar, porque, ainda quando se acolha uma leitura restritiva, nada obsta – em face do art. 16º, nº 1, da Constituição, cláusula aberta de direitos fundamentais – a que a lei ou uma regra de direito internacional amplie o âmbito do direito.

II – Tudo depende, em qualquer caso, de três requisitos:

1) Livre opção dos pais (ou de alunos a partir de 16 anos); o que implica – pois o direito ao ensino religioso decorre do direito à religião – que esse direito seja exercido de forma positiva;

2) Igualdade de todas as confissões, assegurando-se o acesso de todas às escolas públicas, embora com a limitação objectiva do número de alunos candidatos ao ensino de cada religião e das respectivas condições práticas de leccionação;

3) Ensino ministrado por docentes indicados por cada confissão, sob a responsabilidade e com programas por ela definidos.

Equacionado assim o problema, afiguram-se de menor alcance (se bem que delicados e nem sempre fáceis) alguns outros problemas, como o do lugar das aulas de religião nos horários escolares e do estatuto dos professores que, para tal, venham a ser contratados.

5. O sistema de ensino

Não por acaso dois dos preceitos constitucionais – os arts. 76º, nº 1, e 164º, alínea i) – empregam a locução “sistema de ensino”. Ela traduz bem uma

consideração globalizante do ensino na Constituição, ao serviço dos fins aí assumidos.

O sistema de ensino compreende todas as escolas de todos os graus que se integrem no âmbito definido pelos arts. 74º a 77º Não se confunde com sistema ou sector público de ensino, porquanto, a par deste, se reconhece, garante e fiscaliza o ensino particular e cooperativo (arts. 43º, nº 4, e 75º, nº 2) – o qual, por isso, se torna, também oficial. Nem se perceberia que fosse doutra sorte, tendo em conta, por um lado, as incumbências gerais do Estado no domínio da educação e, por outro lado, os princípios pluralistas da ordem constitucional¹.

De fora apenas fica o ensino destinado a funções circunscritas no interior de determinadas comunidades e associações, sem carácter de universalidade – nomeadamente o destinado à formação de ministros de confissões religiosas ou, noutro plano, de dirigentes de partidos políticos. Já não o ensino ministrado por entidades de Estados estrangeiros ou por instituições internacionais, como a Igreja Católica, na medida em que dirigido a quaisquer cidadãos e com graus e diplomas equivalentes aos das demais escolas: em rigor, não se trata nem de ensino público, nem de ensino particular, e o legislador goza de relativa margem de conformação do seu regime jurídico; mas as suas especialidades não podem ser tais, nem tantas que o afastem do sistema.

A legislação ordinária publicada desde a entrada em vigor da Constituição – melhor a Lei nº 9/79 (lei de bases do ensino particular e cooperativo) e o Decreto-Lei nº 108/88, de 21 de Março (expansão da rede escolar) do que a Lei nº 46/86, de 14 de Outubro (lei de bases do sistema educativo) e o Decreto-Lei nº 16/94, de 22 de Janeiro (estatuto do ensino superior particular e cooperativo)² – e mesmo a Concordata entre a Santa Sé e Portugal (1), situam-se nesta linha, aliás próxima da que já resultava da Constituição de 1933.

¹Apesar das inultrapassáveis diferenças de natureza, passa-se no domínio do ensino algo de semelhante ao que ocorre noutras áreas: a) Na comunicação social, a Constituição tanto garante a existência de um serviço público (arts. 38º, n.ºs 5 e 6, 39º, nº 5, e 40º, nº 1) como a existência de órgãos de comunicação não pertencentes ao Estado [arts. 38º, nºs 2, alínea c), 3, 4 e 7, 39º, nº 4, e 41º, nº 5]. b) Na segurança social, a par de um sistema unificado e descentralizado, a organizar, coordenar e subsidiar pelo Estado, reconhece instituições particulares de solidariedade social não lucrativas (art. 63º, nºs 2 e 5); c) Na saúde, prevê a articulação das formas empresariais e privadas de medicina com o serviço nacional de saúde [art. 64º, nº 3, alínea d)]; d) Na política de habitação tanto prevê intervenções do Estado e dos municípios [art. 65º, nºs 2, alíneas a) e b), e 4] como a construção comunitária, cooperativa e privada [art. 65º, nº 2, alíneas c) e d)]; e) Em geral, nos meios de produção, eleva a coexistência dos sectores público, privado e cooperativo e social a princípio fundamental [arts. 80º, alínea b), 82º e 288º, alínea f)].

²Vejam-se, na Lei nº 9/79, a noção de “sistema nacional de ensino”, com actividades e estabelecimentos declarados “de interesse público” (art. 2º), a tricotomia escolas públicas, particulares e cooperativas em

6. A participação democrática no ensino

I – O art. 77º da Constituição contempla duas sedes de participação: a das escolas e a da política de ensino. E a cada uma corresponde um nível diverso de participação.

Nas escolas, a participação é assegurada aos professores e alunos, e aos professores e alunos, antes de mais, individualmente considerados. Na política de ensino, participam as associações de professores, de alunos e de pais (e não já os professores, os alunos e os pais); as comunidades – não só as comunidades locais [cfr. art. 82º, nº 4, alínea *b*), após 1989] mas também outras relevantes para a vida escolar, como as culturais e as religiosas; e as instituições de carácter científico. No nº 1 fala-se em direito de participação; no nº 2 em formas de participação, o que se afigura, evidentemente, menos intenso.

Oferecem, no entanto, os dois níveis aspectos comuns:

a) A ligação ao princípio de democracia participativa [maxime arts. 2º e 9º, alínea *c*), 2ª parte];

b) A inserção sistemática no capítulo dos direitos culturais e em conexão com as correspondentes incumbências do Estado e da sociedade;

c) A ideia de participação e não a de assunção exclusiva – os professores e alunos participam na gestão das escolas, não gerem as escolas³; as associações, comunidades e instituições participam na definição, não são elas que definem a política de ensino;

d) A remissão para lei, a concretização do direito ou das formas de participação através de acto legislativo.

II – Olhando especialmente para o direito de participação de

função da responsabilidade pela sua criação e pelo seu funcionamento (art. 3º) e a exclusão do sistema das escolas de ensino eclesiástico e de formação de ministros de confissões religiosas (art. 5º, nº 1) e das escolas de formação de quadros de partidos ou organizações políticas (art. 5º, nº 2). Na Lei nº 46/86, o art. 1º, nº 3: “O sistema educativo desenvolve-se segundo um conjunto organizado de estruturas e de acções diversificada, por iniciativa e sob responsabilidade de diferentes instituições e entidades públicas, particulares e cooperativas”; bem como os arts. 54º e segs., *maxime* o 55º. No Decreto-Lei nº 108/88, o art. 2º, nº 1: “As escolas particulares e cooperativas passam a fazer parte integrante da rede escolar, para efeitos de ordenamento desta”. E no Decreto-Lei nº 16/94, o art. 7º, nº 1: “O reconhecimento de interesse público a um estabelecimento de ensino determina a sua integração no sistema educativo...”.

³Cfr. a bifurcação no art. 54º, nº 5, alínea *e*): as comissões de trabalhadores têm o direito de gerir ou participar na gestão das obras sociais da empresa.

professores e alunos na gestão das escolas, tão pouco custa reconhecer os seguintes pontos:

a) Tal direito é, simultaneamente, um corolário da liberdade de aprender e de ensinar (art. 43º, nº 1) e um veículo de realização do direito à educação, pois a educação deve “contribuir para a participação democrática na vida colectiva” (arts. 73º, ° 2);

b) Ainda que inseparável de direitos económicos, sociais e culturais (ou com alguns elementos de direito dessa estrutura) e com larga margem de conformação deixada ao legislador, o seu ceme parece ser de direito, liberdade e garantia, por ser, no fundo, uma manifestação ou uma garantia da liberdade na escola; e, enquanto tal, beneficia do respectivo regime (art. 17º);

c) A conformação pelo legislador explica-se não tanto por causa da relação estreita com os direitos económicos, sociais e culturais quanto pela necessidade de adequar ou de graduar o conteúdo do direito consoante os diferentes graus de ensino (do pré-primário ao universitário) e as diferentes categorias de escolas (públicas, privadas e cooperativas);

d) O direito de participação existe em geral em todos os graus de ensino e em todas as escolas, públicas, privadas e cooperativas porque a Constituição não o exclui de nenhum grau e de nenhuma escola; mas não tem de ser o mesmo, ou revelar-se da mesma maneira, por toda a parte;

e) Designadamente, nas escolas pré-primárias, primárias e preparatórias, não faria sentido que os alunos viessem a participar na gestão, mas já faz sentido que os pais participem, em vez deles (como que em moldes representativos); no pólo oposto, nas escolas universitárias, o direito de participação, conjugado com a garantia institucional da autonomia (art. 76º, nº 2), requer o máximo possível de participação quer de professores quer de alunos; e com soluções intermédias poderão ficar as escolas secundárias;

f) A plenitude do direito de participação encontrar-se-á, naturalmente, nas escolas públicas, até como garantia de não confessionalidade filosófica, estética, política, ideológica ou religiosa (art. 43º, nºs 2 e 3); nas restantes escolas, sem deixar de existir, sofrerá as adaptações decorrentes da harmonização com o direito de criação de escolas particulares e cooperativas, com projectos educativos e culturais próprios (art. 43º, nº 4) e com o direito de iniciativa económica (art. 61º).

7. O estabelecimento progressivo da gratuidade de todos os graus de ensino

I – O estabelecimento progressivo da gratuidade de todos os graus de ensino [art. 74º, nº 2, alínea e)] não pode desprender-se do imperativo de superação de desigualdades económicas, sociais e culturais através do ensino. Não é um fim em si mesmo; é um meio para se alcançar essa superação, está subordinado a esse objectivo. Faz sentido enquanto contribui para diminuir ou vencer desigualdades; não, se, porventura, as mantém ou agrava.

O que se prescreve desde 1989 (e que já poderia sustentar-se antes, com base no contexto global da Lei Fundamental) a respeito do serviço nacional de saúde vale também para o ensino superior. O serviço nacional de saúde é tendencialmente gratuito, *tendo em conta, as condições económicas e sociais dos cidadãos* – estipula o art. 65º, nº 2, alínea a). Logo, se é assim em zona que toca necessidades básicas da vida das pessoas e em serviço *universal e geral*, o mesmo deverá – por maioria de razão – verificar-se no ensino superior: a gratuidade aqui há-de ser outrossim função das condições económicas e sociais.

O contraste entre o ensino básico e os diversos graus de ensino entremostra-se não menos flagrante. Aquele é tornado universal e obrigatório e, por isso, pode e deve ser gratuito, pelo menos nas escolas públicas: porque beneficia toda a comunidade, esta deve suportar integralmente o seu custo. De diverso modo, o ensino superior, visto que não é universal, tem uma gratuidade a ser conseguida progressivamente e moldável em razão das condições económicas e sociais: ele deve ser gratuito, quando as condições dos alunos o reclamem, porque senão frustrar-se-ia o acesso dos que tivessem capacidade; não tem de ser gratuito, quando as condições dos alunos o dispensem.

II – O que se deva entender por gratuidade – e por não gratuidade – nem sempre é encarado de forma unívoca.

Gratuidade equivale, antes de mais, a ausência de pagamento do custo imediato do ensino, das despesas de pessoal e de funcionamento das escolas; equivale a não pagamento de taxas de frequência ou propinas, bem como, porventura, de inscrições e matrículas.

Significa ou pode significar, depois, ausência de pagamento de despesas adicionais de ensino, mediante variadas taxas: taxas de utilização de bibliotecas, de centros de documentação, de material informático, de laboratórios, etc.; taxas

de prestação de provas e de exames (sejam de primeira prestação, seja de revisão ou de repetição), taxas e emolumentos pela obtenção de certificados, diplomas, cartas de curso.

Em terceiro lugar, gratuidade é gratuidade de livros e outro material escolar indispensável, de transportes de e para as escolas, de refeições, de prática desportiva e de assistência médica nas escolas, de residências (para os que vêm de fora), enfim de tudo quanto seja requerido pela frequência das aulas e pelo estudo.

Como se repara, existem diversas dimensões, em nível crescente, desde uma gratuidade parcial a uma gratuidade integral e, obviamente, a sua concretização tem de ser determinada considerando três ordens de factores, inerentes às premissas constitucionais: a disponibilidade dos recursos, a mais ou menos ampla soma de beneficiários (em correspondência com a maior ou menor proximidade de necessidades básicas de ensino) e a capacidade económica destes beneficiários.

No ensino básico, tem inteiro cabimento uma gratuidade tanto universal como integral. Já nos outros graus, a ponderação desses factores poderá levar a resultados variados e variáveis consoante as circunstâncias.

Gratuidade envolve não tanto não pagamento de taxas quanto atribuição de bolsas de estudo (pelo Estado e pela sociedade civil) e apoio social escolar; e, no limite, até salário escolar para compensação do salário profissional que deixem de granjear aqueles que não tenham outros meios de subsistência e que, se ele não for previsto, não poderão continuar os seus estudos.

III – O sistema de ensino, cuja democratização a Lei Fundamental pretende promover, abrange, como se mostrou, escolas de quaisquer titularidades e escolas de todos os graus. Por conseguinte, a incumbência de estabelecimento progressivo da gratuidade alarga-se até às escolas universitárias particulares e cooperativas, sob pena de incoerência e de inaceitável discriminação.

Esta extensão às escolas particulares e cooperativas levanta, todavia, não poucas dificuldades práticas, derivadas quer da escassez de meios financeiros mobilizáveis quer da necessidade de salvaguarda da sua autonomia de gestão e, através dela, sobretudo, dos seus projectos educativos específicos. Frente a frente como em tantos outros casos os postulados da igualdade e da liberdade, haverá que os ajustar na medida do possível e do razoável.

Para essa compaginação, sugerem-se as seguintes orientações que parecem fluir logicamente dos princípios constitucionais:

a) No ensino básico, se acaso não houver em certa localidade escola pública, o ensino particular e cooperativo deverá ser integralmente gratuito com o alcance há pouco expresso;

b) No ensino secundário (e em qualquer modalidade de ensino não superior) quando, em certa localidade, não haja escolas públicas ou escolas públicas suficientes, o ensino particular e cooperativo deve ser gratuito nos exactos moldes em que seja gratuito o ensino público;

c) No ensino superior, se no país não existirem escolas públicas em número suficiente para certo curso reconhecido como satisfazendo necessidades em quadros qualificados (art. 76º, nº 1), o regime das escolas privadas e cooperativas deverá ser tendencialmente semelhante ao das homólogas escolas públicas;

d) No ensino especial para deficientes, o ensino deve ser gratuito (integral ou parcialmente, conforme as condições económicas e sociais dos alunos) em todas as escolas – públicas, privadas e cooperativas – pois que o Estado se obriga constitucionalmente a apoiá-lo e a realizar uma política de reabilitação e integração dos deficientes e assume o encargo de efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores [arts. 74º, nº 2, alínea g), e 71º, nº 2];

e) Para efeito das orientações assim definidas, cumpre ao Estado subsidiar as escolas particulares e cooperativas, ou apoiar directamente os alunos e as famílias, ou fazer uma e outra coisa ou tomar outras providências (de acordo com a liberdade de conformação do legislador);

f) Em qualquer caso, em qualquer grau de ensino e em qualquer escola, incumbe ao Estado intervir para vedar preços que afectem de modo inadmissível a unidade do sistema e a igualdade dos cidadãos.

A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Freddie Didier Junior

Paula Sarno Braga

Rafael Oliveira

1. Introdução

Há quase meio século, o legislador infraconstitucional brasileiro iniciou uma onda de restrições à possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sobretudo nas ações pecuniárias propostas por servidores públicos. Gradativamente, foi vedando liminares em mandado de segurança, em cautelares, dentre outros, mas sempre em ritos específicos. Afinal, só em alguns deles, era possível a antecipação dos efeitos da tutela.

Com a generalização da tutela antecipada, na década de 90 do século XX, que passou a ser admitida em todo e qualquer rito comum (arts. 273, 461 e 461-A do CPC), a doutrina chegou a pôr em xeque a legitimidade de sua concessão em face do Poder Público, considerando as dificuldades geradas pelo regime de pagamento estatal por via de precatórios e pelo instituto do reexame necessário. Mas a doutrina logo cedeu aos ditames constitucionais, que não admitem restrições descabidas e injustificadas ao direito fundamental a uma tutela efetiva e de urgência conferido aos particulares.

Entretanto, o legislador, também atento à ordinarização da tutela antecipada, três anos depois, providenciou uma norma de encerramento, a Lei n.º 9.494/1997, que vedou qualquer possibilidade de tutela antecipada nos casos previstos nas leis anteriores. Note-se que a existência de uma lei que proíbe a tutela antecipada em face de Poder Público, em algumas situações, serve como argumento a favor do cabimento dessa medida nas situações não proibidas pela lei.

A doutrina majoritária levantou, ainda, a bandeira da inconstitucionalidade da restrição em tese da tutela antecipada em face do Poder Público naquelas hipóteses. Mas o STF admitiu, provisoriamente, sua constitucionalidade em abstrato (na ADC n.º 4, em 1998), muito embora não negue a possibilidade de ser tida por inconstitucional no caso concreto (ADIN n.º 223-6, em 1990).

As discussões acabaram reaquecidas com o advento da Emenda Constitucional n.º 30/2001, que trouxe, na redação do art. 100, §§ 1º e 3º, a exigência de prévio trânsito em julgado para a execução de decisões contra o Estado, o que

poderia conduzir à conclusão de que não seria possível conceder e efetivar decisão antecipatória, em nenhuma hipótese, já que inapta à imutabilidade. Ainda assim, continua firme a tese doutrinária da inconstitucionalidade, que não aceita a proibição, assim, de forma tão absoluta, às decisões antecipatórias.

Diante de todos esses limites impostos em lei e reconhecidos pela Corte Constitucional, nas últimas décadas, resta aos processualistas identificar qual o espaço de atuação do instituto da antecipação dos efeitos da tutela (em abstrato) contra a Fazenda Pública, em nosso ordenamento jurídico, sem desistir, contudo, da bandeira já hasteada da sua inconstitucionalidade.

2. Generalidades sobre a tutela antecipada

A tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, sobretudo, o valor segurança jurídica.

A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não. A tutela definitiva satisfativa¹ é aquela que visa a certificar (declarar/constituir/condenar)² e/ou a efetivar o direito material discutido. Predis põe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado. É a chamada tutela-padrão³.

Mas as atividades processuais necessárias para a obtenção de uma tutela satisfativa (a tutela-padrão) são lentas e demoradas, gerando delongas processuais que colocam em risco o resultado útil e proveitoso do processo e a própria realização do direito afirmado. É o perigo da demora (*periculum in mora*). Daí a criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas, no intuito de abrandar os males do tempo: a tutela cautelar (definitiva e não-satisfativa) e a tutela antecipada (provisória e satisfativa ou não).

¹ Vide BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 109.

² As tutelas de certificação de direitos a uma prestação, em regra, já são imediatamente seguidas da tutela de efetivação da prestação. Por isso se diz que a tutela condenatória conjuga certificação e efetivação – e em alguns casos, a própria tutela declaratória.

³ A este respeito, conferir ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18-21.

De um lado, criou-se uma tutela definitiva não-satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos perniciosos da demora processual irrazoável: a tutela cautelar, que não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o⁴.

De outro, estabeleceu-se uma tutela provisória (satisfativa ou não), fundada em cognição sumária (mera verossimilhança) e essencialmente precária, que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. Antecipa os efeitos da tutela definitiva, isto é, a satisfação ou a cautela do direito afirmado. É a chamada tutela antecipada.

Em síntese, a tutela cautelar preserva os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa; a tutela antecipada adianta os efeitos próprios da tutela definitiva satisfativa ou não-satisfativa (isto é, da própria cautelar). Ou seja, a cautelar garante a futura eficácia da tutela definitiva (satisfativa) e a antecipada confere eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar). Percebe-se, assim, que se extremam, dentre outras coisas⁵, pela sua natureza. A tutela antecipada pode ser satisfativa (art. 273 do CPC, p. ex.) ou não-satisfativa (cautelar, art. 804 do CPC, p. ex.), ou seja, atributiva ou conservativa de bem da vida. A tutela cautelar é sempre não-satisfativa, conservativa, assecuratória.

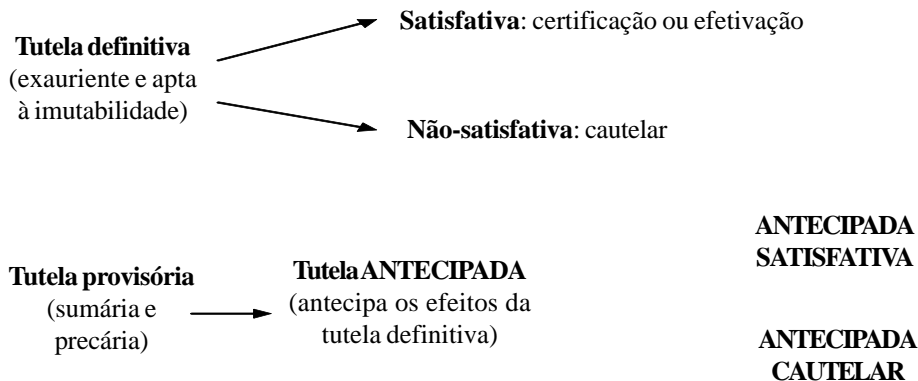
Sob essa perspectiva, somente a tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e/ou executiva, atribuindo bem da vida. Já a tutela cautelar é sempre não-satisfativa e conservativa, pois se limita a assegurar a futura satisfação de

⁴ Uma das características marcantes da tutela cautelar é sua temporariedade. É temporária por ter sua eficácia limitada no tempo. Sua vida dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Mas, cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. E tende a se extinguir com a obtenção (ou não) da tutela satisfativa definitiva – isto é, com a resolução da causa em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado (ex.: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente). Mas essa temporariedade não exclui sua definitividade. Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável. Faz, sim, coisa julgada. Temporários são seus efeitos fáticos, práticos. Afinal, a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando denegado), mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo. Em suma, a decisão é definitiva, mas seus efeitos são temporários. Para uma visão mais detalhada, conferir, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. 2v.

⁵ Com longas considerações sobre as diferenças entre dois tipos de tutela, DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*

uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando bem da vida⁶⁻⁷, embora possa ser tutelada antecipadamente. Há tutela antecipada cautelar ou não-cautelar.

É possível inseri-las (tutelas antecipada e cautelar), da seguinte forma, em uma sistematização das tutelas jurisdicionais:



Certo, assim, que a tutela antecipada pode ser cautelar ou satisfativa. Mas o foco do presente capítulo é o estudo da tutela antecipada satisfativa – generalizada na década de 1990, para ser admitida em todo e qualquer rito

⁶ Traçando essa distinção, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza a missão que é completamente distinta da cautelar”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124).

⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, malgrado espouse opinião diversa, afirma: “Há quem identifique no gênero tutela de urgência duas espécies distintas: a cautelar e a antecipatória, ambas destinadas a evitar que o tempo comprometa o resultado da tutela jurisdicional. (...) Distinguem-se, todavia, pelo caráter satisfativo de uma, inexistente na outra. As medidas cautelares exerceriam em nosso sistema apenas a função de assegurar a utilidade do pronunciamento futuro, mas não antecipar seus efeitos materiais, ou seja, aqueles pretendidos pela parte no plano substancial. A diferença fundamental entre ambas residiria, pois, nesse aspecto provisoriamente satisfativo do próprio direito material cuja tutela é pleiteada de forma definitiva, ausente na cautelar e inerente na antecipação”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27).

comum (arts. 273, 461 e 461-A do CPC) – e a admissibilidade de sua concessão contra a Fazenda Pública. Só a ela se fará referência daqui por diante.

3. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública: tratamento doutrinário da matéria

3.1. Doutrina contrária (já superada)

Logo que foi editada a lei instituidora da antecipação genérica dos efeitos da tutela, em 1994, intensa discussão doutrinária surgiu sobre a possibilidade de se anteciparem efeitos da tutela satisfativa contra a Fazenda Pública.

Aqueles que defendiam o não-cabimento argüiam que: i) o regime de pagamentos em dinheiro da Fazenda Pública, pela via dos precatórios (art. 100 do CPC), seria um óbice à antecipação dos efeitos da tutela, pois impediria a satisfação imediata das obrigações pecuniárias; ii) também o reexame necessário seria um obstáculo à admissibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, pois, se a sentença final contra a Fazenda só pode produzir efeitos depois de confirmada pelo tribunal (através da remessa necessária) - uma decisão antecipatória, meramente interlocutória, jamais poderia produzir efeitos imediatamente; iii) por fim, com o advento da Lei nº 8.952/1994, que ordinarizou a tutela antecipada, dizia-se que a Lei nº 8.437/1992, art. 1º, §3º, ao vedar o cabimento das “cautelares satisfativas”⁸ contra a Fazenda, estaria vedando a própria tutela antecipada.

⁸ Inicialmente, a tutela antecipada só era prevista, excepcionalmente, para a satisfação imediata de alguns direitos, tutelados por procedimentos especiais. Não havia previsão de uma tutela provisória satisfativa. Diante desta limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias satisfativas, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada. Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem, criando-se, jurisprudencialmente, as chamadas “cautelares satisfativas”. Através das “cautelares satisfativas”, a tutela antecipada satisfativa – medida, em si, mais agressiva – era concedida com o preenchimento dos pressupostos legais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), mais singelos, como visto. Com a reforma dos arts. 273 e 461, §3º, do CPC, pela Lei nº 8.952/1994, inseriu-se, no bojo do procedimento comum, o poder geral de antecipação (satisfativa), generalizando a autorização legislativa para a concessão da tutela antecipada satisfativa, agora permitida para “qualquer direito”, e não apenas para aqueles que se tutelavam por alguns procedimentos especiais. Promoveu-se a “ordinarização” da tutela antecipada satisfativa — ou seja, o que antes era privilégio de alguns procedimentos especiais tornou-se regra no nosso sistema —, não havendo mais espaço, hoje em dia, para falar-se em “cautelar satisfativa”.

Desde sempre, os argumentos apresentados por aqueles que chancelavam sua proibição se mostravam um tanto equivocados, muito possivelmente pela dificuldade de extremar as noções de tutela antecipatória e tutela cautelar, bem como de observar que o ordenamento já previa, em face do Poder Público, a possibilidade de tutela antecipatória, como servem de exemplo as decisões em mandado de segurança e ação civil pública.

E mesmo outros argumentos não se sustentavam. João Batista Lopes⁹ lembra, por exemplo, a tese de que a presunção de legitimidade do ato administrativo e sua auto-executoriedade seriam óbice à tutela antecipada desfavorável ao Estado. Mas já lhe tira (da tese) o valor “porque sobredita presunção não é absoluta e deve ceder ante prova inequívoca (*retius*, prova segura) em sentido contrário”.

Renato Luis Benucci¹⁰ também enumera outros dois empecilhos trazidos à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, e já os rejeita de plano. Diz, em primeiro lugar, que não haveria que se falar em receio de dano em face do Poder Público, pois o Estado sempre poderia arcar com os débitos decorrentes de condenação em juízo, sendo desnecessária a tutela antecipada. O argumento é equivocado porque nem sempre o Estado será demandado por direito patrimonial, relativo à prestação de pagar quantia certa, isso sem falar nos casos em que o direito patrimonial é conexo a outro extrapatrimonial.

Argúi, em segundo lugar, a inviabilidade de antecipação de tutela punitiva, pois dificilmente os procuradores do Estado incorreriam em abusos e deslealdades processuais. Têm suas atividades norteadas pelas máximas da moralidade e legalidade, bem como pelos deveres da veracidade e probidade. Não é bem assim. Basta cogitar, como diz o autor, da interposição de recursos contrários à súmula do tribunal superior. Pensar o contrário seria anuir com abusos e excessos cometidos pela Fazenda em juízo, protelando o processo.

Nenhum outro argumento dificilmente vingará, pois, como pontua Eduardo Talamini¹¹, não existem óbices sistemáticos, inerentes aos princípios

⁹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 99.

¹⁰ BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67 ss.

¹¹ Talamini relembra que, no caso de tutela antecipada punitiva, também há choque de valores – ainda que não tão relevantes –, razão por que sua aplicação na esfera pública demanda ponderação com base

que compõem o regime de direito público, à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Autorizam-na os mesmos fundamentos invocados para qualquer outra situação. “Os mesmos pressupostos, riscos e limites gerais podem igualmente estar presentes”¹².

Embora a polêmica sobre a admissibilidade da tutela antecipatória contra o Poder Público conserve alguma relevância histórica, nos últimos anos, ela perdeu importância. A esse respeito, afirma Luiz Guilherme Marinoni¹³: “Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de ‘fundado receio de dano’ é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré”. Parece não haver mais discussão sobre a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público, até mesmo porque existe uma lei que a disciplina (Lei Federal n.º 9.494/1997).

Em princípio, como corolário do direito fundamental do acesso à justiça, a antecipação da tutela haveria de ser disciplinada pelas leis infraconstitucionais. E o foi. A Lei Federal n.º 9.494/1997 regulou a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, proibindo-a em certos casos. Se uma lei veio regulá-la é porque a antecipação é possível; e só não o será nas hipóteses por ela previstas. Demais disso, merece leitura a ementa do mencionado veículo normativo: “Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública...”. Não há mais, de fato, o que se discutir¹⁴.

A questão, agora, é saber em quais circunstâncias ela é cabível – o que se verá em item posterior. Convém, ainda assim, demonstrar o descabimento daqueles argumentos contrários (os mais comuns) à antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público.

no princípio da proporcionalidade, tal como em todas as outras situações doravante analisadas – conclusão a que chegamos ao fim deste capítulo (TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência e Fazenda Pública. Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 59).

¹² TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 43.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 211.

¹⁴ “Ora, se é vedada a antecipação da tutela contra o Poder Público nos casos previstos na Lei n.º 9.494/1997, significa que, nas hipóteses não alcançadas pela vedação, resulta plenamente possível deferir a tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Cabível, portanto, com as ressalvas da Lei n.º 9.494/1997, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 221-222).

3.2. Doutrina favorável

3.2.1 Ausência de incompatibilidade com o regime de pagamento por precatórios

A necessidade do precatório para o pagamento de quantia não pode servir como empecilho para a admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Ora, na pior das hipóteses, a decisão antecipatória já colocaria a parte vitoriosa na “fila de espera” para a sua expedição, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantado em caso de procedência definitiva da demanda¹⁵.

Mas existe, ainda, a melhor das hipóteses, que é admitir a imposição do cumprimento de ordem antecipada de pagar quantia, independentemente de precatório, por ser ele incompatível com a tutela de urgência – posicionamento este encontrado no STJ e em autorizada doutrina¹⁶, como se verá em item a seguir.

Como salienta Hugo de Brito Machado¹⁷, o cidadão há de ser poupado da penosa espera que sistematicamente acontece com os que ganham questões contra a Fazenda Pública. Cássio Scarpinella Bueno¹⁸ argumenta, ainda, que a mera instrumentação e início da execução não geram quaisquer danos para a Fazenda Pública, mas, ao revés, a incrivelmente lenta execução contra o Estado acaba servindo como verdadeiro obstáculo para a concretização do acesso à justiça.

O citado autor, em obra mais recente, defende que, para o cabimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, a única exigência é o preenchimento dos pressupostos legais previstos no art. 273 do CPC. E, contra o argumento do art. 100 do CPC, traz mais colocações: i) “se a tutela antecipada

¹⁵ Em matéria tributária, ademais, só se imaginaria o problema dos precatórios nas hipóteses de repetição de indébito — em demandas cujo objetivo seja a suspensão da cobrança, não se cogita do precatório—, para as quais de logo manifestamos nosso entendimento pela plena admissibilidade.

¹⁶ Assim, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 44.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional na repetição do indébito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1995, n. 05, p. 46. Também assim, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 102 -103.

¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In: *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37-100.

significa emprestar efeitos *antes* do tempo, pode ser que alguém já fique satisfeito em ver o precatório expedido *antes* do tempo”; ii) “para aqueles casos de urgência ‘urgentíssima’, o *tempo* inerente ao processamento do precatório não pode ser óbice à antecipação de tutela propriamente dita, mas, muito diferentemente, será uma forma de modificação dos meios de concretização da medida em desfavor da Fazenda. Ademais, o mandado de segurança e sua liminar sempre lidaram muito bem com essa situação. E nunca se cogitou de precatório para que ordem de pagamento em mandado de segurança, liminar ou final, fosse concretizada”; iii) “nem toda pretensão exercitável em face da Fazenda pode ser reduzida em dinheiro (pedido condenatório em sentido estrito), por isso o precatório não é a única forma de concretizar comandos jurisdicionais contra a Fazenda”.¹⁹

A rigor, o problema dos precatórios só diz respeito às demandas condenatórias a uma prestação de pagar quantia — espécie executiva em que a Fazenda goza de prerrogativas procedimentais. Quanto às demais prestações (fazer, não-fazer e entregar coisa), não há qualquer diferença no formalismo processual²⁰. E não há, por óbvio, somente demandas condenatórias contra a Fazenda Pública, sendo plenamente admissíveis as meramente declaratórias e constitutivas, cujos efeitos (práticos e sociais) podem ser perfeitamente antecipados.

Constata-se, assim, que um dos grandes defeitos na análise do problema é a redução da discussão às ações pecuniárias contra o Poder Público (a que se aplica o regime do precatório), olvidando-se as demais demandas (condenatórias, declaratórias e constitutivas), nas quais não existe, *a priori*, nenhum tratamento legislativo diferenciado em relação aos entes públicos.

Ademais, há dívidas pecuniárias do Poder Público, oriundas de decisão judicial, que não se submetem ao regime dos precatórios: *a*) as dívidas de pequeno valor (art. 100, § 3º, CF/88); *b*) os créditos provenientes de sentença de mandado de segurança, relacionados a parcelas vencidas após o ajuizamento da ação (§ 2º do art. 1º da Lei Federal nº 5.021/1966)²¹; *c*) dívidas contratuais - só há

¹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137.

²⁰ Também assim, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 45.

²¹ O “mandado de segurança, através de liminar, muitas vezes de cunho antecipatório, acaba por produzir, em face da pessoa de direito público, um efeito semelhante ao da antecipação de tutela do art. 273. Por que tratar diferentemente situações substancialmente iguais?” (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 195).

contratação com o Poder Público se houver previsão orçamentária para tanto, sendo precedida a execução contratual de fornecimento ao contratado de uma nota de empenho, em que parcela do orçamento já está “empenhada” para o cumprimento da obrigação; d) dívidas já previstas no orçamento, como as dívidas salariais. Se o sistema de precatório é uma técnica criada para que o Poder Público programe-se para adimplir uma dívida inicialmente não prevista, não há justificativa constitucional para que uma sentença que determine o pagamento de salário, por exemplo, ou o cumprimento de uma obrigação contratual, em valor já empenhado, ambas as dívidas já previstas no orçamento, se submeta ao sistema de precatórios²².

3.2.2 Decisão antecipatória não se submete a reexame necessário

Também não se justifica o argumento da imposição do reexame obrigatório das decisões proferidas contra o Poder Público (art. 475 do CPC). Em primeiro lugar, não há que se aplicar a norma, na medida em que o duplo grau obrigatório só se refere às sentenças e a tutela antecipada é concedida por meio de decisão interlocutória²³.

Em segundo lugar, já se demonstrou que a tutela antecipada não é novidade em nosso ordenamento — já havia previsão em alguns procedimentos especiais. Sempre se a admitiu, portanto, em face da Fazenda Pública, naquelas situações esparsas (possessórias²⁴, mandado de segurança etc.), sem que se levantasse o óbice da remessa necessária. Ao contrário, inúmeras foram as leis e inúmeros foram os institutos criados para mitigar as conseqüências das medidas provisórias nessas circunstâncias. O novo está na circunstância de, agora, a medida poder ser concedida para a generalidade dos direitos. E, com isso, traz-

²² Sobre o tema, ver interessantíssimo ensaio: MEIRELES, Edilton. Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 95, p. 61-80

²³ É o que também lembra Talamini, acrescentando que nem mesmo quando a antecipação de tutela é concedida no bojo da sentença, submete-se a efeito suspensivo de eventual apelação (art. 520, VII, CPC), o que ratifica que sua eficácia não resta condicionada a reexame necessário (TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 43). O próprio STJ já assentou que não cabe reexame necessário quando a apelação é despida de efeito suspensivo, a exemplo da apelação contra sentença que rejeita embargos na execução contra a Fazenda (como se vê no REsp n. 243.679-RS e no EDiv no REsp n. 241.876-SC).

²⁴ Vide art. 928, parágrafo único, do CPC.

se à baila tal argumento, sem que a lei, nos termos do art. 273 do CPC, fizesse qualquer restrição a respeito. Nessa linha de raciocínio, pontua Marcelo Annunziata²⁵:

Se admitirmos que o art. 475 impede a concessão de tutela antecipada — o que se admite apenas a título de argumentação — uma vez que posterga a eficácia da sentença proferida à sua confirmação pelo tribunal, chegaremos à conclusão de que, em qualquer ação movida entre particulares, cuja sentença esteja sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo, também e pela mesma razão não poderá ser concedida tutela antecipada.

Cássio Scarpinella Bueno²⁶, nesse mesmo sentido, sustenta:

O art. 475 não seria óbice, porque o característico da tutela antecipada é, justamente, antecipar a eficácia de alguma decisão jurisdicional que, de outra forma, não surtiria efeito algum. Fosse verdadeiro o argumento do art. 475 e nenhuma sentença sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo — a regra — poderia ter seus efeitos antecipáveis. E, cá entre nós, nunca ninguém duvidou do contrário. Aliás, é justamente porque determinado ato não tem efeito imediato que tem lugar a tutela antecipada. Nunca o contrário.

É possível, em tese, a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público²⁷. Mas o legislador foi rigoroso no traçado de limites à sua admissibilidade, que devem ser analisados e colocados no seu devido lugar.

²⁵ ANNUNZIATA, Marcelo. Tutela antecipatória nas ações movidas contra o Poder Público, inclusive em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, n. 41, p. 39.

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136-137. Vide também ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 194.

²⁷ Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha, é possível conceder a antecipação da tutela pela incontrovérsia da demanda (CPC, art. 273, § 6º) contra a Fazenda Pública. Como visto, está-se diante

4. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública: tratamento legislativo da matéria

4.1. Considerações iniciais

A Lei Federal nº 9.494/1997 passou a disciplinar a matéria da antecipação genérica da tutela em face do Poder Público, de forma a restringir-lhe a amplitude em algumas hipóteses. O art. 1º vedou a tutela antecipada contra a Fazenda para fins de pagamento de vantagens a servidores públicos – tal como se restringia antes a liminar em mandado de segurança e em cautelar, como se vê nos dispositivos comentados abaixo. Mas a verdade é que, desde a década de 60 do século XX, o legislador vem impondo restrições à tutela antecipada e à própria execução provisória contra a Fazenda Pública. É essa evolução legislativa que se verá.

4.2. Restrições à liminar em mandado de segurança

O art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 4.348/1964 não permite, desde então, concessão de liminar ou a execução provisória de sentença de mandado de segurança contra a Fazenda Pública, que ordene a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Nestes casos, só há execução definitiva, quando houver trânsito em julgado.

Com essa mesma *ratio*, o art. 7º da lei citada prevê que terá efeito suspensivo o recurso ou a remessa necessária de decisão concessiva de segurança (contrária, pois, ao poder público) que imponha outorga ou adição de vencimentos ou reclassificação funcional. obsta, pois, execução provisória de tais decisórios.

Ainda no contexto do mandado de segurança, o art. 1º, *caput* e § 4º, da Lei nº 5.021/1966 veda a concessão de liminar em mandado de segurança que importe pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, estadual ou municipal. Portanto, são bem limitadas as possibilidades de obtenção de uma segurança liminar por servidor público em face do Estado.

de um caso de resolução de parte do mérito da causa. Havendo incontrovérsia e desnecessidade de produção de outras provas, permite-se tal decisão, que está fundada em juízo de certeza, exercido mediante cognição exauriente (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 222-225). Defendemos tratar-se de típico julgamento antecipado parcial, para o qual não há restrições em lei.

4.3. Restrições à liminar em cautelar (ou que esgotem o objeto da ação)

Com a edição do Plano Collor I, em março de 1990, inúmeros jurisdicionados foram ao Judiciário reclamar a liberação imediata de quantias que haviam sido bloqueadas pelo governo, como medida para tentar, sem sucesso, impedir o crescimento da inflação. O Presidente, então, editou uma medida provisória, depois convertida na Lei Federal nº 8.437/1992, que, em seu art. 1º, estendeu às liminares concedidas em ações cautelares propostas contra o poder público as mesmas restrições. No §1º, acrescentou mais uma limitação, dispondo: “Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de tribunal”.

Essa mesma Lei nº 8.437/1992, no seu art. 1º, §3º, veda liminares²⁸ que esgotem o objeto da ação, sem esclarecer, contudo, o que significa “esgotar o objeto da ação”. Rigorosamente, uma medida provisória jamais irá exaurir o objeto de uma demanda, porquanto, por natureza, deve ser sucedida por uma medida definitiva, dada em cognição exauriente. No entanto, é possível cogitar que o legislador tenha pretendido vedar, com essa ambígua expressão (esgotar o objeto da ação), liminares com efeitos irreversíveis. Se é este o caso, então, hoje, trata-se de norma supérflua, porquanto já conste a vedação no texto do art. 273, §2.º, do CPC – que, inclusive, vem sendo mitigada em doutrina e jurisprudência, com base no princípio da proporcionalidade²⁹.

Por sua vez, o art. 3º da Lei nº 8.437/1992 adotou praticamente a mesma redação do art. 7º da Lei nº 4.348/1964, impedindo, assim, execuções provisórias em cautelares satisfativas (lembre-se que estávamos em 1992, época em que a tutela antecipada ainda não havia sido generalizada). Com isso, fechou-se ainda mais o cerco para aqueles que litigam contra o Estado – máxime o servidor público. Também pela via cautelar restaram consideravelmente reduzidas as possibilidades de obtenção de uma medida liminar.

4.4. Extensão das restrições à tutela antecipada: Lei nº 9.494/1997

²⁸ A insistente referência do legislador à vedação a “liminares” contra o Poder Público foi notada por Talamini, dando ensejo a uma interpretação restritiva de tais leis. Segundo o autor, boa parte destas leis só proíbe “liminar” em mandado de segurança e cautelar contra o Estado, mas não veda a concessão de tutela antecipada (satisfativa ou cautelar) em outros momentos do processo, que não antes da oitiva do réu. Bem colocado (Vide TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 45 ss).

²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 46 ss.

Ainda na década de 90 do século XX, entrou em vigor a Lei Federal nº 9.494/1997, acima citada, no intuito de regulamentar a antecipação de tutela contra o Poder Público (perceba que a antecipação da tutela foi generalizada em 1994. As vedações que existiam até então não a contemplavam, por suposto). Com isso, toda a disciplina restritiva das tutelas de urgência em mandado de segurança e ação cautelar foi estendida à antecipação de tutela, nos termos do seu art. 1º: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º, e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”³⁰.

Como se não fosse o bastante, o legislador, no art. 2º-B da Lei Federal nº 9.494/1997, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, veio, ainda, proibir a execução provisória contra Fazenda Pública, nos seguintes casos: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão de folha em pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento e extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada, após seu trânsito em julgado”.

Com isso, a vedação não se limita mais às liminares em cautelares e mandados de segurança, à antecipação de tutela ou à execução provisória nos casos citados nas leis anteriores. Proibida está a execução provisória também nas hipóteses elencadas no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, para servidores federais, estaduais ou municipais.

Trata-se, portanto, de norma de encerramento, que estende todas as restrições anteriores à tutela antecipada genérica (arts. 273 e 461 do CPC) e, junto a isso, reduz ainda mais as possibilidades de o servidor público valer-se de decisões de cunho antecipatório. Sua constitucionalidade, porém, é questionável.

5. A (in)constitucionalidade da Lei nº 9.494/97: posicionamento do STF

³⁰ Leonardo José Carneiro da Cunha entende que os provimentos de urgência passaram a ter uma disciplina unificada, o que se confirma pela inserção do § 7º ao art. 273 do CPC. Como conseqüenciadisso, todas as restrições de liminares e cautelares contra a Fazenda Pública se aplicam aos casos de tutela antecipada. Daí a edição da Lei nº 9.494/1997, que cuidou de confirmar essa unificação no regime das tutelas de urgência (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 226).

5.1. (In)constitucionalidade em tese (abstrato): ADC n° 4

A doutrina rapidamente se voltou contra a Lei n° 9.494/1997. Seria inconstitucional, pois afrontaria o direito às tutelas preventivas, à proteção contra ameaça a direito (art. 5°, XXXV, do CPC), tal como se extrai das palavras de Renato Belucci³¹:

No que diz respeito à constitucionalidade das normas restritivas à concessão de liminares, muitos doutrinadores sustentam que tais vedações são inconstitucionais, quer sob o aspecto formal (uma vez que a restrição à concessão de liminares se deu, inicialmente, por meio de medidas provisórias, que não contém os requisitos da urgência e da relevância), quer sob o aspecto material (tendo em vista que tais limitações impedem o amplo acesso à justiça, ferindo o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5°, XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde se busca proteger não apenas a lesão a direito, mas também a “ameaça a direito”, demonstrando que as tutelas de urgência também estão garantidas constitucionalmente).

A despeito disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADC n.º 4³², reconheceu provisoriamente a constitucionalidade da Lei n.º 9494/97³³, por maioria de votos, em 11.02.1998 – em reprodução ao entendimento esposado na ADI n.º 223-6/DF, a ser analisada em item seguinte. Impediu, com eficácia vinculante e *ex nunc*, ulterior decretação de inconstitucionalidade da lei e determinou a suspensão cautelar de todas as medidas antecipatórias concedidas em ofensa à lei *sub exame*.

³¹ BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade, n. 4*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=9494&processo=4>>. Acesso em: 03 jan. 2008

³³ Antes mesmo da conversão da MP n° 1.570/97 na Lei n° 9.494/97, o STF já tinha se manifestado sobre a constitucionalidade da MP, na ADIN n° 1.576-1, indeferindo o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos restritivos da concessão de tutela antecipada (BENUCCI, Renato Luiz. *Op. cit.*, p. 59).

A votação definitiva do mérito da ação, tudo indica, concluirá pela constitucionalidade da lei – em que pese o julgamento esteja, por enquanto, suspenso com pedido de vista. Por essa razão, conclui Cássio Scarpinella Bueno³⁴:

Nos dias atuais, qualquer decisão que antecipe a tutela em desfavor da Fazenda Pública determinando que se pague a servidor público determinada parcela retirada de seus vencimentos pode ser cassada por reclamação a ser interposta diretamente no STF (Lei n.º. 8.038/90, art. 13), assim como o foram todas as decisões jurisdicionais em sentido contrário ao que decidiu o STF existentes àquela época.

Mas isso não tem impedido que a Corte Suprema mitigue, paulatinamente, as limitações às medidas de urgência contra o Poder Público. Em princípio, lembre-se que essa restrição à tutela antecipada cinge-se, tão-somente, às pretensões pecuniárias de servidores públicos. Todas as outras pretensões não abrangidas pela vedação da Lei n.º 9.494/97 podem ter seus efeitos antecipados. Tanto que, freqüentemente, o STF tem salientado que essas vedações devem ser interpretadas restritivamente – colocando fora da vedação verbas previdenciárias (vide Rcl n.º 902-4-SE e Rcl n.º 1.603-SE e Súmula n.º 729, STF) e verbas ilegítimamente tomadas do jurisdicionado, mas restituídas por medida antecipatória (cf. Rcl n.º 2.726).

Também tem sido comum o STF, em sede de reclamação constitucional para fazer valer a decisão da ADC n.º 4, manter medidas antecipatórias dadas contra a Fazenda, por estarem afinadas com a jurisprudência da Corte (assim, AgRg na Rcl n.º 1.067-8/RS, AgRg na Rcl n.º 1.132-RS, AgRg na Rcl n.º 1.105-RS etc) – em que pese já ter considerado esse dado irrelevante em julgados posteriores (vide Rcl n.º 877-RJ, Rcl n.º 2.726 e Rcl n.º 4.981). Com isso, tem ratificado o entendimento esposado na ADI n.º 223-6, a ser doravante analisada, de que a proibição de tutela antecipada não é absoluta e pode ser relativizada à luz das circunstâncias do caso concreto³⁵. Todas essas idas e vindas do STF foram bem analisadas por Eduardo Talamini, que sintetiza as atuais tendências:

³⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 138.

³⁵ No Superior Tribunal de Justiça, as normas proibitivas da antecipação contra o Poder Público também têm sido afastadas em casos tidos por excepcionais, por envolverem especial urgência (REsp n. 109.473-RS, REsp n. 275.649-SP, REsp n. 420.954-SC, dentre outros).

É perceptível, portanto, alguma indefinição do Supremo Tribunal em face das normas proibitivas de tutela urgente. Oscila-se entre a admissão geral e abstrata dessas proibições e a necessidade de exame das circunstâncias de cada caso concreto. E essa indefinição é agravada pelas significativas mudanças de composição por que passou o Supremo nos últimos anos (...)³⁶.

Na verdade, todas essas restrições sempre estiveram ligadas a determinada conjuntura econômica. Tinham, até certo ponto, um fundo ideológico. À guisa de exemplificação, a Lei n.º 5.021/1966, que limitou o pagamento de vencimentos e vantagens através de segurança, tinha por fito restringir a discussão sobre a reforma administrativa existente à época. A Lei Federal n.º 9.494/1997, que veio para disciplinar a antecipação de tutela contra o Poder Público, decorreu de um debate sobre o reajuste concedido em 1993 apenas para servidores militares³⁷.

De fato, inúmeros são os dispositivos normativos que limitam a concessão das medidas antecipatórias e de urgência contra o Poder Público — desde a vetusta reintegração de posse, passando pelo mandado de segurança e cautelares, sempre se protegeram os entes públicos contra a concessão de tutelas provisórias. Muito já se discutiu sobre a sua constitucionalidade, consolidando, até então, o Supremo Tribunal Federal o entendimento pela sua adequação constitucional. Mas a visão esposada pela Corte Suprema em julgado pretérito (ADI n.º. 223-6/DF) é valiosa e tem se refletido ainda hoje em seus posicionamentos.

5.2. (In)Constitucionalidade concreta: análise do julgamento da ADI n.º. 223-6/DF

É constitucional uma lei que impeça a concessão de provimentos liminares, em qualquer hipótese, contra o Poder Público? O assunto já foi tema de discussão pelo plenário do STF, na década de 90 do século XX, durante o

³⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 55.

³⁷ Sobre o tema, encontra-se bom apanhado na obra de Renato Benucci (BENUCCI, Renato Luiz. *Op. cit.*, p. 49).

juízo do ADI n.º 223-6 MC/DF³⁸, acima citada. Naquela ocasião, discutia-se a concessão de provimento liminar em medida cautelar proposta por partido político no intuito de suspender a eficácia da Medida Provisória n.º 173/1990, que vedava o deferimento de liminar em mandado de segurança e em ações cautelares ou ordinárias que versassem sobre matérias previstas em outras medidas provisórias, ali identificadas, impedindo, com isso, a execução da decisão judicial antes do seu trânsito em julgado.

Em seu voto, o relator Min. Paulo Brossard suspendeu parcialmente os efeitos da MP n.º 173/90, por entender que “a missão reparadora de lesões de direitos, inerente ao Poder Judiciário, fica bloqueada e durante um período relativamente longo e que se pode tornar excessivamente longo, não se pode dar a reparação judicial, ainda que a lesão seja insigne e o direito líquido e certo”. E concluiu: “Se a medida provisória não veda a apreciação, é inequívoco que a posterga a uma data incerta e o diferimento da proteção judicial pode acarretar a consumação da ameaça e a irreparabilidade do dano”.

Em seguida, o Min. Celso de Mello, encampando as razões do relator, ampliou a suspensividade, sustentando integralmente a eficácia da MP n.º 173/90, aduzindo, em suma, que se “o próprio ordenamento jurídico contém instrumento de neutralização da eventual lesividade decorrente da execução de medida cautelar, ainda que deferida liminarmente, consistente na adoção das providências de contracautela (CPC, arts. 804, 811, 816, n.º II), não vejo como inibir o Poder Judiciário, de modo genérico e absoluto, de conceder provimentos liminares, em sede mandamental ou cautelar, nos procedimentos judiciais instaurados em função das medidas de política econômico-financeira e monetária do novo Governo”.

A orientação, contudo, passou a mudar após o voto do Min. Sepúlveda Pertence, que defendeu como válidas as limitações impostas ao poder cautelar³⁹ do magistrado, sob o fundamento de que a essência da tutela cautelar — a provisoriedade — vinha sendo corrompida, com a proliferação de provimentos

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 223*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 de abril de 1990. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(223.NUME.%20OU%20223.ACMS.\)\(PLENO.SESS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(223.NUME.%20OU%20223.ACMS.)(PLENO.SESS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 03 jan. 2008.

³⁹ Vale lembrar que, à época (1990), não se falava, ainda, em antecipação dos efeitos da tutela, que acabava caindo na vala comum da tutela cautelar, sob a denominação de “cautelar satisfativa”.

definitivamente satisfativos. Aduziu ainda que, naquele caso concreto, em virtude da desmedida abrangência da MP n.º 173/90, que se propunha a ter aplicação num sem-número de situações distintas, algumas restrições ao poder cautelar se justificavam, mormente em face da situação econômica por que, à época, passava o país.

Assim, seria precipitado simplesmente suspender a sua eficácia, ainda que parcialmente, o que poderia trazer conseqüências sérias à política econômica então implantada. Desse modo, concluiu, numa demonstração clara de ponderação de interesses, pela manutenção dos efeitos da MP vergastada, negando a pretensão cautelar deduzida, através de raciocínio cuja transcrição merece destaque:

O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle da constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde — segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello — a vedação da liminar, por que desarrazoada, por que incompatível com o art. 5.º, XXXV, por que ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.

O seu voto foi seguido pelo Min. Sydney Sanches, que acrescentou: “Havendo certa dose de razoabilidade na restrição às liminares, ditadas,

sobretudo, pelo interesse público, nela não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, ‘prima facie’”. Seguiram-no, também, todos os demais ministros.

Sendo assim, firmou-se o entendimento — perfeitamente aplicável aos dispositivos legais (*lato sensu*) que ainda hoje limitam a concessão de liminares contra o Poder Público, de que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implementá-la para garantir a integridade do interesse público. Porém, no caso concreto, quando representar um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade.

Reconhece a Corte Suprema que, embora não se tenha identificado a inconstitucionalidade do ato normativo em tese, ela pode ser detectada no caso concreto, em razão do conflito de valores existente. Isso porque nem toda conformação de interesses pode ser feita em abstrato, aprioristicamente. Nem sempre o legislador ou uma Corte Constitucional tem instrumentos adequados para fazê-lo. Muitas vezes, a solução para um choque de valores fundamentais exige avaliação da realidade concreta e todas as suas nuances. Sem dúvida, trata-se de uma decisão paradigmática para a comunidade jurídica brasileira⁴⁰. Segue, a respeito, o posicionamento esposado por Cássio Scarpinella Bueno⁴¹:

E o juiz poderá, quando entender ser o caso, deferir tutela antecipada contra a Fazenda Pública, mesmo naquelas hipóteses em que outros diplomas legislativos, não mencionados pelo art. 1º da Lei nº. 9.494/97 vedam tal iniciativa. Isto porque, mesmo com a lei restritiva, é dado ao juiz do caso concreto, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, afastar sua incidência por entendê-la agressiva aos cânones do art. 5º, XXXV, CF.

Na mesma linha de raciocínio, sustenta Carlos Augusto de Assis⁴²:

Quanto a elas, e tendo por objetivo não frustrar o direito à adequada tutela jurisdicional (corolário do devido

⁴⁰ Oscar Vilhena Vieira selecionou esse julgamento no rol dos mais importantes já proferidos pelo STF em matéria de direito fundamental, no caso, o devido processo legal. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 492-510).

⁴¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

⁴² ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 197.

processo legal), duas soluções nos parecem possíveis: reputá-las inconstitucionais, deixando ao magistrado, em cada caso, o poder de aplicar ou não a antecipação de tutela de acordo com o art. 273, tendo em vista o critério da proporcionalidade acima formulado; ou, então, verificar em cada caso concreto se elas importam indevido cerceamento do direito ao devido processo legal, para só depois aplicá-las ou não. Do ponto de vista prático, ambas conduzem ao mesmo resultado, qual seja: o de que a antecipação contra a Fazenda Pública é possível mesmo em situações teoricamente vedadas pela Lei nº 9.494, de 1997, verificadas as peculiaridades da cada caso.

Em assim sendo, a princípio, segundo o STF, aplicam-se à tutela antecipada as mesmas restrições contidas nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º da Lei nº 4.348/64, assim como no art. 1º, e seu § 4º, da Lei nº 5.021/66, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92, acima transcritos. Mas ressalva-se que tais restrições podem ser afastadas no caso concreto, uma vez aplicado o princípio da proporcionalidade.

6. Restrição constitucional: exigência de trânsito em julgado para a expedição do precatório (art. 100, §§ 1º e 3º, da CF. EC nº 30/2001)

Viu-se que é possível a antecipação de tutela referente a pretensões pecuniárias que não digam respeito à remuneração de servidores públicos, como, por exemplo, daquelas referentes a pagamentos de prestadores de serviços ou de benefícios previdenciários, a repetição de indébitos tributários etc.

Sucedem que a EC nº 30/2001 conferiu nova redação ao art. 100, § 1º, da CF, para vincular a expedição de precatório ao trânsito em julgado da decisão judicial. E mesmo no §3º do art. 100, quando dispensa a emissão de precatório, exige o trânsito em julgado⁴³. Diante dessa exigência, questiona-se se seria

⁴³ Art. 100 da CF/88: “§1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão os seus valores atualizados monetariamente. (...) §3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas

possível a antecipação dos feitos da tutela contra o Poder Público, para pagar quantia, por tratar-se, no mais das vezes, de decisão interlocutória e inapta à imutabilidade (porquanto provisória e precária). Decerto que sim. Afinal, a Emenda Constitucional nº 30/2001 é materialmente inconstitucional.

Isso porque a imposição de formação de coisa julgada para que a decisão contra a Fazenda Pública tenha força executiva foi inserida por emenda constitucional que afronta, diretamente, o direito fundamental à tutela preventiva (contra ameaça de lesão à direito) e efetiva – este último, corolário que é o do devido processo legal, do direito a um processo sem dilações indevidas e do próprio direito de acesso à justiça, bem como o direito à igualdade. Ofende normas fundamentais, constitucionais, pretéritas e impositivas⁴⁴.

Ainda que se repete a dita emenda conforme com a Constituição, há outro argumento: trânsito em julgado não se confunde com coisa julgada material, sendo antes um pressuposto dela. Trânsito em julgado é preclusão, irrecorribilidade, coisa julgada formal. Uma decisão que determina a tutela antecipada pode tornar-se indiscutível, no mesmo processo, pela coisa julgada formal. Assim, cumpre-se a exigência constitucional com o trânsito em julgado da decisão que antecipou a tutela⁴⁵. Cassio Scarpinella Bueno⁴⁶ acrescenta outro argumento favorável à tese de inconstitucionalidade, sustentando:

em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

⁴⁴(...) esse vínculo ao trânsito em julgado é fruto de emenda à Constituição que, seria despidendo dizer, estivéssemos, eventualmente, em outro lugar do mundo, deve observar determinadas regras que lhe são anteriores e impositivas. Assim, na exata medida em que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para que o jurisdicionado se beneficie de uma decisão judicial que o favorece tem aptidão para colocar em risco uma situação de *ameaça* ou criar uma lesão de difícil reparação ou irreparável, o lapso temporal correspondente atrita com a proteção do art. 5º, XXXV. Nesse sentido, a emenda constitucional é inconstitucional” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141).

⁴⁵ Lembre-se, ainda, que o § 1º do art. 100 da Constituição Federal, ao condicionar a expedição de precatório ao prévio trânsito em julgado, não impede que já se conceda a tutela antecipada (que desencadeia execução provisória) para adiantar os atos executivos que antecedem a expedição do precatório. Assim, na pior das hipóteses – que não é, como já expusemos, a mais adequada - a tutela antecipada permite que já se adiante o processamento da demanda executiva, ainda que só pudesse haver a expedição de precatório após o prévio trânsito em julgado. Vide: (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo:

Dialética, 2007, p. 273). Talamini menciona essa possibilidade, admitindo que se chegue até o depósito da quantia devida em juízo, mas ressalva que “em casos em que a situação de urgência exige mais do que isso, cumpre ponderar concretamente os valores fundamentais envolvidos. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade” (TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 44).

⁴⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.

É que não há problema nenhum em atrelar o pagamento ao trânsito em julgado, justamente porque é de tutela antecipada que se está a tratar aqui. Nos casos em que não há necessidade de antecipação da tutela, aguarda-se o trânsito em julgado; em outras situações em que há urgência (art. 273, I, por exemplo), antecipa-se a tutela, não obstante o texto da Constituição. Se antecipar é “efetivar” antes do tempo, que seja antes do trânsito em julgado.

E, enfim, o próprio STJ tem admitido o cumprimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública para o pagamento de quantia - seja ou não de pequeno valor -, independentemente de precatório, por ser ele incompatível com a tutela de urgência. É o que se vê no julgamento do REsp nº 834.678-PR, que impõe pagamento imediato de pensão provisória de cunho indenizatório, já em sintonia com inúmeros precedentes da Corte: “Cinge-se em saber da possibilidade ou não do cumprimento da antecipação de tutela deferida em ação indenizatória mediante a expedição de precatório”.

Para o Min. relator, a possibilidade de graves danos decorrentes da demora da efetivação do provimento antecipatório *sub examine* revela a incompatibilidade da submissão da tutela de urgência ao regime do precatório. Isso porque a pensão provisória a ser paga pelo município, até decisão final da ação principal, é imprescindível em razão das despesas médicas e terapêuticas da menor, acometida de encefalopatia grave e irreversível devido à vacina aplicada em posto de saúde do município recorrido.

Outrossim, o disposto no *caput* do art. 100 da CF/1988 não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor. Desse modo, mesmo se a sentença fosse de mérito, transitada em julgado, não haveria submissão do pagamento ao regime de precatórios, de acordo com recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes citados: AgRg no Resp 888.325-RS, DJ 29/3/2007, e REsp 853.880-RS, DJ 28/9/2006. Resp 834.678-PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26/6/2007" (Informativo do STJ nº 0325, de junho de 2007).

Limitações deste viés suprimem em absoluto o direito à tutela de urgência contra o Estado, privando aqueles que com ele litigam de um processo efetivo, tempestivo e que dispense tratamento equânime aos seus participantes. Destarte, o art. 100, §§ 1º e 3º, da CF, inserido pela emenda supracitada, deve

ser objeto de uma interpretação conforme as garantias fundamentais citadas, para jamais impedir a concessão e efetivação imediata de decisão antecipatória da tutela contra o Estado, em qualquer situação.

7. Tutela antecipada contra a fazenda pública - obrigação de fazer, não fazer e dar coisa: restrições inconstitucionais

Não há, em princípio, maiores restrições à concessão da tutela antecipada relativa à obrigação de fazer, não-fazer e entrega de coisa em face do Poder Público, até porque não há a exigência constitucional do precatório. Há, porém, algumas situações dignas de nota.

De acordo com o art. 928, parágrafo único, do CPC, não é possível a concessão de tutela antecipada em ação possessória (que muitas vezes objetivam a entrega de uma coisa) contra o Poder Público sem a sua prévia oitiva. Condiciona-se a antecipação dos efeitos da tutela ao exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa pelo Estado, mas não se impede, de nenhuma forma, a sua concessão.

Além disso, o art. 1º da Lei Federal nº 2.770/1956 veda a concessão de tutela antecipada, em qualquer situação, nas ações que se referem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira. Trata-se, no entanto, de restrição descabida, porque simplesmente elimina a possibilidade de tutela de urgência contra o Poder Público em tais casos. Isso a torna escancaradamente inconstitucional, pois afronta o devido processo legal substancial e o direito de acesso à tutela efetiva.

Talamini⁴⁷, mais ponderado, adequada a previsão acima citada à cláusula da proporcionalidade, para defender que não passa “da reiteração da exigência de que os efeitos da antecipação sejam reversíveis, para que a providência possa ser deferida (...). Em casos como esse (...) haverá necessidade de ponderação concreta dos valores envolvidos, para definir-se se é aplicável o óbice imposto em lei”.

Mas a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de admitir a tutela antecipada, contra o Poder Público, para determinar a entrega de remédio a idoso ou portador do vírus da AIDS, por exemplo, inclusive com a determinação de bloqueio de verbas para garantir a efetividade do julgado (aplicação do § 5º

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 49.

do art. 461 do CPC). Neste sentido, convém transcrever trecho da ementa de importante julgado, dado no REsp nº 746.781/RS, em abril de 2006, com relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki:

“1. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos a portador hipossuficiente de isquemia cerebral crônica, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente.

2. Depreende-se do art. 461, §5.º, CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo pôr em risco a vida do demandante.

4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa

humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. (...)

5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7. In casu, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na disponibilização em favor do recorrido da quantia de R\$ 542,64 (quinhentos e quarenta e dois reais e sessenta e quatro centavos), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação.

8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário”.

No âmbito da imposição antecipada de obrigações genéricas de fazer, não-fazer e dar coisa ao Poder Público, algumas das poucas limitações que, possivelmente, poderiam atingi-las, seriam:

a) a que veda, amplamente, a concessão de providência de urgência, no primeiro grau, quando está sendo impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal (art. 1º, §1º, da Lei nº 8.437/92) - que é previsão aplicável, também, às decisões antecipatórias (art. 1º da Lei nº 9494/97)⁴⁸;

b) e a que proíbe liminar (cautelar ou antecipada) que esgote o “objeto da ação” (art. 1º, §3º, da Lei nº 8.437/92, e art. 1º da Lei nº 9494/97) – que, na pior das hipóteses, é mera repetição da vedação (já mitigada) à irreversibilidade, como já se disse⁴⁹.

Entretanto, em ambos os casos, mais uma vez, tem-se atos normativos inquinados por vício de inconstitucionalidade, porquanto suprimem, desarrazoadamente, a possibilidade de obtenção de tutela de urgência em face do Estado, privando o jurisdicionado do devido processo legal e do acesso efetivo à justiça.

8. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública em matéria tributária

O art. 1º, § 5º, da Lei Federal nº 8.437/1992, acrescentado pela MP nº 2.180-35/2001 – mantido em caráter permanente em nosso sistema, em razão da EC nº 32/2001 –, no mesmo sentido do nº 212 da súmula do STJ, veda a tutela antecipada nas ações que visem à certificação de compensação tributária (e previdenciária). A constitucionalidade desse dispositivo, inclusive, foi reconhecida pelo STF, na ADI nº 2.251. Mas esse processo de controle de constitucionalidade acabou sendo extinto sem exame do mérito, em razão da perda de objeto.

A despeito da tendência apontada pelo Supremo, nossos doutrinadores fazem ressalvas a esse dispositivo, bem como ao entendimento sumulado (Súmula nº 212, STF). Diz-se que a vedação ali contida determina, tão-somente, que não cabe ao juiz liminarmente compensar o tributo e decretar a extinção do débito. Mas cabe-lhe delimitar os critérios a serem seguidos pelo contribuinte e pelo fisco para, se quiserem, por sua conta e risco, promover

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 49.

a compensação. Ainda assim, o débito não restaria extinto, o que só seria possível com decisão transitada em julgado⁵⁰.

Demais disso, a Lei Complementar nº 104/2001 inseriu no CTN o art. 170-A, que proíbe a compensação antes do trânsito em julgado da decisão e, portanto, através de decisão que antecipe a tutela. A doutrina confere a esse dispositivo de lei interpretação bem semelhante: o que se proíbe é, tão-somente, a extinção do tributo antes do trânsito em julgado e, não, sua compensação (em razão do art. 156, X, do CTN)⁵¹. Mas a discussão não fica por aí. Questiona-se a possibilidade de tutela antecipada para suspender a exigibilidade de crédito tributário. Isso porque o art. 151, IV, do CTN só aventava essa possibilidade (de liminar), expressamente, em sede de mandado de segurança.

Com o advento da Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu o inciso V no art. 151, cessou-se o debate: permite-se expressamente (regra bem interessante, portanto) a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em outras espécies de ação judicial.

Independentemente de toda essa discussão doutrinária e das mudanças legislativas citadas, deve-se frisar que não é possível antecipar decisão que compensa ou extingue o débito, pelo simples fato de que não se antecipa (des)constituição de situação jurídica – o que já seria a tutela definitiva. Mas nada impede que se adiantem os seus efeitos práticos e sociais, isto é, a suspensão de exigibilidade do crédito⁵².

⁵⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 140.

⁵¹ Segundo esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha, o Superior Tribunal de Justiça vem, contudo, entendendo não ser possível a concessão de provimentos de urgência para impor ou autorizar a compensação de créditos tributários e previdenciários, mesmo quando o lançamento se dê por homologação (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 208-209).

⁵² Nessa mesma linha de entendimento, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 48 e 49.

Referências bibliográficas

ANNUNZIATA, Marcelo. Tutela antecipatória nas ações movidas contra o Poder Público: inclusive em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, n. 41, p. 39.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público: reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. V. 02. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 99.

MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional na repetição do indébito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1995, n. 05.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124).

MEIRELES, Edilton. Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 95.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

A VINCULAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO À LEI: O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO

Euler Jansen

Juiz de Direito

no Estado da Paraíba

Professor da Escola Superior do Ministério

Público da Paraíba

Luta. Teu dever é lutar pelo direito, porém, quando encontrares o Direito em conflito com a justiça, luta pela justiça. (Eduardo Juan Couture).

1. Introdução

Várias são as definições de justiça, sendo perceptível a crescente evolução deste conceito, como também evolui o conceito de Direito. Nessa variada evolução, encontramos tormentosos questionamentos sobre a vinculação do intérprete do Direito (o juiz, o promotor, o advogado) à lei. O que deve ele fazer quando se deparar com casos cujos direitos alegados são conflitantes? E quando não há lei para regulamentar o caso? E quando a lei, num caso prático, apresenta um conteúdo axiológico que pode defini-la como injusta? Como interpretar a norma numa decisão e quais os argumentos que podem justificá-la? O sistema normativo apresenta solução para esses problemas?

Essas são algumas das questões que procuramos enfrentar neste trabalho, que apresenta um conteúdo doutrinário tão extenso que não tem a mínima pretensão de esgotar as matérias abordadas. Na maior parte dos momentos, relendo a vasta bibliografia sobre o tema, tivemos que nos preocupar com a contenção de nossa abordagem, de modo a não elastecer demais o tema proposto e transformá-lo em algo que mais se assemelhasse a uma monografia.

2. Teoria da Argumentação

Os estudos sobre a argumentação jurídica, e sobre a argumentação em geral, têm sido desenvolvidos com grande ênfase e propriedade, nas últimas décadas, constituindo um dos principais campos de interesse da atual teoria e

filosofia do Direito. Essa ênfase é perceptível nas variadas publicações dos autores que escrevem sobre o tema, conforme afirma Manuel Atienza¹.

A Teoria da Argumentação “é o estudo das técnicas discursivas que permitem provo-car ou aumentar a adesão dos espíritos às teses apresentadas ao seu assentimento”². É, sem dúvida, algo complexo que retoma algumas idéias da retórica grega e de René Descartes. Em sua essência, traz novas idéias e concepções, como “acordo” (mais compreensível como “concordância”, que é a consequência natural de uma proposição verdadeira), “auditório” (con-junto de todos aqueles que o orador quer influenciar), técnicas argumentativas, entre outras.

Difere da retórica clássica, em especial, por não partir de algumas verdades (axiomas) até outras verdades que se pretende demonstrar (teoremas), mas sim de alguns acordos (prévios) até a adesão que se pretende obter. A verdade não tem importância absoluta, uma vez que pode estar em posição hierarquicamente inferior a outros valores, de acordo com aspectos sociais e temporais. A própria lei, por vezes, dispensa a verdade. Por exemplo, a exceção da verdade não pode ser argüida nos crimes de calúnia contra o presidente da República ou chefe de governo estrangeiro.

2.1 Campos da Teoria da Argumentação jurídica

Tratando da argumentação jurídica, Atienza³ afirma que a teoria (ou as teorias)⁴ da Argumentação jurídica tem como objeto de reflexão as argumentações realizadas em contextos jurídicos.

Ele distingue três diferentes campos jurídicos em que ocorrem argumentações. O primeiro é o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, envolvendo tanto as argumentações que ocorrem numa fase pré-

¹ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros). 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

²PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 4.

³ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 19.

⁴ Devido à minúcia com que tratou do tema, o autor distingue várias facetas e, com isto, afirma a existência não de uma, mas de várias teorias da argumentação. Assim, ante a variedade de teorias da

legislativa (conseqüências de um problema social, cuja solução, total ou parcial, acredita-se estar na adoção de uma medida legislativa) como as argumentações de uma fase legislativa (o problema passa a ser considerado pelo Poder Legislativo ou outro órgão do governo). Na fase pré-legislativa, os argumentos têm características mais políticas e morais, enquanto que, na fase legislativa, as características são técnico-jurídicas.

O segundo campo traz os argumentos de aplicação da norma jurídica à solução de casos. Esses argumentos são formulados por magistrados ou órgãos administrativos, no exercício da função decisória, ou por simples particulares, distinguindo-se as argumentações relacionadas a problemas concernentes aos fatos ou ao direito. O terceiro campo é o da dogmática jurídica. Trata-se de uma atividade complexa, na qual é possível distinguir várias funções: a) fornecer critérios para a produção do direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; b) oferecer critérios para a aplicação do direito; c) ordenar e sistematizar um aspecto do ordenamento jurídico.

2.2 O problema da interpretação

O segundo campo jurídico em que ocorre a argumentação - a solução de casos - é o enfocado pela teoria da argumentação dominante. O estudo dos *hard cases*⁵ tem se constituído em metodologia para os estudiosos da Teoria do Direito, da Filosofia Jurídica, da Lógica Jurídica e outras disciplinas. Segundo a Teoria da Argumentação, considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes podem chegar a conclusões diversas⁶. Assim, diante da possibilidade de mais de uma resposta para a mesma hipótese, qual das interpretações é a correta? E, mesmo que haja mais de uma resposta correta,

argumentação, trataremos no singular a generalidade de suas idéias, por não ser interessante ao objeto deste trabalho explicitar suas diferenças.

⁵ Em português, casos difíceis. São casos limítrofes para os quais as regras não ditam uma decisão em qualquer direção e somente podem ser decididos sob a orientação dos princípios ou políticas. Outrossim, esses princípios ou políticas, eventualmente, encontram-se em conflito com outros princípios ou políticas igualmente relevantes, mas que não podem, igual e simultaneamente, prevalecer na decisão.

⁶ Miguel Reale, em *Teoria Tridimensional do Direito*, diria que, como o “direito é fato, valor e norma”, mantidos intactos os elementos fato e norma, para se chegar a uma conclusão (direito) diferente, teríamos obrigatoriamente um elemento axiológico diferente, próprio das diferenças ideológicas de cada ser humano.

qual é a fundamentação racional mais consistente, qual a melhor argumentação para obter o acordo do auditório? Enfim, como verificar a correção ou, ao menos, a validade de um argumento que, consideradas determinadas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto?

Num de seus não raros momentos de concisão e de precisão, Atienza⁷ proclama: “Problemas de interpretação (...) surgem quando existem dúvidas sobre como se há de entender a norma ou as normas aplicáveis ao caso”. Não é objetivo deste trabalho analisar os variados aspectos de justificação das decisões jurídicas ou a classificação desses argumentos na Teoria da Argumentação. Busca-se unicamente suscitar a problemática a ser abordada, analisando os elementos essenciais à solução ou às soluções possíveis.

3. Noções de sistema normativo

Um sistema, nas mais variadas ciências, expressa a idéia de um conjunto de elementos que mantém alguma espécie de relação, por estarem ordenados e unidos. Na Ciência Jurídica não é diferente e o seu estudo “se faz necessário para podermos analisar melhor os fenômenos, as idéias, as relações, enfim, como todo este ‘conjunto’ se encaixa e se adapta na sociedade”⁸. Esse sistema não poderia ser outro, senão o “sistema normativo”, ou seja, o sistema de normas que rege um determinado assunto, ou um determinado local, como uma nação ou, como temos visto recentemente, uma comunidade internacional. Entretanto, é preciso ter em mente que um sistema normativo não se exaure nas regras aprovadas pelo legislador. Não pode ficar adstrito a esse conteúdo meramente positivista.

Os sistemas classificam-se em abertos e fechados. Os primeiros interagem continuamente com o meio ambiente, para reabastecimento de material, energia e/ou informação. Já os sistemas fechados são autocontidos, ou seja, raramente ou nunca interagem com o meio ambiente para receber entradas ou para gerar saídas. Mesmo quando ocorrem, as poucas interações tendem a ser estáveis e previsíveis.

⁷ Atianza, Manuel. *Op. cit.*, p. 219.

⁸ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.19.

Com base na classificação de sistemas, pode-se abstrair que o sistema normativo é aberto. Nesse sentido, enfatiza Alexy⁹: “*Um sistema jurídico es simple, por diversos motivos, un sistema abierto: sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados*”. Com isso, verificamos que o sistema normativo é aberto, por conta da imprecisão da linguagem jurídica, da possibilidade de conflitos normativos e de lacunas.

4. Princípios

4.1 Definição

A palavra “princípio” origina-se da língua mãe do pensamento, do latim *principiu*. Significa, de forma geral, começo ou causa primária. Paulo Bonavides¹⁰ explica que tal acepção deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”. Não é este, porém, o sentido aqui adotado quando da referência aos “princípios legais”. Incontáveis são as definições de princípios que permeiam as diversas ciências. Mas, na “ciência do pensamento”, na filosofia, encontra-se a definição que mais satisfaz a ciência jurídica:

Cada uma das proposições diretivas ou características a que se subordina o desenvolvimento de uma ciência (Leibniz, Descartes, Newton e Spencer); regras fundamentais de qualquer ciência ou arte; [...] fundamento; [...] proposição geral que resulta da indução da experiência para servir de premissa maior ao silogismo (Kant)¹¹.

Essa concepção inicial da filosofia e, depois, aplicada à ciência jurídica não é original neste estudo, uma vez que apenas alinha-se ao pensamento de

⁹ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2.ed. Trad. Manuel Atienza. México: BEEFDP, 1998, p. 7-8

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: 1998, p. 717. 3 v.

Marco Berberi¹²: “A conceituação de princípio deve se dar no campo filosófico, para depois chegar à teoria jurídica; assim, parece claro que, antes de serem jurídicos, ou seja, antes de ingressarem na ordem jurídica, são princípios, e por isso se encontram antes dela, servindo de base à ordem social”.

4.2 Os princípios a partir da Constituição Federal de 1988

No Brasil, antes do advento da Constituição Federal de 1988, a legislação raramente tratava de princípios, atendo-se ao termo “princípio” como sinônimo de “início”, como era o caso do Código Civil de 1916. Por sua vez, o Código de Processo Civil refere-se ao termo “princípios” apenas genericamente, ao dispor sobre os “princípios gerais de direito”¹³ ou para se referir ao princípio administrativo da publicidade, que já era tutelado nas constituições, juntamente com os outros princípios da Administração Pública.

A doutrina e a jurisprudência, muitas vezes, faziam verdadeiro caminho inverso, pois enquadravam uma norma processual como princípio. Assim, ao invés de a norma nascer embasada num princípio, este ganhava realce após a norma ganhar algum relevo por mérito próprio, e, diante da sua farta aplicação, fazer nascer um princípio. Para alguns estudiosos, os princípios decorreriam do ordenamento positivo¹⁴. Portanto, negava-se tudo que hoje os mais destacados estudiosos do tema ousam chamar de Teoria dos Princípios.

De forma expressa, a Constituição Federal de 1988 conferiu uma posição privilegiada aos princípios jurídicos nela expressos ou, até mesmo, implícitos:

Art. 5º (...) § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

¹² BERBERI, Marco Antônio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.01-02.

¹³ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos *princípios gerais de direito* (grifo nosso).

¹⁴ Norberto Bobbio, p. ex., leva à compreensão de que os princípios são normas generalíssimas que, por serem dotados de carga axiológica, transcendem o ordenamento positivo. Na intenção de asseverar a sua normatividade, diz: “Se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999).

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (grifo nosso)¹⁵.

A Constituição cognominada de “cidadã”, entre as várias inovações, mostrou desprendimento para referir-se aos princípios, não só através de normas que inegavelmente mostram essa intenção, como também a referência expressa a eles. Como exemplos, são apontados o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), ao dispor que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e o princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).

A força concedida aos princípios foi imensa, posto que inseridos no texto da Constituição, ápice da pirâmide hierárquica das normas. Por isso, eles apresentam elasticidade de conceitos, fato que inibe quaisquer tentativas de limitação ou restrição. Essa elasticidade e não precisão de conceitos, que se apresentam mais como ideais, são o pesadelo dos juspositivistas, que sugerem a perda da segurança jurídica devido a essas qualidades.

Como se observa, a Constituição brasileira embarcou na nau do pós-positivismo, que se afigura como uma terceira onda, após o jusnaturalismo e o juspositivismo. No pós-positivismo, com base nas relevantes contribuições de Alexy, Dwokin e Boulanger, há uma valorização da norma-princípio, ao considerar que o direito natural está “positivado” através dos princípios. De forma mais complexa e envolvendo elementos que fogem ao objetivo deste trabalho, Luís Roberto Barroso¹⁶ apresenta a seguinte concepção de pós-positivismo: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”.

Os princípios constitucionais foram estabelecidos pelo legislador constituinte originário, quando estes tinham plena

¹⁵ Veja-se que a conjunção “e” dá aos princípios força, no mínimo, igual à dos direitos e garantias expressos. Além disso, a expressão “princípios por ela adotados” é mais ampla que se fosse utilizada pela legislador “princípios expressos”, pois permite que sejam englobados os princípios implícitos.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 336.

ciência da responsabilidade de que estava incumbido. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso¹⁷ afirma:

Os princípios constitucionais são o conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

4.3 Princípios como normas

Na atual evolução da Teoria Geral do Direito, sobretudo do Direito Constitucional, em qualquer ângulo em que se ponha o jurista ou intérprete do direito, os princípios jurídicos caracterizam-se por possuírem um grau máximo de juridicidade, vale dizer, uma normatividade potencializada e predominante. Ronald Dworkin¹⁸ destaca essa normatividade, ao afirmar: “Colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida”. Tal entendimento não se extinguiu; ao contrário, germinou e ganhou seguidores nos tempos atuais:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma (...). A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais¹⁹.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas. Sérgio Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 71.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Editora RT, 1980, p. 230.

Dada a fundamental característica normativa dos princípios, afigura-se acertada a noção desenvolvida por Vezio Crisafulli²⁰, em 1952:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares, das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Importante esta noção básica de princípio como norma jurídica. Porém, antes de analisar a sua aplicabilidade como tal, serão apresentadas outras definições. Apesar de alguns ainda pretenderem negar a completa normatividade dos princípios – como a possibilidade de um princípio embasar uma ação, um mandado de segurança, por exemplo – ela é atualmente irrefragável do ponto de vista fático.

4.4 Normas, princípios e regras

Antes de se aprofundar sobre a aplicabilidade dos princípios, a doutrina distingue os caracteres de princípios e regras, espécies do gênero normas. José Joaquim Canotilho²¹ sugere um complexo de critérios para a distinção de regras e princípios:

a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

²⁰ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 257.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1.160-1.161.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Outra distinção é trazida por Humberto Ávila²², que, apesar de algumas similaridades com a anterior, em especial no critério “grau de determinabilidade de aplicação no caso concreto”, parece reclamar por originalidade:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. aument. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 129-131.

da adoção de comportamentos a ela necessários. (...) quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. (...) quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões (grifo nosso).

A história registra três teorias acerca das diferenciações entre princípios e regras. A primeira delas, abraçada por céticos, estabelecia que nenhum dos critérios unilaterais afirmados até então pela doutrina serviria para distinguir as duas classes de normas. A segunda afirmava que a distinção entre princípios e regras seria apenas em relação ao grau de generalidade, pois os princípios têm alto grau de generalidade em contraposição a um baixo grau das regras. A terceira, a qual Alexy julga correta, reconhece que essa diferenciação é não apenas de grau, mas também de qualidade. Tal critério gradualista-quantitativo parte do conceito de que princípios são “mandamentos de otimização” e podem ser cumpridos em graus distintos, dependendo de possibilidades fáticas e jurídicas. As regras, ao contrário, somente podem ser cumpridas num sistema de tudo ou nada: ou é cumprida ou descumprida.

Sustenta-se que essas diferenças entre regras e princípios são também de natureza qualitativa. Nesse aspecto, os princípios afiguram-se como mandamentos de otimização e podem ser cumpridos em diversos graus de concretização. Para tanto, devem ser observados aspectos fáticos ou jurídicos, assumindo esferas de importância e peso, possibilitando sua existência, mesmo quando em conflito. Na aplicação dos princípios em casos concretos, há a

possibilidade de ponderação entre eles, harmonizando-se os diferentes valores presentes no sistema jurídico. Os princípios podem coexistir e permitem o balanceamento de valores e interesses, conforme seu peso em determinada situação, e ponderação com outros princípios conflitantes.

As regras jurídicas, ao contrário, impõem, permitindo ou proibindo, prescrevendo imperativamente uma exigência que apenas pode ser cumprida ou não. São aplicadas sobre a forma do “tudo ou nada” (*all ou nothing fashion*). Havendo conflitos de regras, ao menos uma deve ser invalidada. As regras, também, possuem fixações normativas definitivas, devendo ser cumpridas na exata medida das suas prescrições sem qualquer acréscimo ou retirada. Portanto, não há no sistema a possibilidade de validade simultânea de regras contraditórias. A lei é a expressão gráfica das regras.

Os princípios, portanto, são normas que constituem o ordenamento jurídico – ao lado das regras como elementos do sistema jurídico. Têm características próprias, as quais influenciam, constantemente, o sistema jurídico.

4.5 Sistema jurídico de princípios e regras

Até que ponto é interessante a existência de um sistema jurídico constituído conjuntamente de princípios e regras? Pode haver harmonia desse encontro ou depara-se o legislador sempre com antinomias? As respostas a essas perguntas são simples, mas antes devem ser feitas algumas ponderações. Sabemos que um sistema jurídico baseado unicamente em regras, com a aplicação da letra fria da lei e fraca margem de integração e interpretação, é utópico. Não é possível, frente à mutabilidade social, uma cobertura tão ampla dos textos legais. Em contrapartida, um modelo constituído apenas de princípios carece de precisão, de regras precisas. Também esse sistema seria inconcebível, pois geraria, ante qualquer ação humana, a necessidade de uma ponderação a respeito dela e de um ferir qualquer princípio. Sem dúvida, o cotidiano humano é mais próspero com um “fazer ou não-fazer” imediato. A esse respeito, Canotilho²³ leciona:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática.

²³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.162.

Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (...). O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (...) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do 'possível' fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Apesar de aparentar ter valor unicamente doutrinário da análise de um sistema dialógico e aberto²⁴, fugindo da praticidade das intenções desse conhecimento para este trabalho, ela denota a normatividade dos princípios jurídicos.

4.6 Postulados normativos

Para Humberto Ávila²⁵, existem alguns elementos normativos que, não se enquadrando na definição de princípio ou na de regra, servem como “normas estruturantes da aplicação dos princípios e regras”: os postulados²⁶. Os postulados

²⁴ Aberto porque tem a estrutura dialógica (princípios + regras) e permite uma “capacidade de aprendizagem” – no dizer de Canotilho – de captarem as normas constitucionais a mudança da realidade e estarem abertas às mutáveis idéias de verdade e justiça.

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. aument. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87-90.

²⁶ Vários autores também trazem esta noção de postulados. Canotilho (*op. cit.*, p. 268-272), por exemplo, fala sobre a existência de “*standards* de controlo” que permitem que o juiz “se arvore em ‘censor’ e ‘administrador negativo’” e verifique “se a administração se pauta por critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade”, vinculando “toda espécie de actos dos poderes públicos. Vincula o *legislador*, o *administrador* e a *jurisdição*”, em diferentes extensões para cada um deles.

distinguem-se das regras, porque estas são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder, enquanto os postulados estruturam a aplicação daquelas normas descritivas. Por outro lado, os postulados distinguem-se dos princípios, porque estes são normas imediatamente finalísticas, ou seja, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Já os postulados estruturam a aplicação do dever de promover um fim. Portanto, não impõem a promoção de um fim nem prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.

Os postulados atuam como “normas de segundo grau” ou “metanormas”, cujo fim é a aplicação das outras espécies jurídico-normativas: os princípios e as regras. Os postulados normativos nunca são violados, mas as regras e os princípios cuja aplicação apenas estruturam é que o são, na sua inter-relação horizontal com outras normas ou princípios.

Humberto Ávila²⁷ procurou definir diretrizes para análise e reconhecimento dos postulados, ao apontar os seguintes elementos:

(...) necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo; análise da fundamentação das decisões para a verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados entre si; investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos andamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação; a realização de percurso inverso: descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nele.

Pode-se também afirmar que os postulados não funcionam da mesma maneira, pois alguns são aplicáveis incondicionalmente e outros dependem da

²⁷ Ávila, Humberto. Op. cit., p. 90-93.

existência de determinados elementos, pautando-se por determinados critérios. Como exemplo de postulados inespecíficos (incondicionados), destacam-se a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso. Como exemplo de postulados específicos (condicionados), podem ser apontadas a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

5. Vinculação do operador do direito à lei

5.1 Aplicação da lei injusta

A ciência jurídica serve apenas para a concretização da justiça ou, ao menos, a aproximação desse ideal²⁸. Entretanto, o que fazer quando o caminho indicado pela lei leva apenas à injustiça? A história do direito indica que houve uma interessante evolução da interpretação da lei pelos magistrados. No início do Estado liberal clássico, sua finalidade principal era garantir as liberdades dos cidadãos, sendo notável a rigidez da limitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. Naquela época, pregava Montesquieu²⁹ que o juiz deveria ser apenas *bouche de la loi* (a boca da lei), praticamente sem função interpretativa. Do contrário, o julgamento seria “uma opinião particular do juiz” e, assim, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”.

É claro que isso foi pregado num momento “pós-traumático”, pois havia uma total negação do *ancien regime* e um sentimento coletivo de que os juízes usavam o seu poder para interpretar as leis em favor da nobreza. Os autores de tais idéias não viam o sistema jurídico como um sistema aberto, que, a todo momento, interage com a sociedade e, por isso, sempre tem novas relações para regular. Não pensaram, outrossim, nas leis iníquas.

²⁸ O princípio da justiça não escapa ao pregado até o momento, de que os princípios, em suma, são mandamentos de otimização e podem ser mais ou menos cumpridos. Afinal, melhor alguma justiça do que nenhuma.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 160.

O curso da história mostra que, logo após uma fase de conceitos muito fechados, segue-se uma visão diametralmente oposta. Com a interpretação jurídica não foi diferente. Seguindo-se ao positivismo legalista da Escola da Exegese (começo do séc. XIX até o ano 1900, sucumbindo às críticas de François Géný), nasceu a Escola do Direito Livre, cujos principais precursores foram Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz. Para essa escola, o direito não seria criado pela razão, mas pela vontade, que levava o magistrado a decidir pela intuição axiológica emocional, pela intuição concreta do justo.

Seguiram-se várias escolas, como a Escola Histórica do Direito (Friedrich Carl von Savigny), o Realismo Jurídico (da Teoria da Jurisprudência dos Conceitos (Windscheid) e da jurisprudência dos interesses (Philipp Heck), o Normativismo (Hans Kelsen), o Finalismo Jurídico (Rudolph von Ihering) e outras, mas que não eram tão extremistas quanto as referidas. Por fim, a atual fase passou a ser pautada pelo brocardo *virtus stat in medio*, sem apego demasiado à lei e sem a utopia de um sistema normativo sem desarmonias e sem lacunas. Uma possível desarmonia do sistema normativo ou sua lacuna criam a idéia de injustiça. Então não é abraçada pelo Direito nas mais diversas escolas interpretativas.

5.2 Como não aplicá-la?

Até bem pouco tempo, preponderava a noção de que a lei, mesmo que pareça injusta ao julgador, deveria ser aplicada, mesmo que ele aja constrangido, em nome do princípio da divisão de poderes. A doutrina clássica e a jurisprudência eram uníssonas nesse sentido. Para exemplificar, Rui Portanova³⁰ faz as seguintes observações:

Não há cabida para invocações *contra legem* ante os predicados da legislação. (...) Por isso, “não pode o magistrado tornar prevalente sua opinião contra a exarada de modo claro no texto legal, pena de impor sua vontade à do próprio (...)” (RJTJRS, v. 125, p. 417). “(...) A justiça prestada pelo órgão jurisdicional é a Justiça que deflui do *Direito*. Não é a *justiça*

³⁰ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 38-39.

moral. E se a norma legal não aberra ao *Direito*, impõe-se ao juiz aplicá-la, ainda que pareça injusta. Mesmo que o faça constrangidamente. O princípio da divisão dos poderes veda a não aplicação da lei, ou porque não Comunga com suas raízes ou porque lhe desagradam as conseqüências” (Julgados v. 51, p. 164).

A intervenção crescente da justiça na vida coletiva é um dos maiores fatos políticos de finais do século XX e de começos do XXI. O ativismo judicial³¹ – afastada a utilização pejorativa do termo – não é mais que uma peça de um mecanismo mais complexo, que precisa de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado³², a promoção dos direitos da sociedade civil e, de certo, o poder da mídia.

Não se pense que não há permissão para que assim se proceda. Ao contrário, as próprias legislações aumentam paulatinamente o arbítrio judicial sobre várias questões, estabelecendo normas “flexíveis”, já antevendo as mudanças que podem advir em alguns institutos. Os magistrados não poderiam desempenhar um papel dessa envergadura se não vislumbrassem uma nova expectativa cidadã que, aparentemente, não está satisfeita com as instâncias políticas tradicionais.

³¹ *Judicial activism is the tendency of some judges to take a flexible view of their power of judicial interpretation, especially when such judges import subjective reasoning that displaces objective evaluation of applicable law. The term is usually used pejoratively to describe decisions that are perceived to endorse a particular agenda. Whether a decision is characterized as judicial activism is often a matter of political polemic* (WIKIPEDIA: The free Encyclopedia. Estados Unidos. *Judicial activism*. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org>>. Acesso em: 26 nov. 2006). Tradução livre: Ativismo judicial é uma tendência de alguns juízes para utilizar uma visão flexível do poder judicial de interpretação, especialmente quanto tais juízes usam um raciocínio subjetivo que desloca a aplicação objetiva da lei. O termo é normalmente usado pejorativamente para descrever decisões em que é perceptível a intenção de satisfazer a vontade particular do juiz. Quando uma matéria é caracterizada como ativismo judicial, é normalmente uma matéria de polêmica política.

³² Em verdade, o enfraquecimento do Estado é conseqüência da globalização da economia. Esta criou “entes comunitários” (a exemplo da União Européia), que têm personalidade supraestatal. Por isto, o conceito de soberania ficou limitado pelos princípios de integração internacional – na Europa, há o chamado “princípio de integração européia” ou “princípio de primazia do direito comunitário”. Estão se delineando juridicamente estes entes que são superiores ao Estado e, a título de exemplo, podemos mostrar a tendência de que as normas comunitárias sejam aplicadas em detrimento das normas

Essa tarefa, que alguns podem chamar de social, garantista ou alternativa, apenas vem concretizar os ditames da Constituição de um Estado Democrático de Direito. Ela não pode ser confundida com atividade criadora de direito³³, pois nada se cria. Na verdade, os princípios já estão incorporados ao ordenamento jurídico – preexistem à regra que está expressa na lei, pois orientaram a sua concepção. Não há função criadora, há apenas a revelação de um direito já existente.

Devemos exigir dos juízes, quando no desempenho da jurisdição, a busca de critérios e a construção de teorias que justifiquem a sua decisão concretizadora de justiça, decisão prolatada com base na teoria por ele abraçada. Não podemos, entretanto, exigir deles a injustiça. A doutrina está ciente da questão e traz sua sugestão para a matéria: “A fórmula para enfrentar a lei injusta é aplicar os princípios gerais, fazer aplicação dialética e transdogmática e, principalmente, vê-la como inconstitucional. A lei injusta é sempre inconstitucional, pois é de se admitir como pressuposto de validade e vigência de uma Constituição a garantia de princípios gerais de Direito e de justiça”³⁴. Os princípios representam grande força contra as injustiças, por serem dotados de grande carga ético-axiológica, estando, por isso, intimamente ligados à idéia de justiça.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. A compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou e pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei³⁵.

constitucionais, quando em colisão. No Brasil, essa tendência se verificou com a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao estabelecer: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º, da CF).

³³ Dworkin é terminantemente contrário à idéia da atividade judicial como criadora de direitos, afirmando que o juiz sequer tem discricionariedade na escolha da norma aplicável quando se encontram em colisão, porque ele está determinado pelos princípios. Esta tese se funda em dois argumentos: a) qualquer norma é alicerçada num princípio; b) os juízes não podem criar normas retroativas. Alguns atribuem especialmente a essa negação um ponto de genialidade de Dworkin, pois afasta as suas correlações com a do jusnaturalismo.

³⁴ PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 128.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 327.

As concepções trazidas neste trabalho – o estudo de uma teoria da argumentação para a satisfação do “auditório” de jurisdicionados e revisores das decisões, a normatividade dos princípios (implícitos e explícitos) e sua aplicação – podem servir para melhor interpretar e integrar o ordenamento jurídico, deixando-se de se aplicar a lei injusta, como se não fizesse, naquele caso concreto, parte do ordenamento.

5.3 Funções e aplicabilidade dos princípios

Uma vez integrantes do sistema jurídico e de acordo com a sua disposição constitucional ou meramente legal, os princípios devem ser aplicáveis, independentemente de estarem explícitos na legislação ou serem meramente presumíveis. Em respeito à hierarquia das normas e em adequação ao pós-positivismo, os princípios devem ter a força da norma legal onde estão escritos ou de onde são abstraídos, no caso dos princípios implícitos. Não obstante serem normas, da mesma forma que as regras, devem ser menos suscetíveis de questionamento que estas. Por sua própria definição e finalidade, os princípios são postulados básicos que se destinam a orientar o desenvolvimento da norma, quando da edição ou interpretação de regras. A maior parte da doutrina admite como funções dos princípios exatamente estas: normogênica e sistêmica³⁶.

Não se deve confundir a hierarquia referida com hierarquia das normas, onde estão assentes os princípios com a suposição de existência de hierarquia entre estes. Efetivamente, não há hierarquia entre princípios, apesar do senso comum sobre a existência de princípios de maior ou menor importância, decorrendo essa gradação da sua utilização mais frequente e do fato de, muitas vezes, uns englobarem outros³⁷. Para André Ramos Tavares³⁸, “não há hierarquia normativa entre princípios (...). Não se pode pretender atribuir a um princípio

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.161-1.163.

³⁷ Por exemplo, o princípio do devido processo legal, dotado de duas facetas, a material e a procedimental, engloba vários outros princípios, como a celeridade, a efetividade, o contraditório, a ampla defesa, entre outros. Sobre o princípio do devido processo legal, ver JANSEN, Euler Paulo de Moura. O devido processo legal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 202, 24 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4749>>. Acesso em: 28 jul. 2007.

³⁸TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27-28.

superioridade apriorística, em relação a outro princípio, por força de algum valor relevante que no primeiro se vislumbre”.

Dworkin esclarece que, diante da colisão de princípios, para ter idéia de qual prevalecerá ou, ainda, qual será mais ou menos aplicado, o intérprete deve fazer um estudo, inclusive, utilizando-se dos princípios (postulados³⁹) da razoabilidade ou pro-porcionalidade. A análise pelo intérprete do direito somente pode ser aferida diante de uma casuística e não em tese⁴⁰. Isso porque os princípios sobrevivem intactos quando não prevalecem e “amanhã, noutras circunstâncias”, podem voltar a ser utilizados⁴¹.

Normalmente, não há colisão entre princípios e regras, mas entre um princípio e outro que originou uma determinada regra. Essa regra, aparentemente em desconformidade com o primeiro princípio, nada mais é do que uma concreção do segundo. Portanto, este é que deve ser confrontado com o primeiro para uma avaliação concreta de qual deve prevalecer.

As regras são concreções dos princípios; são especificações regulatórias desses; são desdobramentos normativos dos mesmos. Assim, cumpre observar que não se manifestam antinomias, conflitos, colidências, entre princípios e regras. Desta forma, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro e as regras que dão concreção ao

³⁹Humberto Ávila (op. cit. p. 87-90) entende que “postulados” são espécies normativas diferentes que, não se enquadrando na definição de princípio ou na de regra, servem como “normas estruturantes da aplicação dos princípios e regras”. Os postulados distinguir-se-iam das regras porque estas são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder, enquanto que os postulados estruturam a aplicação daquelas normas descritivas. Por sua vez, os postulados distinguir-se-iam dos princípios porque estes são normas imediatamente finalísticas, ou seja, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Já os postulados estruturam a aplicação do dever de promover um fim e não impõem a promoção de um fim nem prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Os postulados atuam, portanto, como “normas de segundo grau” ou “metanormas”, cujo fim é a aplicação das outras espécies jurídico-normativas, os princípios e as regras. Os postulados normativos nunca são violados, mas as regras e os princípios cuja aplicação eles apenas

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 57-58.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 282.

que foi desprezado são *afastadas*, e essas não se aplicarão a determinadas hipóteses, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico⁴².

Entretanto, há a possibilidade de o constituinte originário⁴³ ter inserido na Lei Maior uma regra que aparentemente contrarie um princípio, mas que, na realidade, visa a excepcioná-lo. E, assim, o princípio continua amplo, mas, apenas naquela exceção, persevera a regra. Nesse aspecto, esclarece André Ramos Tavares⁴⁴: “Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada situação, a regra abre seu espaço de aplicação, subtraindo-o do espaço genérico de aplicação do princípio. É uma retração do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário”.

Referindo especificamente ao princípio da efetividade, mas lembrando que suas palavras têm serventia para os outros princípios, e a sua aplicação pelo magistrado, Luiz Fux⁴⁵ leciona: “O princípio, como sói ocorrer com os demais, informa a atuação do juiz na cognição e deferimento do provimento de urgência, permitindo-lhe transpor dogmas ortodoxos que limitam a sua atuação em prol da efetividade da prestação jurisdicional”.

5.4 O princípio do devido processo legal

Um princípio especialmente útil na problemática de interpretação, com o escopo de afastar a aplicação da lei injusta pelo magistrado, é o devido processo

⁴² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

⁴³ Somente para o caso do constituinte originário, pois o derivado não pode inserir no texto constitucional nada que seja contrário às normas (princípios e regras) que nele já estão assentes, sob pena de exclusão do ordenamento, por verificação da inconstitucionalidade da emenda constitucional. Essa compreensão há muito está pacificada, desde que o STF já decidiu que “Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição” (ADI 939 – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU de 18/03/94).

⁴⁴ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 38.

⁴⁵ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 247.

legal substantivo. Sobre ele anotam Cintra, Grinover e Dinamarco⁴⁶: “O devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional”. Há, portanto, duas facetas sobre as quais incide o devido processo legal: *o procedural due process* (devido processo procedimental) e o *substantive due process* (devido processo legal substantivo). Entretanto, para os fins desta discussão, apenas esse último interessa.

O devido processo legal substantivo ou material é a manifestação do devido processo legal na esfera material. Seu alcance é mais amplo que a faceta procedimental, pois se manifesta em todos os campos do Direito (administrativo, civil, comercial, tributário, penal, entre outros). Em sua essência, tutela o direito material do cidadão, inibindo que lei em sentido genérico ou atos administrativos ofendam os direitos do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade, entre outros direitos inseridos na Constituição.

A Suprema Corte Americana entende que lhe compete examinar qualquer lei e determinar se ela constitui um legítimo e não-abusivo exercício do poder estatal. O então ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso⁴⁷, prolatou acórdão que em poucas palavras traz a perfeita essência do aspecto material do devido processo legal:

Due process of law, com conteúdo substantivo - *substantive due process* - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexos com o objetivo que se quer atingir.

⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

⁴⁷ ADIn nº 1511-7 DF - Medida Liminar, julgada em 14.08.1996.

Em verdade, o devido processo legal material não apresenta limites, podendo abranger quaisquer direitos que a imaginação permita conhecer. Em síntese, ele tutela a justiça da lei, possibilitando um acesso justo à ordem jurídica.

Quando verificada a incompatibilidade de uma lei com o *procedural due process*, com o apoio do postulado da proporcionalidade, esse princípio se vale de sua hierarquia normativa (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), para gravar a lei injusta com o estigma da inconstitucionalidade.

6. Considerações finais

A Teoria da Argumentação estuda as técnicas discursivas que provocam ou aumentam a adesão às teses apresentadas. Possui vários campos de aplicação na Ciência Jurídica, destacando-se a análise dos argumentos de aplicação da norma jurídica à solução de casos. É nesse âmbito que se constata os graves “problemas de interpretação”, havendo a possibilidade de conclusões diferentes, consideradas as mesmas normas e casos idênticos. Há também a possibilidade de conflito entre mais de uma norma aplicável ao caso.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou, de forma expressa ou implicitamente, vários princípios. Trata-se de um marco relevante, por adequar-se ao modelo que a doutrina convencionou chamar de pós-positivista. Com isso, fica eliminado, de uma vez por todas, qualquer resquício de dúvida acerca da sua normatividade, permitindo aos princípios derogar regras, que se expressam graficamente através das leis.

O nosso sistema jurídico é constituído de regras e princípios e isso se apresenta salutar, pois permite uma maior coesão do sistema. Os princípios suprem eventuais omissões legislativas, na medida em que impedem eventuais desvirtuamentos das regras, tanto na sua edição como na sua interpretação.

Tanto os princípios como as regras são espécies do gênero “norma” e, por isso, possuem normatividade, diferenciando-se através do critério gradualista-quantitativo. O elemento “grau” indica que os princípios possuem alto grau de generalidade, em contraposição às regras, que têm baixo grau. Já o elemento “qualidade” indica que os princípios, entendidos como mandamentos de otimização, podem ser mais ou menos cumpridos, enquanto que as regras apenas são cumpridas ou não.

Num contexto prático, os postulados podem ser entendidos como normas de segundo grau. São destinados a estruturar a aplicação dos princípios e regras, sejam independentes de condições (postulados inespecíficos, como ponderação, concordância prática e proibição de excesso), sejam dependentes da existência de determinados elementos (postulados específicos), que variam de acordo com as normas associadas ou em oposição.

A existência de leis injustas – diante da impossibilidade de o legislador acompanhar *pari passu* a extrema mutabilidade das relações sociais – é um fato, mas não pode o operador do direito subordinar-se a essa iniquidade. A tarefa do julgador não é mais de simples aplicador da lei, sendo melhor definido como aplicador da “norma”. Não se trata de mero “jogo de palavras”, pois a precisão técnica requer que a lei (expressão gráfica da regra) seja apenas um lado da moeda do sistema normativo e funcione ao lado dos princípios. Esses princípios, segundo a visão pós-positivista, devem coexistir com a lei, pois orientaram a sua criação e o seu desenvolvimento com base na regra que se deseja expressar.

Dotados de carga ético-axiológica intimamente ligada à justiça, os princípios abrem caminho para a solução de tensões e lacunas legais, permitindo considerar inconstitucional a lei que contraria princípios constitucionais, a exemplo do devido processo legal substantivo. Deve ser estimulada a percepção desses princípios, para que se possa manter uma maior coesão do ordenamento jurídico, tanto pelos legisladores, quanto por todos os intérpretes do direito (advogados, promotores e juízes). Estes em especial, uma vez que os princípios também podem ser utilizados como forma de integração das lacunas legais.

Referências bibliográficas

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da Argumentação jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. aument. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Trad. Ovídio A Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVEZ, Diego Fernandes. *O juiz e a lei*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060605ojuiz.php>>. Acesso em: 16 nov. 2006.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUERRA, Gustavo Rabay. O direito racional e o retorno ao argumento: teorias da argumentação jurídica como canais para um pós-positivismo factível. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, Caruaru-PE, v. 34, p. 165-190, 2003.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora RT, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora RT, 1980.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

NALINI, Renato. *A rebelião da toga*. Campinas-SP: Millenium, 2006.

ALGUMAS IRREGULARIDADES NO ÂMBITO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO CONFIGURADORAS DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Herbert Vitório Serafim de Carvalho
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

Observa-se, atualmente, um movimento de moralização e intolerância pela população brasileira contra a corrupção que assola as entranhas de todos os níveis dos poderes constituídos. É premente a necessidade de corrigir e punir a malversação do dinheiro público, transformando o atual estágio de letargia do cidadão em ativo fiscalizador do adequado uso dos recursos públicos, para tanto exigindo um compromisso dos gestores públicos com a ética e a transparência na gestão desses recursos.

Ao longo da história, analisando-se situações vivenciadas por diversos municípios espalhados pelo Brasil, observa-se que a corrupção se constitui na causa principal de decadência das cidades e conseqüente empobrecimento físico e moral da população. É fácil perceber quando um município possui um mau gestor público. Nesses casos, os sinais de corrupção são identificados na falta de verbas para obras públicas e para a manutenção dos serviços da cidade, afetando a qualidade da educação, a assistência à população carente e o atendimento à saúde.

No caso específico dos municípios brasileiros, a maior parte dos focos de corrupção é encontrada no processo de licitação. Nesse procedimento, o prefeito, juntamente com seus assessores, em conluio com empresas especializadas em desviar dinheiro público, passam a fraudar o procedimento licitatório. Entre as várias irregularidades encontradas nas fiscalizações realizadas pelos Tribunais de Contas, destacam-se: o superdimensionamento das quantidades de material, a omissão de serviços e materiais necessários, a introdução de defeitos no projeto e o sobrepreço de materiais. Ressalte-se que, em muitos casos, as construtoras entregam ao órgão responsável pela licitação o projeto já pronto, para ser licitado e adjudicado a uma empresa previamente escolhida. Atualmente, os instrumentos de corrupção vêm se aperfeiçoando em velocidade muito maior do que os meios

de controle da legalidade. Estes meios, contemporaneamente, possuem procedimento burocrático, que possibilita a manipulação do processo de licitação e, conseqüentemente, a fraude.

São várias as situações de irregularidades nos processos de licitação, as quais acarretam conseqüências cíveis, criminais e administrativas. Ante tais fatos, este trabalho pretende pontuar corriqueiras violações da Constituição e da lei a partir da análise dos princípios norteadores da Administração Pública e das responsabilidades. Para tanto, apontará situações onde há utilização de empresa “fantasma”, licitações direcionadas ou fracionadas, utilização de notas fiscais frias, duplicadas ou seqüenciadas, entre outras violações passíveis de responsabilidade criminal.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, *caput*, os princípios que servem de referencial à atividade administrativa nos níveis federal, estadual e municipal. São eles:

a) Princípio da legalidade: é princípio basilar de toda a atividade administrativa. O administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem de cingir ao que a lei impõe.

b) Princípio da impessoalidade: indica que a Administração Pública deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica.

c) Princípio da moralidade: exige que o administrador se pautar por conceitos éticos. Aplica-se também ao particular que se relaciona com a Administração Pública.

d) Princípio da publicidade: a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas.

e) Princípio da eficiência: introduzido pela EC nº 19/98, procura estabelecer a produtividade e economicidade, exigindo a redução dos desperdícios de dinheiro público.

Não são apenas esses princípios expressos que balizam a atividade administrativa. Há outros princípios administrativos disseminados, de forma implícita ou explícita, ao longo da Constituição Federal e na legislação ordinária. O direito brasileiro centraliza na contrariedade a tais princípios o cerne dos atos de

improbidade administrativa e sua reprovação legal. E, com isso, fortalece o conjunto de instrumentos jurídicos destinados à proteção do patrimônio público econômico.

A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum. Deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal. A Administração Pública tem o poder de aplicar a lei e a obrigação de estimular sua observância, sendo a ilegalidade indício exterior e imediato de improbidade. A esse respeito, afirma Waldo Fazzio Júnior¹:

O princípio da legalidade determina que toda conduta administrativa se desenvolva conforme a lei, de modo que no Estado *de* Direito, que é também Estado *do* Direito, qualquer autoridade que decida, sem observar os lindes estabelecidos por uma lei em sentido material, estará desenganadamente subvertendo as finalidades da atividade administrativa.

Como consequência, deve-se administrar de forma impessoal, tendo em vista a conservação dos objetivos postos na lei. Estando a serviço do interesse público, o servidor labora em nome do Estado. Quando, eventualmente, dele se afasta, despe-se dessa investidura e chama para si a responsabilidade pelos atos que pratica. A expressão “moralidade administrativa” pode ser entendida como a necessária correspondência entre os motivos determinantes da conduta administrativa e suas finalidades concretas. Segundo o referido autor², “a moralidade administrativa, por mais que tenha em conta o patrimônio público econômico, não é aferida em moeda, de modo que pouco importa se o ato resultou em prejuízo econômico ou não para a entidade; basta para tanto o dano moral, sempre acompanhado do descrédito dos administrados”.

A publicidade é o elemento de ligação com a coletividade, sendo requisito de eficácia jurídica do ato administrativo para a produção válida de efeitos externos. Assim, o agente público não pode atuar clandestinamente. Deve dar plena ciência

¹FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas., 2007. p. 8.

²FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 17.

de seus atos aos superiores hierárquicos e, sobretudo, à sociedade, quando isso se fizer necessário, evidenciando-os como legais. Todavia, a publicidade não significa fazer propaganda, promover ou se promover. Seguindo o paradigma do art. 37, § 1º, da Constituição Federal, significa educar, informar ou orientar, não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou quaisquer outros servidores públicos. A publicidade envolve impessoalidade.

A diretriz constitucional da eficiência “encontra suas melhores possibilidades de realização, na tríade transparência, planejamento e equilíbrio. Administrar com eficiência significa, sobretudo, maximizar o resultado social colimado pelas leis. A eficiência conforme a lei é indutora da eficácia na materialização do interesse público”³. Nessa perspectiva, a regra geral da licitação determina que, exceto nos casos legais de dispensa e inexigibilidade, obras, serviços, compras e alienação serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições aos concorrentes.

2. Dever geral de probidade e ato de improbidade administrativa

Em harmonia com os preceitos constitucionais, o art. 4º da Lei nº 8.429/92 estabelece o dever geral de probidade. Nesse sentido, dispõe que os agentes públicos, de qualquer nível ou hierarquia, são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, no trato dos assuntos que lhes são afetos. Sobre a matéria, esclarece Waldo Fazzio Júnior⁴:

O agente público que, direta ou indiretamente, desatender o dever de probidade, enunciado no art. 4º da Lei nº 8.429/92, realizará conduta lesiva da probidade administrativa, nas suas dimensões moral e material. Desde logo se insere no comando do art. 11 da Lei de regência. Pode, conforme os efeitos produzidos pela sua atuação, a maior ou menor carga de má-

³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 21.

⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 39.

fé e a eventual repercussão sobre o erário, se enquadrar no art. 9º (enriquecimento ilícito) ou no art. 10 (lesão ao erário).

A ação em que se examina ato de improbidade administrativa não tem caráter penal. Porém, acarreta conseqüências políticas (suspensão dos direitos políticos), administrativas (perda da função pública e interdição negocial com o Poder Público) e civis (restrição à disponibilidade patrimonial de quem pratica improbidade, multa civil e obrigatoriedade de recompor o patrimônio da Administração Pública), tudo sem prejuízo da incidência da norma penal.

3. Licitação e responsabilidades

Licitação é “competição pública de candidatos, em igualdade de condições, a contratações com o Poder Público. Seu objeto consiste num conjunto de atos administrativos em seqüência, dirigidos à eleição de contratante que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a Administração deseja celebrar, como fase necessária do processamento da despesa pública”⁵. A obrigatoriedade de licitar decorre do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que dispõe:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A legislação define seis modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. Todas devem observar os valores admissíveis para cada espécie. A mais importante modalidade de licitação é a concorrência. Talvez, por isso, seja o alvo predileto de diversos expedientes

⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 139.

fraudulentos nas suas etapas mais relevantes, ou seja, da convocação (edital) até a contratação. Ao frustrar ou fraudar licitações, o agente público pratica crimes licitatórios, sujeitando-se à responsabilidade penal, independentemente de responder por ato de improbidade, em ação civil.

Os procedimentos licitatórios são promovidos e fiscalizados por comissão constituída para esse fim. Em regra, os delitos praticados são atribuídos aos seus membros ou aos competidores. Contudo, não há qualquer impedimento que outros agentes públicos, notadamente de hierarquia superior, influenciem o procedimento e, como co-autores diretos ou autores mediatos, cometam crime.

O §3º do art. 51 da Lei nº 8.666/93⁶ estabelece a responsabilidade solidária dos membros da Comissão de Licitação por todos os atos praticados. Todavia, conforme lembra Jessé Torres Pereira Júnior⁷, essa responsabilidade “não se restringe unicamente aos membros da Comissão, alcança, também, a autoridade que homologa o procedimento e adjudica o objeto”. Ressalte-se que a responsabilidade do gestor e da Comissão é afastada quando agem sob entendimento de parecer jurídico, desde que este esteja devidamente fundamentado, defenda tese aceitável e esteja alicerçado em base doutrinária ou jurisprudencial. Caso contrário, o autor do parecer responderá solidariamente com o gestor que praticou o ato irregular, nos termos do parágrafo único do art. 38 da citada lei⁸.

4. Algumas irregularidades enquadradas como crime no processo de licitação

A Lei nº 8.666/93, entre os arts. 89 a 99, prevê os tipos penais para enquadrar como crimes atos de improbidade que ferem a honestidade e a legalidade do certame para fraudar e burlar as regras da licitação. Tratando da ocorrência de tais atos, Waldo Fazzio Júnior⁹ afirma: “Quando se trata em fraude, de forma geral, os expedientes vão desde a pura e simples troca de envelopes de propostas

⁶ Art. 51, § 3º. Os membros da Comissão de Licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 602.

⁸ Art. 38. Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 141.

até a realização de negócio superestimado, com posterior realização de uma licitação meramente teatral à base de cartas-convite encomendadas”.

Exemplos desse artifício são encontrados a partir da simples análise dos atos constitutivos das empresas que fornecem produtos e serviços perante a Junta Comercial do Estado e as receitas federal e estadual, onde se constatará que sua existência está apenas no papel. São as chamadas empresas “fantasmas”, as quais têm como sócios pessoas que emprestam seus nomes, os chamados “laranjas”. Ou então a sociedade foi constituída com a utilização de documentos de origem ilícita. Ressalte-se que essas empresas são constituídas geralmente no início do mandato do agente político eleito.

Ocorre, também, a manipulação de brechas existentes na lei de licitações, para o direcionamento do certame através da utilização, geralmente, da modalidade convite. A mais conhecida delas acontece quando são feitas exigências que poucos podem atender. Isso, conseqüentemente, inviabiliza rodízio de competidores, perpetuando as compras e serviços em uma mesma empresa. Outra forma comum de se fraudar o processo de licitação é a montagem de concorrências públicas simplesmente com o objetivo de legalizar a aquisição de materiais e serviços que, muitas vezes, nunca serão entregues ou executados.

Nesses casos, a Comissão de Licitação, quando não está envolvida no esquema de fraude, é constituída por servidores públicos despreparados e coagidos a assinar pelo agente público, ameaçados de punição. Algumas vezes, os fraudadores se utilizam de outras empresas “fantasmas” para apresentarem propostas combinadas, com o objetivo de direcionar o vencedor. Tal fato é perceptível por falhas comuns existentes nas propostas, a exemplo da repetição de dados de uma empresa na proposta de outra, cuja conduta configura ilícito capitulado no art. 90 da Lei nº 8.666/93¹⁰. A respeito da matéria, leciona Jessé Torres Pereira Júnior¹¹:

Contempla o dispositivo duas condutas distintas: frustrar (baldar, anular, impedir) e fraudar (burlar, enganar) o

¹⁰ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 903.

caráter competitivo do procedimento licitatório. Este é da essência da licitação e, uma vez afastado, pela supressão ou pela fraude, a própria licitação deixa de existir. Equivaleria a um “jogo de cartas marcadas”, cujo desfecho já estaria previamente estabelecido em favor de um dos jogadores. Assim, os demais licitantes estariam concorrendo apenas por concorrer (cientes ou não de tal circunstância), pois que o objeto do certame já estará previamente adjudicado a um deles.

Outra espécie de fraude é a utilização nos processos de licitação de documentos falsos de outras empresas idôneas no mercado, de boa reputação, para participação no certame. O objetivo é iludir a opinião pública acerca da lisura, quando na realidade as empresas nunca apresentaram propostas. Essa forma de irregularidade é analisada por Antoninho Marmo Trevisan¹²: “O método mais usual consiste em forjar a participação de três concorrentes, usando documentos falsos de empresas legalmente constituídas. Outra maneira é incluir na licitação, apenas formalmente, algumas empresas que apresentam preços superiores, combinados de antemão, para que uma delas saia vencedora”.

Existem ainda as conhecidas notas fiscais “frias”, duplicadas ou seqüenciadas. Nesses casos, os fraudadores oferecem notas fiscais fabricadas ou duplicadas para os prefeitos apresentarem como comprovação das despesas não realizadas. Ou, quando realizadas, indicam execução de serviço ou compra de materiais supervalorizados ou superfaturados. Às vezes, as notas fiscais apresentadas por diferentes empresas possuem as mesmas características e não trazem impressos no talonário os dados da gráfica que as confeccionou, a quantidade de folhas e a data da impressão. O rol de esquemas fraudatórios é amplo. A exemplificar basta a leitura das condutas enumeradas no elenco de crimes descritos a partir do art. 89 da Lei de Licitação, na seção que trata dos crimes licitatórios.

O procedimento licitatório deve ser anulado quando a empresa vencedora desatendeu às condições de habilitação e apresentação da proposta, sendo irrelevante se o objeto do certame já está homologado e adjudicado, inclusive

¹² TREVISAN, Antoninho Marmo et al. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. 3 ed. [s.l.]: Ateliê Editorial, 2004, p. 26.

com o fornecimento do material e pagamento dos valores contratuais. Neste último caso, não havendo lesão ao erário público, em razão de ter havido o fornecimento regular do material ou serviço, não haverá devolução do pagamento, sendo vedado à Administração Pública locupletar-se indevidamente em detrimento de terceiros¹³.

Entretanto, necessário se faz observar que a lesão ao erário ocasionada pela fraude licitatória, além da incidência da norma criminal, possibilita enquadramento do agente político na Lei de Improbidade Administrativa. Significa que não se limita apenas à inexistência de alcance finalístico da contraprestação contratual, ou seja, às situações em que o objeto contratado não é cumprido e, conseqüentemente, haja um prejuízo de conteúdo econômico e devolução dos pagamentos ocorridos pelo fornecimento dos bens ou do serviço.

Há situações em que o desvirtuamento do processo licitatório, com claro direcionamento a determinada empresa, com fornecimento regular do material ou do serviço, deu-se com “preço de mercado”, acrescido da “margem de lucro”, e conseqüente aumento patrimonial do particular beneficiado em virtude da ilegalidade ou improbidade. Nessa hipótese, diante do enriquecimento ilícito do terceiro, há prejuízos para os cofres da Administração Pública. Esta se vê obrigada a pagar o preço acrescido da margem de lucro contratado com a empresa.

Nesse caso, haverá devolução parcial de pagamento referente ao lucro ilegalmente auferido pela empresa sem se configurar enriquecimento indevido da Administração Pública. Ressalte-se que o ressarcimento dos danos abrange também os prejuízos de ordem não-patrimonial. Portanto, abrange os “danos morais” causados ao Poder Público em virtude da lesão ao erário pela violação das regras que devem guiar a administração pública, quando da transgressão dos princípios constitucionais e da lei.

As duas espécies de fraudes mais comuns, em prejuízo do patrimônio público, previstas como crime no art. 96 da Lei nº 8.666/93¹⁴ são: o superfaturamento (a Administração Pública paga pela obra ou serviço mais do que realmente deveria) e a contratação de serviços-fantasma. São serviços

¹³ RESP 802378/SP; RESP 575551/SP e ERESP 260821/SP.

¹⁴ Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando,

inexistentes, também chamados de serviços de papel. Pode-se citar como exemplo a situação do agente político que contrata uma empresa para a realização de serviço público que, no entanto, é executado pelos próprios servidores do órgão ou entidade. Paga-se por um serviço que a contratante não realiza.

Exemplo flagrante de conduta prevista como crime no art. 89 ocorre quando o administrador público se prevalece de situação calamitosa provocada pelas secas para justificar a dispensa de licitação. E assim, efetua contratações antieconômicas, superfaturadas ou fraudulentas, com pagamento em excesso ou, simplesmente, realiza o pagamento sem a entrega dos bens ou prestação dos serviços contratados.

A anulação de processo licitatório viciado induz à presunção da existência de ilícito penal e configura o crime definido no art. 91 da Lei nº 8.666/93¹⁵, quando efetuada pelo Poder Judiciário. Em tal hipótese, a abertura da licitação ou celebração de contrato se originou com o patrocínio de interesse privado, perante a Administração Pública, por parte do servidor público definido no art. 84 da citada lei.

Deve ser realçado que não se pode contratar mediante licitação sem previsão orçamentária que destine dotação para esse fim. A conhecida prática dos aditivos, sob a falsa alegação de suprir deficiências da execução do contrato, tem ocasionado prejuízos incalculáveis ao erário. Essa prática caracteriza crime previsto no art. 92¹⁶. Sendo válida a licitação, o vencedor do certame tem o direito de não ser preterido na contratação. Em contrapartida, se o certame licitatório for inválido, nenhum dos competidores pode contratar com a Administração Pública. Nesse sentido, observa Waldo Fazzio Júnior¹⁷: “Impende consignar que é elevado o número de licitações viciadas por irregularidades editalícias”.

¹⁵ Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

¹⁶ Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

¹⁷FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 146.

Todo o processo de licitação é vinculado ao edital e se constitui na concretização dos princípios da publicidade e da impessoalidade, devendo ser cuidadosamente confeccionado. Situações de irregularidades constantemente identificadas pertinentes ao edital se referem à falta de publicação, à duplicidade e à negociação com venda a preços muito elevados.

5. Dispensa indevida de licitação

Prescindir indevidamente de licitação, em qualquer de suas modalidades, implica extrapolar os casos legais de dispensa, contratando diretamente obra ou serviço, quando a lei exige a competição em busca do melhor negócio. “Dispensar licitação consiste em determinar se faça a aquisição direta de bens, obras ou serviços, sem a realização do torneio, nos casos previstos no art. 24 da Lei”¹⁸. José dos Santos Carvalho Filho¹⁹ acrescenta: “Anote-se que o administrador, mesmo nesses casos, poderá realizar licitação, se entender mais conveniente para a Administração. Não há obrigatoriedade de não licitar, mas faculdade de não fazê-lo.”

O art. 24 prevê várias situações passíveis de dispensa de licitação. As hipóteses mais comuns de sua aplicação ocorrem nos seguintes casos: sendo pequeno o valor da obra ou serviço (10% do limite para convite, art. 24, I e II); em situações excepcionais, como emergência e calamidade pública (art. 24, IV); na inexistência de licitantes interessados, a chamada licitação frustrada ou deserta (art. 24, V); na hipótese de preço excessivo proposto pelos competidores ou na contratação com outro ente público (art. 24, VIII).

Ressalte-se que a hipótese de dispensa de licitação, em virtude de pequeno valor da obra ou serviço, não pode ser utilizada quando o administrador, ilegalmente, fraciona o objeto na tentativa de excluí-lo da licitação ou incluí-lo em modalidade mais simples. Ressalva-se a situação em que existam recomendações técnicas para fracionar o objeto da licitação, com o propósito de ensejar maior competitividade (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

¹⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 898.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 222.

A situação de emergência justificadora da dispensa de licitação se caracteriza com a verificação de fato localizado e inesperado. Caracteriza-se também ante a impossibilidade de a licitação ser realizada sem ocasionar prejuízo ou sem comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens. Entretanto, é preciso observar que a obra ou serviço têm de ser realizados no prazo decadencial improrrogável de cento e oitenta dias consecutivos e sem interrupção. Conforme observa Waldo Fazzio Júnior²⁰, “essa modalidade de dispensa reclama que a situação de emergência ou de calamidade pública não decorra da imprevisão do administrador público nem de sua gestão desidiosa, mas de efetiva urgência, denunciada por situação de risco às pessoas e aos bens”.

Configura o delito capitulado no artigo 89 da Lei nº8.666/93²¹, se não restou caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. Ressalte-se que incorrerá em conduta delituosa capitulada no art. 95 da Lei de Licitação²² o agente público que mandar inserir em edital de licitação cláusula destinada a desestimular competidores, logrando obter a deserção ou o fracasso, para, em seguida, efetuar contratação direta, independentemente de interessados.

6. Inexigibilidade licitatória

Quando a lei declara inexigível a licitação, significa que, salvo circunstâncias excepcionais, não se deve licitar. Inviável a competição, não há por que licitar, sob pena de se gastar para nada. Diferentemente ocorre na dispensa de licitação, quando esta “é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na

²⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 150.

²¹ Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

²² Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

inexigibilidade, é inviável a própria competição”²³. Lembra Jessé Torres Pereira Júnior²⁴ que “inexigir licitação consiste em determinar a aquisição direta de bens, obras ou serviços sem a exigência do torneio, por sua inviabilidade, nos termos do art. 25 da Lei”. As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão previstas no art. 25 da Lei nº 8.666/93²⁵. Observa-se sua incidência no caso de fornecedor exclusivo, na contratação de empresa ou profissional notoriamente especializado ou de profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Hipótese comum de crime previsto no art. 89 praticado pelos agentes políticos acontece na contratação de serviços advocatícios sem observância dos requisitos estabelecidos no art. 25, II, da Lei. Para a contratação direta do profissional, o serviço deve estar revestido das exigências de profissional de notória especialização. Ocorre também havendo necessidade técnica de a Administração Pública contratar e ter o objeto natureza singular, ou seja, executado segundo característica própria do executor.

Entretanto, não pode haver contratação de escritório de advocacia ou advogado para exercer atividades jurídicas rotineiras da Administração Pública, sob pena de violação da regra do concurso público. Se assim agir, estará contratando profissional para exercício de atividades permanentes e perfeitamente previsíveis, hipótese de necessidade de criação de cargo público a ser provido via concurso.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 235.

²⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.*, p. 898.

²⁵ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Para a contratação de serviços advocatícios sob o manto da inexigibilidade licitatória, deve-se comprovar a inviabilidade de competição, o notório destaque do contratado em face dos seus conhecimentos profundos na matéria objeto da avença feita com a Administração Pública e a singularidade do serviço técnico especializado. Ou seja, deve ser demonstrada a especificidade incomum do serviço ou a natureza distintiva com que ele se define em relação aos demais serviços corriqueiros. Ausente qualquer desses pressupostos, haverá configuração do crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo das sanções por improbidade administrativa.

7. Considerações finais

Corriqueiramente, a mídia veicula matéria informando fraudes em processos de licitação. Com efeito, apesar do constante controle dos atos da Administração Pública pelos diversos entes legitimados, os casos de fraude voltam a se repetir, independentemente da corrente política que esteja à frente do Poder Público. Diversos são os mecanismos voltados ao controle e legitimados a fiscalizar, a exemplo da Controladoria-Geral da União, dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e, especialmente, do próprio cidadão.

Ocorre que os instrumentos de corrupção estão se aprimorando, havendo necessidade de maior dinamismo e aperfeiçoamento no controle finalístico e superior. Deve-se ampliar o controle preventivo, com o objetivo de evitar irregularidade e atos de corrupção prevenindo, logo no início, o dano ao erário.

Observa-se também a necessidade de se promover um aprimoramento na Lei de Licitações, aperfeiçoando os mecanismos de controle e adequando-a à realidade social. É preciso executar ações garantidoras da legalidade dos atos administrativos, prevenindo condutas ímprobas e oferecendo uma resposta rápida e enérgica ao corrupto. Essas medidas têm o objetivo de reparar o dano e inibir a proliferação de fraudes no procedimento do certame. Além disso, é preciso estimular a participação popular na fiscalização da gestão do dinheiro público, de modo a coibir os abusos e desvios que possam ser cometidos.

Deve-se ampliar a utilização da tecnologia no processo licitatório. O emprego de recursos da tecnologia e da informação possibilita aumentar o número de concorrentes, a competitividade e o controle relativo aos gastos públicos. É o

que ocorre, por exemplo, com o pregão na forma eletrônica, conforme dispõe o §2º do art. 2º da Lei nº 10.520/2002.

Os Tribunais de Contas, ao detectar nas prestações de contas dos gestores públicos a existência de empresa “fantasma”, poderiam efetuar um cruzamento de dados com outras prefeituras, pois geralmente os fraudadores não se restringem a um único município. A partir dessa constatação, poderiam promover a fiscalização como forma de impedir a atuação desses fraudadores em outros municípios.

Pode-se utilizar a certificação digital nos processos licitatórios eletrônicos quando do envio da documentação, possibilitando aos licitantes conhecimento dos documentos de habilitação do vencedor. Há também a necessidade de qualificação dos membros da Comissão de Licitação, se possível, profissionalização, com o objetivo de evitar irregularidades e dar maior alcance ao sentido da Lei de Licitações.

Observe-se, por fim, que há vários projetos de lei que procuram introduzir melhorias ou substituir a legislação atual, com o objetivo de tornar o processo de contratação com a Administração Pública mais ágil e menos custoso, com menor burocracia e maior transparência, ampliando a participação dos competidores e, especialmente, da população na fiscalização do certame.

Referências bibliográficas

CARTILHA: *Olho vivo no dinheiro público*: um guia para o cidadão garantir os seus direitos. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROESLER, Átila da Rold. Aspectos criminais da Lei de Licitações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5635>>. Acesso em: 12 ago. 2007.

TREVISAN, Antoninho Marmo et al. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. 3 ed. [s.l]: Ateliê Editorial, 2004.

ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA SOB O ENFOQUE GARANTISTA

Rodrigo Silva Pires de Sá

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

A explosão da criminalidade de massa e organizada, o emprego por parte não só do Estado, mas também da sociedade e de muitos operadores jurídicos do direito penal e processual penal simbólicos e pragmáticos acarretaram, especialmente, pela parte da doutrina preocupada com a observância dos princípios constitucionais, o desenvolvimento da teoria do garantismo penal, inicialmente, tratada por Luigi Ferrajoli¹, na Itália.

Indiscutivelmente, sustentar a legitimidade e viabilidade de uma política compromissada com o modelo garantista não é tarefa fácil, especialmente em um contexto social onde o que se espera são respostas imediatas e drásticas contra os autores de delitos. Essa tendência, entretanto, cujo reflexo se percebe, com clarividência, em grande parte do ordenamento penal pátrio, representa um total desapego aos postulados da necessidade e da lesividade, nortes irrenunciáveis do Estado Democrático de Direito, padecendo, portanto, de evidente inconstitucionalidade.

2. Uma abordagem sobre o garantismo penal

É a norma fundamental de um Estado que traz os valores relevantes a serem preservados em determinada sociedade. Por essa razão, é a partir da “teoria da hierarquia das normas” que Luigi Ferrajoli vai buscar os fundamentos do modelo garantista. Em um sistema onde existe rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Hans Kelsen, é a fonte de validade de todas as demais normas jurídicas, as quais, sob pena de vício fatal, não podem contrariar seus preceitos.

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Neste sentido, Ferrajoli² afirma que o “garantismo - entendido no sentido de Estado Constitucional de Direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos - representa o único remédio para os poderes selvagens”. Sobre o tema, anota Salo de Carvalho³:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do bem comum. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Vê-se que o garantismo pressupõe um sistema de poder que possa reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade, não apenas no âmbito criminal, mas em todo o direito. Conforme as lições de Lênio Streck⁴, citado por Salo de Carvalho, a teoria do garantismo penal pode ser concebida como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, podendo ser considerada o traço estrutural e substancial mais característico da democracia.

² Apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 10.

³ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3.ed., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 19.

⁴ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 20.

Todavia, a produção legislativa enfrenta sérias dificuldades quando se manifesta no campo social. Isso porque o legislador, confrontado com a pressão que advém da realidade social, vê-se obrigado a instituir leis que, não raro, além de contraditórias nos efeitos que geram, agridem a ordem jurídica, ameaçando as regras do Estado Democrático de Direito. É a chamada “legislação de emergência”.

É o caso, por exemplo, das contradições geradas pelo peso de sanções que estabelecem penas desiguais, fruto do valor político que o delito alcança e não da natureza do ilícito praticado. É certo que a eficácia das normas e das instituições, especialmente penais, é desejo unânime, porém não se pode pagar um alto preço para alcançá-la. Apesar do sentimento de satisfação coletiva que a punição drástica, certa e rápida de um delinqüente possa representar, tal prática não cabe dentro do Estado Penal Mínimo, onde os direitos fundamentais devem ser efetivados.

Inafastável, portanto, a conclusão de que uma resposta penal imediata, expressão de um direito penal “forte”, não é possível a custos nulos, pois ataca, principal e inegavelmente, a dignidade da pessoa humana. Conforme lembra Ferrajoli, este é um modelo incondicionado e ilimitado, caracterizado por sua excessiva severidade. Em tal modelo, a certeza perseguida está em que ninguém culpável resulte impune, admitindo-se, inclusive, o castigo de algum inocente.

O certo é que a eficácia do direito penal e do direito processual penal que tanto se pretende somente será alcançada a partir da obediência irrestrita às garantias fundamentais constitucionalizadas. Portanto, não é admissível a contaminação dos julgadores pelo que se chama de “dramatização da violência”. É ilusório, como já se pensou, afiançar que o recrudescimento de penas e a criação de novos tipos penais possam trazer a segurança coletiva desejada por todos. Flexibilizar as garantias fundamentais em favor de uma justiça sem freios determinará a perda de legitimidade do próprio direito penal democrático.

Nesta senda, a experiência mostra que a lei, por ela mesma, não tem capacidade de se auto-impor à realidade social. Não raro, faz-se referência às leis que “não pegaram”, apesar de continuarem a existir juridicamente. Entretanto, isto é o que basta para a dogmática tradicional, onde a noção de validade das normas permanece restrita à sua mera incorporação formal no sistema. No entender de Ferrajoli, essa concepção puramente formal da validade da lei é fruto de uma simplificação, legada da concepção onipotente do legislador no Estado liberal e derivada de uma incompreensão da complexidade do que se entende por legalidade no Estado constitucional de direito.

O garantismo seria uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e, acima de tudo, substanciais que devem sempre coexistir para que o direito seja válido. É como se a categoria dos direitos fundamentais fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito, isto é, a possibilidade de uma norma ser válida ou não.

Nesta perspectiva, os conceitos de vigência e validade seriam assimétricos e independentes. No dizer de Salo de Carvalho⁵, “vigência trata, essencialmente, da forma dos atos normativos, sendo que a validade diz respeito ao significado e à compatibilidade das normas com os valores materiais expostos nas constituições democráticas.” O aspecto formal do direito está no procedimento prévio existente, onde somente será válida a norma construída de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico.

Até aqui, nada difere da teoria pura do direito, de Hans Kelsen, para quem a validade da norma estava em outra norma que lhe é anterior no tempo e superior na hierarquia. Ferrajoli, então, insere um novo elemento ao conceito de validade que constitui o dado substancial do universo jurídico, em que a norma viria arraigada de conteúdo, como fundamento dela própria. Esse elemento seriam os direitos fundamentais.

Assim, uma norma vigente, mas não dotada de validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, em face de sua incompatibilidade com a materialidade dos direitos fundamentais. Daí porque o garantismo reconhece a possibilidade de justificação de um direito penal mínimo. A esse respeito, destaca Ferrajoli⁶: “Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”.

A teoria do garantismo propõe a observância de axiomas fundamentais que representam, entre nós, os princípios da retributividade da pena, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionalidade, princípio acusatório, presunção de inocência, ônus acusatório da prova, contraditório e ampla defesa.

⁵ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 22.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 270.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias constitucionais configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica, impedindo que o indivíduo seja convertido em objeto dos processos estatais. Esse mecanismo obriga o Estado a respeitar e proteger o indivíduo contra exposição a ofensas que concretamente ocorrem, *v.g.*, com sua submissão a processos judiciais indefinidos.

A composição teórica que se denominou de garantismo, além de romper com o conceito analítico de norma jurídica, proporcionou redefinições relevantes no papel do jurista, principalmente do julgador, haja vista a ruptura entre os conceitos de validade e vigência. Isso impõe ao intérprete o dever de estar submetido às leis constitucionalmente válidas, tanto no plano formal como material.

A teoria garantista propõe a construção de um modelo que busca a deslegitimação de normas e práticas penais e processuais penais que contenham o manejo arbitrário do poder punitivo do Estado quando em contraste com normas que expressam direitos fundamentais, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

3. O garantismo, o processo penal e as prisões cautelares

Segundo Hassamer⁷, um processo penal que descure do princípio da legalidade desperta impressão de desigualdade, inconseqüência e até engano. Todavia, seria, a curto prazo, econômico e, a longo, politicamente imprudente obrigar as autoridades policiais, do mesmo modo e na mesma intensidade, a fazerem o esclarecimento de todos os delitos como exige o direito penal e o princípio da legalidade, correlato, como foi visto, ao postulado da igualdade. Os recursos pessoais e materiais dessas autoridades serão sempre escassos. Por isso, elas concentrarão seus esforços investigativos de forma seletiva, independentemente do que preveja o legislador, posto não terem alternativa. É a oportunidade que norteará suas ações.

⁷ O princípio da legalidade assegura a igualdade de tratamento dos cidadãos, que é fundamental para a justiça da administração do direito penal, em razão de exigir a aplicação igual das normas de direito penal (MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação do livro de Wilfred Hassamer. Direito penal libertário: tradução de Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 50).

Nesse aspecto, percebe-se que o limite entre legalidade e oportunidade é maleável no processo penal. Sua efetiva combinação, em último caso, depende da ética das autoridades e dos tribunais, do controle realizado pela opinião pública e da confiança da população na administração da justiça penal.

Em razão desta inafastável conclusão, torna-se impositiva a busca imediata da redução do grau de perversão subjacente ao sistema punitivo, especialmente quando nos deparamos com a seletiva criminalização que o sistema opera. Esse modelo faz recair todo seu peso e efeitos danosos sobre setores marginalizados, mantendo imunes os setores hegemônicos, findando por cumprir uma função meramente simbólica.

Atualmente, prolifera a prática do processo penal como forma de punição antecipada. Assim, na maioria dos casos, como salienta Ferrajoli⁸, o sofrimento mais temido pelo imputado não é a pena, mas a execração pública. Tal prática gera conseqüências indelévels na vida do sujeito, que tem sua honra ultrajada e perspectivas de vida e trabalho frustradas. É mais intensa a função infamante da intervenção penal quando do encarceramento preventivo, ao efeito deteriorante da prisão.

A operacionalização da programação garantista exige uma concepção moderna de processo penal e seus valores fundamentais. Apesar de seu caráter instrumental (instrumento de aplicação do direito material), não se pode afirmar que o processo penal seja apenas um mecanismo viabilizador da pretensão punitiva estatal, porque, na verdade, atende uma dupla finalidade: a concretização do *ius puniendi* e a preservação do *ius libertati*. Nesse aspecto, Rogério Lauria Tucci⁹ aponta os escopos do processo penal:

a) O de consecução do desiderato de jurisdicionalização da sanção penal, e, por via de conseqüência, da efetivação do *ius puniendi* mediante, exclusivamente, o exercício do *jus perseguendi*; b) o de afirmação do *ius libertati*, isto é, da liberdade jurídica de pessoa física, especificada à de locomoção, como autêntico e inarredável fundamento do processo penal, restritivo da coação estatal sempre que

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 588.

⁹ Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34.

excogitado fato penalmente relevante e/ou autoria de crime ou de contravenção.

Se, por um lado, o processo penal é a única via para a imposição da sanção penal, por outro, funciona como garantidor da observância aos direitos fundamentais da pessoa humana, representando um termômetro que marca o grau de cultura adquirido por um povo ao longo da história, pois sua estrutura é capaz de indicar os elementos autoritários da sua constituição. Dalabrida (2005, p.41) salienta a respeito:

Por todas estas razões é que o Processo Penal não pode ser entendido unicamente como instrumento à disposição do Estado para proceder a persecução criminal do agente que praticou uma infração penal, mas se faz também – e até primacialmente – para garantia do acusado.

O Código de Processo Penal, publicado em 1941, está contaminado, porém, pela lógica repressiva do Estado Novo, que findou por edificar uma estrutura alheia aos direitos fundamentais, principalmente, liberdade e igualdade. Como se sabe, tais postulados não eram fontes inspiradoras de seus idealizadores. A tese se confirma com a leitura do fragmento a seguir, extraído da exposição de motivos do atual caderno de leis processuais penais:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social¹⁰.

Diante da nova ordem estabelecida pela Carta Magna de 1988, é impositivo o manejo dos instrumentos processuais penais preconizados no Código

¹⁰ *Vade Mecum acadêmico-forense*. São Paulo: Edições Vértice, 2005, p. 762.

de Processo Penal e nas leis extravagantes de forma harmônica com ela para lhes conferir validade material. Deve-se primar por sua conformação com os valores constitucionais consagrados, sendo necessário, em casos de evidente confronto das normas infraconstitucionais com a Carta Magna, afastar sua aplicação no aguardo de uma reforma global do sistema.

3.1 O Processo Penal e o garantismo

O caráter reconhecidamente instrumental do processo penal exsurge a partir da própria estrutura normativa do direito penal, especialmente das normas penais incriminadoras. Os tipos penais trazem um conteúdo, determinando um comportamento proibitivo ou imperativo e uma sanção. Essa reprimenda carece de um sistema previamente concebido para sua incidência, posto que não pode ser aplicada nem mesmo com o consentimento do acusado (*nulla poena sine iudicio*). Dessa forma, o direito penal não pode prescindir do processo, pois a pena sem processo perde sua aplicabilidade. Errônea, contudo, é a defesa deste único viés do processo penal, porquanto, como dito alhures, o procedimento penal também tem como característica peculiar, a proteção aos direitos e garantias individuais.

Trazendo novamente à baila a dicotomia de Ferrajoli entre efetividade e normatividade, percebe-se que o processo penal está pendente de uma maior atividade jurisdicional. Nesse contexto, a função do juiz se sobressai, devendo atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal. Daí dizer Ferrajoli que o modelo penal garantista equivale a um sistema de minimização do poder e maximização do saber judicial, porquanto condiciona a validade das decisões e a verdade, empírica e logicamente controlada, de suas motivações.

Para que haja o comprometimento do operador do direito com o garantismo penal e a conseqüente proteção dos direitos fundamentais, deve ele incorporar a percepção idealizada por Canotilho¹¹: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as regras que se não conformam a ela”.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra:Almedina, 1991, p. 45-46.

3.2 Prisões cautelares e os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade

A exemplo de todo provimento cautelar, no processo penal, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* são os requisitos básicos sem os quais é inadmissível qualquer atuação com vista a garantir o resultado do provimento final. O primeiro se traduz no binômio autoria e materialidade. Tendo-se a certeza desta e a “suspeita” daquela, cabe a medida cautelar. O juízo, quanto à autoria, não é de certeza, mas de probabilidade razoável. O segundo indica o perigo da insatisfação do direito em face da demora na entrega da prestação jurisdicional, quando a liberdade do sujeito ativo representar uma ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal ou à futura execução.

Qualquer intervenção estatal cautelar constritiva de liberdade pessoal somente deve se concretizar quando “inexistentes alternativas menos danosas e ultrajantes ao indivíduo e, mesmo quando imprescindível, livres de atentados à sua integridade física, corporal, à sua imagem e todos os demais efeitos deletérios de uma prisão prematura”¹².

São inúmeros os direitos fundamentais e princípios constitucionais que atuam sobre a atividade jurisdicional cautelar, principalmente sobre aquela que se relaciona com a restrição da liberdade do indivíduo. Desse acervo, os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade atuarão primordialmente como instrumentos capazes de viabilizar a aplicação do instituto da prisão preventiva sob a ótica garantista.

O princípio da presunção de inocência traduz uma norma de comportamento perante o acusado ou investigado, impedindo que suporte qualquer efeito negativo que decorra automaticamente da simples imputação. Não atua como vetor apenas por ocasião da sentença final, como expressão do brocardo *in dubio pro reo*, mas durante todo o processo criminal e antes mesmo de seu desencadeamento, na fase investigatória, com o escopo primordial de se garantir um processo “justo”. Eugênio Pacelli de Oliveira¹³, sobre o estado de inocência, enfatiza que tal *status* “proíbe a antecipação dos resultados finais do processo,

¹² DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.*, p.69.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4.ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23-24.

isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”.

Embora nossa legislação não faça referência expressa à necessidade da adoção de critérios de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares, faz-se indispensável que sua aplicação não perca de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é a sua razão de ser. A análise, diante do caso concreto, da adequação dos meios utilizados pelo legislador para a consecução das finalidades pretendidas, a necessidade da utilização desses meios e a razoabilidade, aferida por meio de uma ponderação entre os objetivos visados e o significado da intervenção, são elementos que permitirão qualificar uma medida como proporcional ou não.

Um exemplo evidente do que vem a se afirmar é a impossibilidade legal de se decretar a prisão preventiva para crimes culposos ou para as contravenções penais, mesmo que se constate a presença dos requisitos fáticos para a sua concessão. Parte-se do raciocínio de que, mesmo sendo condenado o autor do crime culposos ou de infração contravencional, dificilmente lhe será imposta a sanção privativa de liberdade. Isso ocorre em razão das diversas alternativas sancionatórias (penas alternativas). Assim, seria desproporcional a medida cautelar que trouxesse conseqüências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, perdendo sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva.

4. Prisão preventiva e garantismo penal

À luz dos princípios constitucionais, em especial, do princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva somente deve ser adotada em situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual. Ela se legitima, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁴, quando necessária a “tutela da persecução penal objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou terceiros possam colocar em risco a efetividade¹⁵ do processo”.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 406.

¹⁵ Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento do processo e da jurisdição penal, de maneira a permitir que ambos cumpram as suas missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 407).

Como se sabe, no que toca ao momento de decretação da custódia preventiva, o art. 311 do Código de Processo Penal reza que ela pode ocorrer desde o início da persecução penal (fase de investigação) até o encerramento da instrução criminal, já na fase processual. Colocado desta maneira, infere-se que toda privação de liberdade, no curso da ação penal, haverá de encontrar sua justificação e fundamentação nos requisitos exigidos para a prisão preventiva. É o que ocorre, por exemplo, nas prisões decretadas por ocasião da pronúncia (CPP, art. 408) e da sentença condenatória (CPP, art. 594).

Estendendo a análise à questão da prisão em flagrante, pode-se afirmar, ante as considerações anteriores, que, após cessada sua função, impõe-se a libertação do agente, quando não for a custódia convertida em prisão preventiva. No caso concreto, deve o julgador avaliar a sua necessidade, cotejando o atendimento dos requisitos fáticos e normativos da medida. Nessa ótica, Demercian e Maluly esclarecem: “Se a manutenção da prisão em flagrante não se torna imprescindível, em virtude da ausência de qualquer das hipóteses do art. 312 do CPP, não há o *periculum in mora*, e a soltura do réu é forçosa, com a concessão de uma das formas de liberdade provisória”¹⁶.

Quanto à iniciativa do decreto preventivo, é insustentável a tese que defende a possibilidade de sua decretação *ex officio*, na fase pré-processual, sem que tenha havido provocação do titular da ação penal ou órgão que o auxilia. Isto porque o modelo pátrio em vigor, salvo opiniões em contrário¹⁷, é o modelo acusatório de processo. Nele, o papel reservado ao juiz na fase investigatória é de garantidor dos direitos individuais. Deve, portanto, permanecer distante do objeto da investigação, de modo a preservar ao máximo sua imparcialidade. Conferir ao magistrado tal poder, nos dizeres de Dalabrida¹⁸, “representa um resgate da ultrapassada figura do juiz inquisidor, porquanto o compromete com o destino do material cognitivo investigatório indicador da necessidade do ato construtivo, fator apto a abalar sensivelmente sua imparcialidade.”

Diferentemente, quando já instaurada a ação penal, o julgador deve, obrigatoriamente, dispor dos instrumentos à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o interesse jurídico posto ali não é nem se assemelha a um

¹⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assag. *Curso de processo penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 182.

¹⁷ Hélio Tornaghi e Rogério Lauria Lucci classificam como misto; Jacinto Nelson de Miranda, como essencialmente inquisitório.

¹⁸ DALABRIA, Sidney Eloy. *Op. cit.*, p.88.

interesse de parte, com caráter privado. Ao reverso, não se busca no processo penal a satisfação de um interesse exclusivo do autor, mas da comunidade, potencialmente atingida pela infração penal. Neste novo panorama, no curso da ação penal, será possível a decretação *ex officio* da prisão preventiva, uma vez que o juiz deve zelar pelo desenvolvimento regular e finalístico da atividade jurisdicional.

No que tange ao prazo da segregação cautelar, a prisão preventiva somente poderá perdurar por tempo razoável à prolação da decisão definitiva. A garantia do acusado de se ver julgado em prazo razoável decorre do disposto no art. 5º, segunda parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acolhido expressamente no art. 5ª, §3º, da Carta Magna de 1988. Hodiernamente, com a Emenda Constitucional nº 45, identifica-se a adição expressa dessa garantia ao rol dos direitos e deveres individuais e coletivos. Trata-se do inciso LXXVIII do art.5º, o qual expressa que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Concretamente, entendemos que a aceleração do tempo do processo não deve produzir-se a partir da visão utilitarista, da ilusão de uma justiça imediata, destinada à rápida satisfação dos desejos de vingança, fomentados pela imaginária cultura do medo. O processo deve durar um prazo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excessos, pois o grande prejudicado é o acusado, que é submetido ao ritual desgastante e à angústia prolongada da situação de pendência. Logo, a substância das decisões não pode ser atropelada pelo imediatismo da resposta do Estado-juiz, sob o risco de se ferir a sua validade constitucional. Acrescente-se, ainda, que razoabilidade não pode ser sinônimo de imediatismo ou de violação do devido processo legal e, muito menos, de abreviação do direito de defesa.

A argumentação mais curial adotada pelo senso comum teórico é a de que o excesso de prazo para o encerramento da ação penal somente deve ser reconhecido se “injustificável”, enumerando-se algumas hipóteses abarcadas neste conceito: a) a demora na conclusão da instrução criminal gerada pela defesa, b) a pluralidade de réus que exigiria um maior lapso temporal; c) a incidência absurda contra o acusado do princípio da razoabilidade; d) uma vez encerrada a instrução criminal, superado está o eventual constrangimento ilegal.

Ora, defender-se amplamente é um direito fundamental de todo cidadão, não sendo aceitável, pelo menos sem se negar vigência ao texto constitucional, a

colocação de qualquer ônus sobre tal postulado: o postulado da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Por outro lado, a pluralidade de réus (ainda que significativa) não serve de escudo à manutenção da prisão do acusado. Quando não for possível a cada um dos réus praticar os atos processuais concomitantemente, impõe-se a cisão do processo, visando à rápida solução do caso, como, inclusive, prevê o arcaico Código de Processo Penal brasileiro.

O mais absurdo é ver que a razoabilidade tem sido o fundamento mais invocado pela jurisprudência para, ao arrepio das garantias individuais, justificar o excesso de prazo. Como já explicitado, a proporcionalidade e a razoabilidade são instrumentos que visam ao atingimento de uma decisão justa, servindo de parâmetro e medida limitadora quando estejam em causa direitos fundamentais. Não há, portanto, como invocá-los no processo penal para permitir que o cidadão permaneça encarcerado antes da decisão final por tempo superior àquele previsto legalmente.

4.1 Requisitos fáticos da prisão preventiva

Observe-se, por primeiro, que o decreto de prisão preventiva submete-se à prova da existência do crime e ao indício suficiente de autoria, constituindo-se o que se pode chamar de *fumus comissi delicti*, isto é, a plausibilidade do direito invocado. Segundo a norma legal em vigor, ultrapassada a comprovação do *fumus comissi delicti*, as prisões preventivas serão decretadas tão-somente por garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4.1.1 Garantia da ordem pública e econômica

A prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública e econômica é tema provocador de intensas discussões na doutrina e jurisprudência, ante a dificuldade de se construir contornos valorativos para delimitar a idéia de ordem pública. Em verdade, o estabelecimento desse pressuposto como fundamento à decretação da prisão preventiva constitui, como ressalta Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁹, “um recurso retórico utilizado com o propósito de

¹⁹Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.*, p. 96.

superar os limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, com o que se propicia ao magistrado um amplo poder discricionário.”

Os tribunais, alheios a esta crítica, vêm sufragando a idéia de aproximar o conceito indeterminado de ordem pública, segundo Dalabrida²⁰, à “preservação da credibilidade na justiça, com a obstacularização da trajetória delinqüencial, a potencialidade lesiva do crime ou mesmo com a garantia da própria segurança do acusado.” A doutrina também tentou conceituar o que seria ordem pública. Fernando da Costa Tourinho Filho²¹ afirma que a ordem pública é a paz, a tranqüilidade no meio social. Frederico Marques²² entende que, se a permanência do réu solto possa dar motivos a novos crimes ou cause repercussão danosa ou prejudicial no meio social, configurar-se-á o pressuposto da garantia da ordem pública. Por seu turno, Fernando Capez²³ leciona que a finalidade é impedir que o réu, solto, volte a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.

Entrementes, nenhuma das situações retratadas é apta a demonstrar a necessidade de decretação da prisão preventiva, que passa então a funcionar como antecipação da pena. A esse respeito, ensina Antonio Magalhães Gomes Filho²⁴:

Parece evidente que nessas situações a prisão não é um instrumento a serviço do instrumento, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade. O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*. Essa

²⁰ Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.*, p. 96.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 11.ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 423, 3.v.

²² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p.63, 1.v.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 234.

²⁴ Apud DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op. cit.* p. 96-97.

incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarma social; aqui se parte de um dado emotivo instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária.

Percebe-se, de imediato, que a prisão preventiva com base na proteção da ordem pública não busca proteger a efetividade do processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal, mas à coletividade. Parte-se do pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. O requisito em comento não se afina, portanto, com a ótica garantista, distanciando a prisão cautelar de seu caráter instrumental para traduzir-se em autêntica punição sem prévia definição da culpa. É nessa esteira que caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente, em decisões da sua Primeira Turma²⁵.

Assim como na garantia da ordem pública, a tutela da ordem econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada a prisão e acaba por representar uma forma antecipada de punição. Com propriedade, Eugênio Pacelli de Oliveira²⁶ ressalta:

Se, por outro lado, o fato de encontrar-se em liberdade o acusado puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem jurídica, já prevista antes da Lei nº 8.884/94. Mesmo aqui, o seqüestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceria medida mais

²⁵ STF: I. Prisão preventiva: motivação inidônea. Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo - muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal -, ou no chamado clamor público. Precedentes. II. Liberdade provisória concedida: extensão aos co-réus abrangidos pelo mesmo decreto. Decisão A Turma deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. HC 87003/RJ. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julg.: 11/04/2006 Órgão Julgador: 1. T. Pub.: DJ 26-05-2006 p. 19.

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 408.

eficiente, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica)

4.1.2 Conveniência da instrução criminal e da garantia da aplicação da lei penal

Outro pressuposto para a decretação da prisão preventiva reside na conveniência da instrução criminal e na garantia da aplicação da lei penal. Por conveniência da instrução penal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo. Tem, portanto, caráter eminentemente instrumental, garantindo a efetividade do processo penal. Ressalte-se que o escopo da medida constritiva cautelar pessoal determinada com fulcro neste argumento não é a obtenção da verdade a qualquer preço, como uma leitura desavisada possa levar a crer. Seu real objetivo é destacado por Dalabrida²⁷:

O comportamento do indiciado ou acusado que, comprometendo o desenvolvimento regular do processo, alicia testemunhas, peita ou tenta subornar peritos, ameaça a vítima, juiz, promotor de justiça, forja provas, destrói vestígios do crime, subtrai documentos ligados à prova da infração, oculta objetos e produtos da infração penal. Procura-se, através da restrição da liberdade do agente, impedir a deturpação da instrução criminal, assegurando a coleta de elementos de convicção para viabilizar um correto pronunciamento judicial definitivo.

O juízo de valor necessário ao reconhecimento da hipótese em testilha deve fundar-se em fatos concretos que demonstrem, com segurança, a disposição do acusado de atuar no sentido de perturbar o correto desenvolvimento das atividades judiciais. Também o perigo de fuga do réu ou acusado justifica a imposição da cautela, evitando que se torne ilusória a condenação proferida no processo principal. A hipótese, portanto, contempla os casos em que, a partir de dados concretos, percebe-se a existência de risco real de fuga do acusado.

²⁷ *Apud* DALABRIDA, Sidney Eloy. *Op cit.* p. 100.

O fundamento, dentre todos, é o que apresenta função cautelar mais saliente e, de forma alguma, admite o raciocínio de possível ofensa ao princípio da presunção de inocência. Nesse caso, não se parte da equiparação entre acusado e culpado (também o inocente pode fugir para evitar uma condenação injusta) e, de qualquer modo, não se trata de uma função essencialmente punitiva. Nesta esteira, leciona Vicente Greco Filho²⁸:

Em princípio, somente se decreta a preventiva se houver prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade. Os requisitos dos benefícios penais, como a suspensão condicional da penal ou a prisão-albergue, podem não coincidir com a necessidade da prisão processual, mas, em princípio, se há prognóstico fundado da concessão de um desses benefícios e não há outro motivo legal autônomo (como, por exemplo, ofensa à ordem pública por ameaça a testemunhas), a preventiva não deve ser decretada. Isto porque, salvo motivo independente, não há razão de prisão processual se, condenado definitivamente, esta não se efetivará.

Sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal, através de sua Primeira Turma, recentemente, por unanimidade, afastou a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base na fuga do agente do distrito da culpa. Instituiu, ao que parece, um verdadeiro “direito à fuga”, legítimo como expressão da presunção de inocência e exercício do direito à liberdade, maximizando a doutrina garantista.

Conforme se infere do inteiro teor do *decisum*²⁹, o Ministro relator destacou que uma coisa é buscar contornar, com a fuga, a ordem ilegal; outra, é a fuga para eximir-se da aplicação da lei penal, esta sim, passível da custódia preventiva, na estrita dicção do art. 312 do Código de Processo Penal pátrio. Por seu turno, a Segunda Turma da Corte Suprema, sem distinguir expressamente a

²⁸GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 276.

²⁹ Não se sustenta, outrossim, a prisão provisória, agora sob o fundamento de que “a fuga do paciente do distrito da culpa demonstra a sua vontade de se furtar da aplicação da lei penal e obstruir o regular andamento da instrução penal” (fls. 260 do apenso). Assiste razão ao ilustre Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida: “Se a materialidade do crime e os indícios de autoria não respaldam,

diferenciação garantista já esposada, pontificou que a fuga do agente, por si só, é motivo bastante para a decretação da prisão preventiva³⁰.

À primeira vista, a divergência jurisprudencial estaria formada. Contudo, da perfunctória leitura das razões do voto do relator, conclui-se que, mesmo de forma inconsciente, ocorreu a diferenciação da motivação da fuga do acusado. No caso objeto da decisão da Segunda Turma, o réu esteve foragido antes da decretação da prisão preventiva, já que, citado por edital, não compareceu ao ato, razão da imposição da custódia cautelar para a aplicação da lei penal. Ciente do processo e do decreto de prisão, o acusado recusava-se a se apresentar em juízo, demonstrando seu propósito de furtar-se à execução da lei penal desde o início. Nesse caso, verdadeiramente, está-se diante de uma hipótese de real necessidade da prisão preventiva, nos moldes de sua cautelaridade, para fins de efetividade do processo. Diferentemente é o caso de fuga do réu, após conhecer do decreto prisional cautelar contra o qual se opunha, por não admiti-lo legítimo e pretender contrapô-lo.

por si sós, a prisão preventiva, também a fuga não pode ser tida como causa justificadora da necessidade da prisão cautelar, como se deu no caso em apreço. Esse Supremo Tribunal Federal tem entendido que 'a fuga, como causa justificadora da necessidade da prisão cautelar, deve ser analisada caso a caso'. Certo, também que 'a fuga, para não sujeitar-se à prisão que se afigura ilegal, não é fundamento para a segregação cautelar'. Nem cabe exigir-se que, para poder questionar a validade da ordem de prisão, tenha o cidadão de submeter-se, previamente, à efetivação dela: HC 82.903-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 1º.8.2003. Uma coisa é buscar contornar, com a fuga, a ordem legal, outra é a fuga para eximir-se da aplicação da lei penal, caso em que a prisão tem amparo no art. 312 do Código de processo Penal. Na hipótese dos autos, o decreto não faz menção à fuga do paciente, presumindo-se que essa se deu posteriormente à decretação da prisão preventiva, não indicando, assim, a intenção de se furtar à aplicação da lei" (fls. 21-27). É legítima, portanto, a fuga do réu para impedir prisão preventiva que considere ilegal, porque não lhe pesa ônus de se submeter à prisão cuja ilegalidade pretende contestar. Daí, não justificar a decretação da custódia cautelar (cf. RHC nº 84.293-SP, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ. 29.06.2004; HC 81148-MS, Rel. Sepulveda Pertence, DJ: 19.10.2001) STF. HC 87838/RR. Rel. Cezar Peluso. DJU 04/08/2006.

³⁰ Penal. Processual penal. Habeas corpus. Fuga do réu. Prisão preventiva: fundamentação. Excesso de prazo I. - Decreto de prisão preventiva concretamente fundamentado na garantia da aplicação da lei penal. II - A fuga do réu do distrito da culpa, por si só, justifica o decreto de prisão preventiva. III - Não caracterizado o excesso de prazo na instrução criminal, à vista da complexidade do caso e do grande número de réus e testemunhas a serem ouvidos. IV - HC indeferido. HC 85764/RO. Rel. Carlos Velloso. Pub: DJ 14/10/2005.

4.2. Requisitos normativos da prisão preventiva

Não basta a existência dos requisitos fáticos para a decretação da prisão preventiva, sendo indispensável sua conjugação com outros elementos legais que restringem seu campo de atuação em face da natureza da infração penal e qualidade do sancionamento. A regra estampada no art. 313 do Código de Processo Penal dispõe ser incabível a medida preventiva contra os autores ou acusados de crimes culposos e contravenções penais. A exclusão é lógica e atende, como já explicitado, ao princípio da proporcionalidade, haja vista, que, quase sempre essas infrações penais não estão sujeitas à pena definitiva de privação de liberdade.

Também nos crimes punidos com pena de detenção, somente será cabível a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade do acusado ou indiciado pela ausência de elementos idôneos para o esclarecimento. Aplica-se ainda quando se tratar de réu vadio ou de réu, ou de indiciado, já condenado por outro crime doloso, por sentença transitada em julgado, desde que, à evidência, não ultrapassado o período depurador da reincidência.

Crítica ferrenha vem sofrendo o dispositivo processual que permite a prisão preventiva, em crimes punidos com detenção, se o réu for “vadio”. A expressão, na atualidade, é vazia de conteúdo, apesar de conceituada no art. 59 da Lei das Contravenções Penais. Sobre a matéria, enfatiza Eugênio Pacelli de Oliveira³¹:

Se a lei parte do suposto que aquele que não trabalha (o tal vadio) deve dedicar-se à prática de atividade criminosa, uma prisão sob tal fundamentação não guardará qualquer instrumentalidade em relação ao processo no qual seja decretada. E mais. Partirá de juízo de pura abstração, com conseqüências típicas de antecipação de culpabilidade. Não vemos, pois, como se possa dimensionar o sentido do termo vadio.

Assim, tal norma (art. 59 da LCP) não tem mais utilidade social e não atende ao princípio da fragmentariedade e adequação social reitores do direito

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 412.

penal. Do contrário, a massa de desempregados poderia ser considerada vadia. Portanto, o Estado não detém mais legitimidade em dizer quem é ou não vadio. Num viés garantista, a medida está circunscrita à demonstração concreta de que ela é imprescindível para garantir a regularidade da instrução criminal e para viabilizar a aplicação da lei penal. Estas são as únicas hipóteses em que é possível vislumbrar na custódia provisória uma feição cautelar.

5. Considerações finais

Luigi Ferrajoli inicia sua reflexão a partir do direito penal, demandando uma reconstrução da teoria do direito em alguns pontos nodais. A primeira estabelece a revisão da teoria da validade, diferenciando validade material e vigência formal das normas jurídicas. A segunda aponta para uma dimensão substancial da democracia, superando a visão meramente formal. Por fim, do ponto de vista do juiz, exige seu controle material das normas, não se sujeitando somente por sua produção formal, destacando a relevância da Constituição da República e dos direitos humanos, tanto no que se refere aos princípios (explícitos ou implícitos) quanto em relação às regras.

Já faz algum tempo que a comunidade jurídica nacional vem clamando por uma alteração no Código de Processo Penal, a fim de compatibilizá-lo com os princípios e institutos consagrados na Carta Política de 1988. Erigido sob as aspirações autoritárias do Estado Novo e descompromissado com as garantias individuais, o Código de Processo Penal está anacrônico e repleto de dispositivos que não foram recepcionados pelo ordenamento maior.

Portanto, necessária se faz uma verdadeira mudança de mentalidade por parte dos operadores jurídicos, no sentido de pensar o processo penal, não mais como uma obrigatória necessidade de implementar a “luta contra o crime” para assegurar a “ordem social”, mas como um legítimo instrumento a serviço de um direito penal democrático e, acima de tudo, a serviço dos direitos fundamentais do cidadão.

O modelo de Direito preconizado pela Teoria Geral do Garantismo está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material,

na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais.

Dito de outra forma, em face da supremacia dos direitos positivados no corpo das constituições rígidas ou nelas referidos e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (mais fracos ante o poder estatal).

Neste pensar, a prisão preventiva precisa ser discutida, limitada e garantida pelos aplicadores jurídicos, com o fôlego avivado pela Emenda Constitucional nº 45, em respeito à presunção de inocência e à democracia. Do contrário, dá-se a manutenção de uma mentalidade inquisitória intolerável democraticamente.

Referências bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed.. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

DALABRIDA, Sidney Eloy. *Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal*. Curitiba: Juruá, 2005.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assag. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

HASSAMER, Wilfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MAIA, Alexandre de. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>).

MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 1 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação do livro de Wilfried Hassemer. *Direito Penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *processo penal*. 11. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1989, 3 v.

AS RAÍZES DA SOBERANIA POPULAR

Severino Coelho Viana

Promotor de Justiça no Estado Paraíba

1. Introdução

Na luz ofuscante de nossa terra pátria, onde esquentam o torrão da miscigenação de um povo sofrido, na luta permanente em afastar as constantes contrariedades registradas no passado, na busca incessante do sol da liberdade, que o conduz como o ideal maior, ainda vive um povo apagado, deprimido e depilado sob cinco séculos de esperanças quase mortas. Um povo que traz nos ombros uma singela melancolia e, ao mesmo tempo, carrega dentro do seu próprio ser as substâncias de um coração que aviventam as forças para não se render à prepotência dos portentosos nem se curvar ante a submissão do despotismo desenfreado que se assentam na poltrona do poder político.

Apesar desse poder político que tanto o maltrata, no presente momento, mais do que nunca, o povo vem tomando as rédeas do seu poder originário, na tentativa de dar um basta às atrocidades praticadas pela tirania. A esse respeito, expressa-se Manoel Bomfim¹, com autoridade: “O amesquinamento do Brasil é essa mesma degradação dos dirigentes, dominando o aviltamento do povo. As sociedades modernas valem pelo pensamento, para o bem, para o mal. E nós valemos como um país cujos dirigentes só se definem pela incapacidade, e cuja massa se conserva, sistematicamente, no embrutecimento preciso para a supremacia da mesma incapacidade”.

Mesmo vivendo nesse transe dolorido de um cativo de várias raças, o povo de nossa pátria ainda tem um coração para se conter num ambiente de meiguice onde fomos criados e ainda vivemos sob a proteção de um raio de liberdade, de sua espontânea cordialidade, que irradia a humildade de nossas vidas. Todavia, a legítima ânsia de reivindicação palpita na própria essência da vida social.

Se partirmos do conceito originário de soberania, logo perceberemos que não acordamos do sonho idealista que suportamos como um fardo pesado

¹ BONFIM, Manoel. *O Brasil nação: realidade da soberania brasileira*. São Paulo: Topbooks, 1981, p.539.

e que não deveremos perder as nossas esperanças vivas. O próprio termo erige uma mensagem alvissareira de que é o direito que tem o povo de governar-se por si próprio e um poder supervalorizado, não só no sentido de sua liberdade individual, mas também em defesa da independência da territorialidade que lhe serviu de berço. Com o seu poder absoluto de autodeterminação, o povo deve escudar-se das ingerências estrangeiras que atentam contra o seu patrimônio social e sua liberdade de viver em paz consigo mesmo e com os outros.

Convém salientar que a nossa atual Constituição consagra, de forma genérica, a soberania como um dos princípios fundamentais² da República Federativa do Brasil. Esse princípio se afina com o lema democrático previsto no parágrafo único do art. 1º, ao expressar que “todo o poder emana do povo”. Afina-se também com o comando legal posterior qualificado de soberania popular, quando estabelece que seu exercício se completa pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, especificando os institutos que levam à praticidade, mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular³. Essa universalidade do sufrágio não pode ser compreendida de forma absoluta, como salienta Vera Maria Nunes Michels⁴: “A concepção do sufrágio universal não pode ser levada em termos absolutos, como já referido, uma vez que sempre deverão figurar requisitos que se façam indispensáveis para a participação do corpo eleitoral”.

O plebiscito é a consulta popular sobre medida de interesse público a ser ainda implementada. O referendo é a consulta popular sobre norma legal ou constitucional já em vigor, tendo o objetivo de confirmá-la ou rejeitá-la. A iniciativa popular dá início ao processo legislativo de lei ordinária e complementar. Este é o envolvimento do povo como única fonte legítima de todo o poder, como afirma Fávila Ribeiro⁵: “Precisa identidade conceitual equivalente à soberania popular, tendo no sufrágio universal o seu modo próprio e exclusivo de realização. (...) Não existe vácuo constitucional a permitir a expansão de competências e nem estas possuem elasticidade, sendo fincadas com bases rígidas, de modo que os que encontrem temporariamente credenciados a exercê-las não suplantem os limites estrategicamente definidos”.

² Constituição Federal, art. 1º, inciso I.

³ Constituição Federal, art. 14, incisos I a III.

⁴ MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25.

⁵ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 5-6.

2. Fontes contratualistas

A noção de poder político nasce de uma mistura do poder divino com o poder terreno, que se confundia com a pessoa do rei até chegar ao alcance do seu verdadeiro dono – o povo. Havia nesse sentido a proteção de vozes ditas intelectualizadas, à época, que enaltecia a figura sobrenatural do rei. O exemplo disso encontramos na obra de Pinto Ferreira, citando Bartolus de Sassoferrato⁶: “Aquele que pretende não ser o Imperador, monarca da terra inteira, é um herege.(...) O rei não conhece soberano acima de si”.

Aos poucos, essa idéia vai perdendo eficácia e, na França, se processa o aniquilamento do poder feudal, logo surgindo a luta do rei contra os senhores feudais. Posteriormente, deu-se a queda do feudalismo com o nascimento do Estado moderno que, por via de conseqüência, já consagra a soberania como o poder preeminente, o mais elevado e o mais verdadeiro. Tratando da noção de soberania anota Pinto Ferreira⁷: “Surge preparada pelas condições sociológicas do tipo de simetriação lógico-experimentalista, dos processos inter-humanos de dominação e conflito, das lutas, de uma parte, do poder estatal dos reis de França contra o poder da Igreja e do *imperium* romano, estabelecendo externamente a independência do Estado Nacional francês”.

Historicamente, é bastante variável a formulação do conceito de soberania, no tempo e no espaço. No Estado grego antigo, como se nota na obra de Aristóteles, falava-se em autarquia, significando um poder moral e econômico de auto-suficiência do Estado. Já entre os romanos, o poder de *imperium* era um poder político transcendente que se refletia na majestade imperial incontestável. Nas monarquias medievais, era o poder de suserania de fundamento carismático e intocável.

No absolutismo monárquico, que teve o seu clímax em Luiz XIV, a soberania passou a ser o poder pessoal exclusivo dos monarcas, sob a crença generalizada da origem divina do poder de Estado. Finalmente, no Estado Moderno, a partir da Revolução Francesa, firmou-se o conceito de poder político e jurídico, emanado da vontade geral da nação. Com isso, surgiu a camada

⁶ FERREIRA, Pinto. *Da Soberania*. Oficinas Gráficas do Jornal do Comércio, Recife, 1943, p. 18.

⁷ FERREIRA, Pinto. *Op. cit.*, p. 23.

social burguesa, a ostentar de forma altaneira que todo o poder vem do povo, construindo o modo irrefutável de uma teoria democrática do poder estatal.

A soberania popular é uma idéia que decorre da Escola contratualista (1650 a 1750), representada por Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). A doutrina central é a de que a legitimidade do governo ou da lei está baseada no consentimento dos governados. A soberania popular é assim uma doutrina básica da maioria das democracias. Hobbes, Locke e Rousseau foram os pensadores mais influentes dessa escola, ao postularem que os indivíduos escolhem e aceitam um contrato social, abrindo mão voluntariamente de alguns direitos em troca de proteção contra os perigos e riscos de um estado natural.

Ante a incoerência do Poder Executivo, a omissão de representatividade do Poder Legislativo e falta de fiscalização direta feita pelo povo, já existem vozes que começam a questionar a teoria do contrato social. Defendem uma democracia direta, uma vez que o governante não cumpre a sua responsabilidade contratualista de respeito ao interesse público. E assim, os representados se ausentam na sua missão de uma exigente fiscalização. Nesse contexto, percebe-se que a economia de mercado, o mais recente heterônimo do capitalismo, transformou-se, nas últimas décadas, no substituto do contrato social, um substituto pretensamente mais universal por não distinguir entre zonas coloniais e não-coloniais. Essa crise do contrato social encontra guarida nas palavras de Boaventura de Sousa Santos⁸:

O contrato social é um contrato de raiz assente na opção partilhada pelos cidadãos de abandonar o estado de natureza. Duzentos anos depois, o desemprego estrutural, o recrudescimento das ideologias reacionárias, o aumento abissal das desigualdades socioeconômicas entre os países que compõem o sistema mundial e dentro de um cada um deles, a fome, a miséria e a doença a que está voltada a maioria da população dos países do Sul e a população dos terceiros mundos inferiores dos países do Norte, tudo isto leva a crer que estamos a optar por excluir do contrato

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez Editora, São Paulo, 2006, p. 61. 4 v.

social uma percentagem certa e significativa da população dos nossos países, fazendo-a voltar ao estado de natureza, convencidos de que nós saberemos defender eficazmente da agitação que essa expulsão provocar.

O contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental. A idéia do contrato social e os seus princípios são o fundamento ideológico e político da contratualidade real que organiza a sociabilidade e a política das sociedades modernas. Por sua vez, a socialização da economia deu-se por via do reconhecimento progressivo da luta de classes enquanto instrumento, não de separação do capitalismo, mas de transformação do capitalismo.

Sabemos da regulação do tempo de trabalho, das condições de trabalho e do salário. A criação de seguros sociais obrigatórios e de segurança social, o reconhecimento da greve, dos sindicatos e da negociação e contratação coletiva são momentos decisivos do longo percurso histórico da socialização da economia. Na formatação desses termos, Sousa Santos explica: “Por estas razões a nova contratualização é, enquanto contratualização social, um falso contrato, uma mera aparência de compromisso constituído por condições impostas sem discussão ao parceiro mais fraco no contrato, condições tão onerosas quanto inescapáveis⁹”.

O Brasil, especificamente, passou pela fase inicial do colonialismo, viveu o prolongado período imperial, atingiu a emancipação com a independência, superou o obscurantismo da ditadura militar e alcançou o regime democrático com o aparecimento da Nova República e a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Por isso, já era tempo suficiente de ter amoldado o reconhecimento de uma clarividente soberania popular e a efetividade dos anseios da dignidade humana, principalmente no que se refere ao poder de fiscalização e regulação do poder político condizente com os ditames de um autêntico regime democrático.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 327.

3. Do plebiscito

Os conhecidos institutos da democracia semidireta significam a ingerência direta do povo na obra legislativa. Esse método político foi doutrinariamente organizado no século XVIII, quando Rousseau¹⁰ escreveu de forma impiedosa: “Os deputados não são nem podem ser representantes do povo; são apenas comissários: nada podem concluir em maneira definitiva”. E acrescentou: “Toda lei que o povo não haja ratificado é nula, não é lei”.

O plebiscito e o referendo são termos do vocabulário político que não raro se empregam indiferentemente para atribuir modalidade de decisão popular ou consulta direta ao povo. Todavia, o plebiscito, ao contrário do referendo, que fica circunscrito a leis, é um ato extraordinário e excepcional, tanto na ordem interna como externa. Pode ter por objeto medidas políticas ou matéria constitucional, isto é, tudo que se refere à estrutura essencial do Estado ou de seu governo, à modificação ou conservação das formas políticas. Pode ser, inclusive, usado nas mudanças territoriais e na forma de governo, como as que em 1860 conservaram o poder da Casa de Savóia, na Itália, ou, depois da Segunda Guerra Mundial, aluíram a monarquia peninsular. São todos resultados de consultas populares de natureza tipicamente plebiscitária, conforme anota Paulo Bonavides¹¹, citando Biscareti di Ruffia.

A nossa experiência prática é, porém, limitada: em nível nacional, só houve dois plebiscitos, ambos motivados por disputas acerca do sistema de governo. O primeiro, realizado no dia 6 de janeiro de 1963, tinha como objetivo ouvir os eleitores sobre a continuação ou não do sistema parlamentarista estabelecido em 1961, após a renúncia do presidente Jânio Quadros. Com a tentativa de veto dos militares à posse do vice-presidente, João Goulart, o parlamentarismo foi implantado como uma fórmula de compromisso, permitindo a posse de Goulart, mas ao mesmo tempo criando o cargo de primeiro-ministro e assim indiretamente restringindo o poder do novo presidente.

O resultado do plebiscito foi amplamente contrário a essa experiência parlamentarista improvisada. A questão do sistema de governo voltou à baila durante a constituinte de 1987-1988, tendo a Constituição de 1988 determinado

¹⁰ ROSSEAU, J. J. *Do contrato social*. Paris: Garnier, 1954, p. 159.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

a realização de um plebiscito para que os eleitores escolhessem entre presidencialismo e parlamentarismo e também para que opinassem sobre se o país deveria manter o regime republicano ou restaurar a monarquia. Esse segundo plebiscito nacional foi realizado no dia 21 de abril de 1993, tendo a maioria dos eleitores optado pela continuação do presidencialismo e da República.

4. Do referendo

O conceito de referendo, simples, mas de grande alcance, é apresentado por Wilson Accioli¹²: “É o mecanismo através do qual os cidadãos são convocados para manifestar, por uma votação popular, sua opinião ou sua vontade em relação a uma providência que outra autoridade tomou ou pretende tomar”. Já a utilização do referendo dá-se no momento em que o povo adquire o poder de sancionar as leis. Por este prisma, podemos dizer que o referendo abrange várias formas:

a) Quanto à matéria ou o objeto, pode ser constituinte ou legislativo. O primeiro ocorre quando se trata de leis constitucionais; enquanto que o segundo acontece quando a consulta se refere às leis ordinárias.

b) Quanto aos efeitos, distingue-se o referendo constitutivo do abrogativo. No primeiro, a norma jurídica começa a existir, enquanto, no segundo, a norma vigente expira o seu prazo de validade.

c) Quanto à natureza, há o referendo obrigatório e o facultativo. É obrigatório quando a Constituição determina que a norma elaborada pelo Parlamento seja submetida à aprovação da vontade popular. É facultativo quando se confere a determinado órgão ou a uma parcela do corpo eleitoral competência para fazer ou requerer consulta aos eleitores, mas que não representa obrigação constitucional.

d) Quanto ao tempo, distingue-se o referendo *ante legem* do *post legem*. O referendo *ante legem*, também conhecido pelas denominações de referendo anterior, consultivo, preventivo ou prorrogativo, é aquele em que a manifestação da vontade popular antecede a lei. Nele se busca conhecer de

¹² ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 317.

antemão o parecer ou pensamento da massa eleitoral acerca de ato legislativo ordinário ou de determinada reforma constitucional que se proponha. Já o referendo *post legem*, também conhecido por referendo sucessivo ou pós-legislativo, é aquele que se segue cronologicamente ao ato estatal para conferir-lhe ou tolher-lhe existência ou eficácia. É o referendo em que a lei votada pelo poder legislativo, ordinário ou constituinte, vai se sujeitar à vontade popular, que então se manifesta de modo favorável ou desfavorável.

Como instrumento utilitário da soberania popular, o referendo apresenta vantagens e desvantagens. No tocante às vantagens, podem-se apontar as seguintes: serve de anteparo à onipotência eventual das assembleias parlamentares; torna-se verdadeiramente legítimo pelo assentimento popular à obra legislativa dos parlamentos; dá ao eleitor uma arma como livrar-se do “jugo dos partidos”; faz do povo - menos aquele espectador, não raro adormecido ou indiferente às questões públicas - um colaborador ativo para a solução de problemas delicados e de mais alta significação social; promove a educação dos cidadãos; bane das casas legislativas a influência perniciosa das camarilhas políticas; retira dos áulicos o domínio que exercitam sobre o governo.

Em contrapartida, existem também algumas desvantagens: o desprestígio das casas legislativas e conseqüente diminuição de poderes; os riscos de uma repetição freqüente a respeito de questões mínimas, sem nenhuma importância, que acabariam provocando o enfado popular; o afrouxamento da responsabilidade dos governantes (ao menor embaraço comodamente transfeririam para o povo o peso das decisões); o escancarar de portas à mais desenfreada demagogia; o uso do instrumento democrático para manter governantes autoritários no poder, com o uso esbanjador de programas sociais que afetam as populações carentes; o estelionato eleitoral quando o instrumento é usado indevidamente com fins inescrupulosos.

O referendo só veio a entrar no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988. Está regulado pela Lei nº 9.709/98, juntamente com o plebiscito e a iniciativa popular. Tal lei é bastante reticente em relação ao referendo, tanto que muitas de suas regras são as mesmas que servem de parâmetro para o plebiscito, apesar de serem institutos diferentes, que não podem ser confundidos.

5. Da iniciativa popular

Iniciativa popular designa, em termos genéricos, diferentes maneiras de participação do povo no exercício dos poderes Legislativo e Executivo, incluindo plebiscito, referendo, conselhos gestores, orçamento participativo. Já em termos estritos ou iniciativa popular legislativa, designa o poder de acesso de um grupo de cidadãos na elaboração de um projeto de lei, cumpridos certos pressupostos legais, a ser submetido à apreciação do Poder Legislativo. Nesse sentido, explica Paulo Bonavides¹³: “De todos os institutos da democracia semidireta o que mais atende às exigências populares de participação positiva nos atos legislativos é talvez a iniciativa”.

Trata-se, em ambos os casos, da conjugação de mecanismos de democracia representativa com instrumentos de democracia direta ou da chamada participação popular. No Brasil, como em outros países, a soberania popular se exerce, primordialmente, por meio da representação da cidadania obtida através de eleições de seus representantes ao Poder Legislativo e Poder Executivo. No entanto, cada vez mais, tornam-se presentes mecanismos de participação popular que demonstram a possibilidade e a necessidade de convivência da democracia representativa com a democracia participativa. A Constituição Federal de 1988 consagra ambas as modalidades de exercício da soberania no art. 1º, parágrafo único, ao dispor: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Os cinco mecanismos de participação popular mais conhecidos e utilizados no mundo são: o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o *recall* e o veto popular. No Brasil, apenas os três primeiros foram inscritos no art. 14 da CF/88: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I- plebiscito; II- referendo; III - iniciativa popular.” A trajetória da participação popular nos marcos legais no Brasil tem sido mais retórica que efetiva, só mesmo representando um novo patamar de exercício da democracia a partir da CF/88.

A explosão da participação popular como tema de debates e como prática política vem a ocorrer com a redemocratização, mobilização e organização

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 289.

da sociedade civil em torno das grandes campanhas políticas como as “Diretas Já”, em 1985, e as lutas por uma assembléia nacional constituinte exclusiva e soberana. Apesar das derrotas sofridas em relação às duas propostas, com a instalação da assembléia congressual em 1987, abriu-se uma intensa campanha pelo direito de apresentação de emendas populares, a qual terminou vitoriosa.

O regimento da assembléia nacional constituinte garantiu o direito à emenda popular (art. 24), além da possibilidade de apresentação de sugestões e de audiências públicas nas subcomissões temáticas. As organizações da sociedade civil participaram ativamente do processo constituinte, fazendo uso desses instrumentos, levando os constituintes a tomarem contato com a efervescência dos movimentos sociais e com suas propostas de institucionalização da participação popular.

A iniciativa popular legislativa foi inscrita na CF/88 (art. 61, §2º) e regulada pela Lei nº 9.709/98. De acordo com o texto constitucional, ela pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. No caso de criação de territórios ou sua transformação em Estado, bem como na criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, a Constituição Federal exige a realização de plebiscitos (art. 18, §§ 2º e 3º).

Essas condições são consideradas por muitos como altamente restritivas, já que requerem um elevado percentual de participação numa sociedade que, em muitos lugares, carece de informações, educação e cultura cívica. Além disso, não existe regulamentação sobre a tramitação e a obrigação de o Congresso votar essas matérias e prazos para sua regulamentação. Também não esclarece se o Presidente da República poderá exercer seu poder de veto. Mesmo assim, a partir de uma situação de comoção desencadeada pela tragédia que acometeu a escritora Glória Perez e com o apoio da mídia, foi promulgada lei de iniciativa popular (Lei nº 8.930/94) que ampliou o rol dos crimes hediondos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Outro projeto de lei de iniciativa popular, desta feita contra a corrupção eleitoral, foi aprovado a partir de intensa mobilização da sociedade civil, dando maiores condições à Justiça Eleitoral para coibir a compra de votos. O projeto gerou a Lei nº 9.840/99.

A principal polêmica em relação à iniciativa popular diz respeito à impossibilidade de que seja usada para propor ao Congresso Nacional emenda

à Constituição Federal, embora algumas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais assegurem esse direito à população. A respeito dessa polêmica, lembra José Afonso da Silva¹⁴: “A Constituição não introduziu inovação de realce no sistema de sua modificação. Até a votação no plenário, anteprojetos e projetos admitiam, expressa e especificamente, a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional. No plenário, contudo, os conservadores derrubaram essa possibilidade clara que constava do § 2º do art. 74 do projeto aprovado na Comissão de Sistematização”.

As lacunas apontadas não têm sido impeditivas da participação popular, mesmo no caso em que a proposta de iniciativa popular esbarrou em um quesito de inconstitucionalidade, por conter disposições que afrontaram prerrogativas exclusivas do Presidente. É o caso de lei de iniciativa popular, de 2005, com proposta de criação do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Popular, do Fundo Nacional de Habitação e de seu Conselho Gestor. Foi vitorioso o entendimento de que o projeto originado de iniciativa popular constituiria exceção ao princípio da reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo, sendo o projeto sancionado pelo Presidente da República.

Este caso se assemelha à experiência de implantação dos orçamentos participativos em diferentes municípios brasileiros. Nesse caso, o Poder Executivo abre mão de sua prerrogativa de formular a lei orçamentária de forma exclusiva e convoca a população para, dentro de critérios e regras previamente acordados, participar na formulação e acompanhamento de sua execução. O caráter vinculativo da decisão não é estabelecido legalmente, mas por meio de um compromisso moral dos governantes e da pressão inerente a esse mecanismo, para a aprovação por parte do Legislativo.

Todos esses instrumentos de alcance popular, sem dúvida, vêm favorecer o regime democrático, principalmente o orçamento participativo. Trata-se de um instrumento de gestão democrática capaz de assegurar essa participação efetiva e garantir à sociedade maior acesso a equipamentos e serviços públicos, estimulando o exercício da cidadania, baseado na participação direta da população.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 66.

Além dessa inovação, no sentido de estabelecimento de mecanismos de co-gestão social, muitas outras modalidades de participação popular foram introduzidas a partir da CF/88 e da legislação infraconstitucional, no campo das políticas públicas. Em tais casos, governo e membros da sociedade civil participam conjuntamente do processo de sua formulação, controle e acompanhamento da execução. Tendo como parâmetro a criação do SUS - Sistema Único de Saúde, desenhou-se, a partir da CF/88, um novo padrão de políticas sociais no qual foram assegurados mecanismos de participação da população em todos os níveis governamentais, por meio das instâncias colegiadas de co-gestão (conselhos) e do mecanismo ascendente de formação da política (conferências). Essas experiências têm se expandido para outros setores de políticas públicas e, mais recentemente, passaram a incluir a participação popular na discussão do PPA- Plano Plurianual.

Um aspecto polêmico relacionado à iniciativa popular questiona se tal instituto pode ou não ser utilizado pelos cidadãos para encaminhar ao Congresso Nacional proposta de emenda à Constituição. Tal prerrogativa seria muito importante para o fortalecimento da soberania popular. No entanto, não há previsão expressa nem na Constituição nem na Lei nº 9.709/98 quanto a essa possibilidade. Tanto que ambos os diplomas normativos utilizam em seus dispositivos a expressão “projeto de lei”, e em nenhum momento se reportam à expressão “projeto de emenda constitucional”.

6. Outros institutos

O *recall* é um mecanismo de participação popular tipicamente norteamericano. Sua forma de aplicação mais conhecida é aquela que possibilita aos cidadãos revogarem o mandato político de determinado representante se estiverem insatisfeitos com sua atuação. É uma forma de revogação individual. Faz-se, então, uma consulta à opinião pública, solicitada por determinado número de eleitores, para que seja decidido se o candidato eleito deve permanecer ou ser destituído de seu cargo. Nesse caso, garante-se o direito de o impugnado apresentar ampla defesa em favor da manutenção de seu mandato político, nas três esferas: federal, estadual ou municipal.

O *abberufungsrecht* é a forma de revogação coletiva. Não tem o objetivo do recall, de fazer cassar o mandato eletivo do representante, mas da

câmara municipal, da assembléia legislativa, da câmara federal, do senado federal, do gabinete de ministro (em caso de sistema parlamentarista). Esse instituto é utilizado nos cantões da Suíça.

Pelo veto popular, confere-se aos cidadãos o direito de opinar se determinada lei, discutida e aprovada pelo Poder Legislativo, irá vigorar no país ou não. É a própria voz do povo com o poder de legislar negativamente contra uma lei na iminência de sua execução originária do poder competente, assim referida por Maurice Duverger: “O silêncio do povo equivale, pois à aceitação”. Como se observa, o veto popular é muito semelhante ao referendo popular. Geralmente é determinado um prazo, após a promulgação da lei, para o eleitor se manifestar. A aprovação popular é condição necessária para a lei entrar em vigor.

Resta lembrar que, na votação em primeiro turno da Constituição, além do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, também foi incluído o veto popular, que, no entanto, terminou sendo eliminado no segundo turno da votação. O veto popular pode ser entendido como um referendo revocatório, pois estabelece as condições para que a população possa derrubar uma lei já aprovada pelo Congresso.

A ausência do veto popular e do instrumento do *recall* – que garante à população o direito de cassar um representante eleito que não atua da forma prevista – tem sido denunciada como restrições à soberania popular. Com o aumento do descrédito em relação ao comportamento de parlamentares, identificados como sendo movidos por interesses muito distantes do interesse público, cresce na sociedade civil organizada a demanda pela introdução desses instrumentos que poderiam coibir práticas legislativas escusas.

Com relação aos instrumentos incluídos na CF/88 – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular – são muitas as dificuldades para implementá-los de forma mais rotineira no exercício da democracia. Essas dificuldades acontecem em razão das várias lacunas no texto constitucional, da demora em promulgar uma legislação infraconstitucional que regulasse essas práticas e, finalmente, da ausência de uma cultura cívica amplamente disseminada entre a população.

7. Democracia participativa

O acompanhamento paulatino da história indica que sempre existiu e existirá um conflito antagônico entre o povo e os detentores do poder. Nesse sentido, assevera Celso Bandeira de Melo¹⁵: “A história política da humanidade é a história da luta dos membros da coletividade contra os detentores do Poder”.

A legislação participativa atual apresenta limitações de ordem prática que dificultam sua efetividade. É, ainda, insuficiente para desencadear um processo de maior participação do povo na vida política do país e na construção de um espaço público democrático. Porém, quanto mais o povo se percebe como soberano e capaz de influir na administração do seu país, melhores e mais eficientes são as normas que regulamentam essa participação.

A democracia participativa torna possível e real o projeto de construção de um Estado Democrático de Direito, que supere as desigualdades sociais e realize a justiça social, de conformidade com o fundamento da dignidade da pessoa humana, evidenciando-se não só a dimensão política do princípio democrático, como também sua dimensão social e econômica.

O que torna plausível implantar e fazer funcionar as formas mais avançadas de democracia participativa em um país como o Brasil, marcado por profundos desequilíbrios e desigualdades, é, justamente, o seu caráter acentuadamente educativo, na medida em que os mecanismos de participação popular funcionam como “escola de cidadania” atuando na construção e reconstrução da própria democracia. Essa atuação da sociedade deve visar ao bem da coletividade, afastando o interesse individualista, conforme lembra Lênio Luiz Streck¹⁶: “Na sociedade de massa, o indivíduo, as idéias, os juízos críticos, a autonomia do raciocínio contam pouco, cedendo lugar à ação coletiva, aos juízos de grupo, aos interesses de classe e profissão, às ideologias”.

A importância da democracia participativa está no fato de questionar a causa social e estatal da exclusão e propor uma democracia mais inclusiva. Os mecanismos de participação popular devem funcionar como meio de combate ao neoliberalismo e às injustiças impostas pela globalização, na medida em que

¹⁵ MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 186.

a democracia é regime político da soberania popular com respeito integral aos direitos humanos. A experiência brasileira recente é rica em inovações em relação à combinação de democracia representativa e participativa, apresentando alguns problemas que ainda persistem em relação à regulamentação das formas de participação.

8. Considerações finais

No processo de evolução da democracia brasileira, os partidos políticos, os sindicatos, as associações políticas, as comunidades de base e a imprensa livre vêm ganhando espaço para coordenar e expressar a vontade popular no que se refere aos seus anseios e às suas reivindicações. Um dos sustentáculos da democracia representativa baseia-se no compromisso dos eleitos em cumprir as propostas apresentadas durante a campanha. O clamor social por mais liberdade e participação vem contribuindo para uma sociedade mais organizada, unida por meio de distintos setores, com projetos políticos diferenciados. Esse clamor fez entoar, por toda a nação, um discurso unânime de valorização à cidadania, à democracia, à descentralização e à participação da sociedade na gestão de seus interesses comuns.

Com esse discurso, condenou-se o monopólio estatal sobre a gestão da coisa pública e, assim, a sociedade passou a exigir um maior controle sobre o Estado. A luta pela concretização da ampliação da participação era um norte para a política nacional e, em decorrência, a soberania popular tornou-se a palavra-chave a embasar a vontade de participação da sociedade na vida política do país. Todavia, na prática, a soberania popular não logrou efetivar seus anseios, tendo em vista as poucas oportunidades que o país lhe ofereceu para participar diretamente da política, bem como pelo fato de os partidos políticos terem falhado no papel de legítimos representantes do interesse público.

Dentro desse contexto, podemos dizer que existe viabilidade para a implementação dos mecanismos de participação popular. Eles podem ser diretrizes para consolidar espaços mais democráticos não apenas na esfera governamental, mas também na esfera das relações civis. Isso significa trazer o diálogo democrático para o dia-a-dia das pessoas e incentivar valores como respeito e tolerância no microcosmo de vivência de cada indivíduo que compõe a sociedade. Na esfera governamental, acreditamos que a utilização de tais mecanismos é um

complemento indispensável para a manutenção do regime democrático contemporâneo. Até porque não é possível desmontar por completo o aparato da democracia representativa, haja vista a complexidade de nossa sociedade, a demandar respostas rápidas, no mais das vezes, técnicas e dependentes de um conhecimento especializado que foge à alçada de conhecimento do cidadão comum.

Daí a importância de uma legislação sólida para determinar um rumo, indicando quais assuntos devem, necessariamente, passar pelo crivo da participação direta dos cidadãos, a fim de obter legitimidade. O peso da balança a ponderar essa escolha deve estar equilibrado, pois, assim como é importante garantir eficiência e rapidez às decisões sobre assuntos técnicos e políticos relacionados à governabilidade, é igualmente importante garantir o amplo diálogo democrático, com a efetiva participação do maior número possível de cidadãos, sobre aqueles assuntos considerados, político e socialmente, relevantes para a população. A moeda deve ser vista pelos dois lados: a governabilidade não pode ser utilizada como uma desculpa para retirar do povo o poder de decisão sobre assuntos de suma importância para a vida social (como vem acontecendo), assim como o calor da discussão popular não pode ser um círculo infinito de debates a pôr em risco a eficiência da governabilidade.

E preciso lembrar, também, a importância do aprimoramento de tais mecanismos no âmbito dos Estados e dos Municípios, os quais, pela maior proximidade com os problemas locais, poderiam gerar deliberações políticas mais condizentes com os anseios dos cidadãos. Sem dúvida, o potencial do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular em âmbito local é muito grande, devendo ser melhor aproveitado, inclusive como uma forma pedagógica de fortalecer a soberania popular.

Devemos ter a consciência, no entanto, de que os mecanismos de participação popular não representam uma panacéia para todos os males democráticos. A conjuntura política atual requer uma aliança de estruturas representativas com instrumentos de participação direta. Ressalte-se que a implantação do regime democrático é um processo e, por isso, não podemos concluir que a democracia semidireta é a solução histórica definitiva para alcançarmos a “democracia ideal”. Como consequência, os princípios democráticos devem estar adaptados às peculiaridades de cada Estado e funcionar de acordo com o momento histórico em que este está inserido. Isso

leva à conclusão de que não existe uma única forma de democracia, mas diversas. Todavia, quaisquer que sejam as formas adotadas, o fundamental é que ofereçam garantia de prioridade e de respeito à dignidade humana.

Referências bibliográficas

ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BOMFIM, Manoel. *O Brasil nação: realidade da soberania brasileira*. São Paulo: Topbooks, 1981.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA, Pinto. *Da soberania*. Recife: Oficinas Gráficas do Jornal do Comércio, 1943.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo:Malheiros, 2005.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROSSEAU, J. J. *Do contrato social*. Paris: Garnier, 1954.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez Editora, 2006, 4 v.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STRECK, Lênio Luiz ; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA

Anita Bethânia Silva da Rocha

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Muitas pessoas passam a vida toda num setor de atividades, sem tentar compreender a filosofia básica dessa atividade, ou explorar suas possibilidades máximas, ou nem, sequer pensar na solução dos problemas que lhes permitisse tornar os próprios pontos de vista mais claros. Quem deixa de pensar sobre o próprio setor de responsabilidade, e de pensar sobre o que o cerca, desperdiça, com certeza, o prazer de satisfações profundas e, provavelmente, realiza menos do que poderia realizar de outra forma.

(Washington Platt)

1. Histórico da atividade de inteligência no Brasil

Para que se entenda melhor a atividade de inteligência, é mister que se esclareça em que consiste tal atividade. Para tanto, utilizaremos o conceito disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 4.376/2002, que regulamentou a Lei nº 9.883/1999:

Inteligência é a atividade de obtenção e análise de dados e informações e de produção e difusão de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.

Já contra-inteligência, segundo o art. 3º do Decreto nº 4.376/2002, é:

A atividade que objetiva prevenir, detectar, obstruir e neutralizar a inteligência adversa e ações de qualquer natureza que constituam ameaça à salvaguarda de dados, informações e conhecimentos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, bem como das áreas e dos meios que os retenham ou em que transitam.

O serviço secreto brasileiro teve sua origem no governo de Washington Luís, em 1927, com a criação de um órgão civil federal, o Conselho de Defesa Nacional (CDN), cuja função exclusiva era produzir e analisar informações relativas à proteção do Estado. Entretanto, foi no governo de Eurico Gaspar Dutra, em 1946, com a criação do Serviço Federal de Informações e Contra-Intimação (SFCI), que o serviço secreto brasileiro passou a ser legalmente instituído.

A finalidade do SFCI, segundo o decreto que o instituiu, era “tratar das informações no Brasil”. O órgão integrava o Conselho de Segurança Nacional (CSN), sendo-lhes atribuídas duas missões: levantar informações e preparar o país para a guerra. Na inexistência de guerra, restaria apenas a missão de levantar informações. Nesse caso, o alvo seriam os próprios brasileiros. O órgão era composto por civis que estavam subordinados aos militares. Mesmo instituído legalmente, o SFCI não teve aplicação prática, existindo apenas no papel e nas mentes dos oficiais da Escola Superior de Guerra (ESG). Só no governo de Juscelino Kubitschek, em 1956, o serviço foi efetivamente implementado.

Em 1964, com a tomada do poder pelos militares, assumiu a Presidência da República o General Humberto Castelo Branco, que fortaleceu o serviço secreto brasileiro, extinguindo o SFCI e criando o Serviço Nacional de Informação (SNI). O SNI passou a ser órgão ligado diretamente à Presidência da República e não ao Conselho de Segurança Nacional, como aconteceu com o SFCI.

Ao assumir a Presidência da República em 1990, o então Presidente Fernando Collor de Mello extinguiu o SNI e instituiu o Departamento de Inteligência (DI). O novo órgão ficaria subordinado diretamente à Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE), que seria comandada por civis até outubro de

1992. Nessa data, assumiu o governo o Presidente Itamar Franco, que passou a nomear militares para comandar esses órgãos. No mesmo ano, o Departamento de Inteligência passou a ser denominado de Subsecretaria de Inteligência (SSI).

Em janeiro de 1995, assumiu a Presidência da República Fernando Henrique Cardoso. Com o objetivo de promover mudança no serviço secreto, determinou que se elaborasse um projeto visando ao fortalecimento do serviço e à criação de mecanismos de controle externo. Em dezembro de 1999, o projeto passou a ser lei, sendo sancionado pelo Presidente da República. Surgiu então a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), sendo instituído também o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN). A ABIN foi criada com o objetivo de ser um órgão de inteligência adequado aos padrões do regime democrático, com estrita obediência às leis, aos princípios constitucionais, aos direitos e às garantias individuais. É órgão central do SISBIN, estando subordinada ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

O Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002, dispõe sobre o funcionamento e organização do SISBIN. A função desse órgão é integrar as ações de planejamento e execução da atividade de inteligência do país, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional. O art. 4º do Decreto nº 4.376/2002 estabelece os órgãos que constituem o SISBIN:

Art. 4º Constituem o Sistema Brasileiro de Inteligência:

I – a Casa Civil da Presidência da República, por meio do Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia – CENSIPAM;

II – o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, órgão de coordenação das atividades de inteligência federal;

III – a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, como órgão central do Sistema;

IV – o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Departamento de Polícia Rodoviária Federal e da Coordenação de Inteligência do Departamento de Polícia Federal;

V – o Ministério da Defesa, por meio do Departamento de Inteligência Estratégica, da Subchefia de Inteligência do Estado-Maior de Defesa, do Centro de Inteligência da Marinha, do Centro de Inteligência do Exército, da Secretaria de Inteligência da Aeronáutica;

VI – o Ministério das Relações Exteriores, por meio da Coordenação-Geral de Combate a Ilícitos Transnacionais;

VII – o Ministério da Fazenda, por meio da Secretaria-Executiva do Conselho de Controle de Atividades Financeiras, da Secretaria da Receita Federal e do Banco Central do Brasil;

VIII – o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Secretaria-Executiva;

IX – o Ministério da Saúde, por meio do Gabinete do Ministro e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

X – o Ministério da Previdência e Assistência Social, por meio da Secretaria-Executiva;

XI – o Ministério da Ciência e Tecnologia, por meio do Gabinete do Ministro;

XII – o Ministério do Meio Ambiente, por meio da Secretaria-Executiva;

XIII – o Ministério de Integração Nacional, por meio da Secretaria Nacional de Defesa Civil.

2. Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP)

O Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP) foi criado pelo Decreto nº 3.695/2000. Tem como órgão central a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), sendo parte integrante do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN). É composto pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), pelos Ministérios da Justiça, da Fazenda, da Defesa e da Integração Nacional e pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI). Os órgãos de inteligência de Segurança Pública dos

Estados e do Distrito Federal, através de convênio com a SENASP, também podem integrar o SISP.

3. Comunidade de Inteligência

A Administração Pública, em especial, o Poder Executivo federal e estadual, nos seus mais diversificados órgãos, principalmente os que têm poder de polícia, ou com atribuições que envolvam fiscalização e controle, dispõe de núcleos de inteligência. Esses núcleos aglutinados formam a comunidade de inteligência.

4. Importância da atividade de inteligência: suas peculiaridades

Em face da complexidade dos métodos utilizados e dos altos recursos tecnológicos empregados pelas organizações criminosas, bem como pela ocorrência, cada vez maior, de crimes cibernéticos, lavagem de dinheiro e ocultação de bens, transferências eletrônicas de valores, além do narcotráfico e da biopirataria, cuja atuação atravessa fronteiras, surge a necessidade de se acionar as mais diversas unidades de inteligência. Seu objetivo é investigar e descobrir o autor do delito, como também de prevenir e combater essas organizações. A atividade de inteligência “busca o entendimento sobre ações futuras e, principalmente, sobre o que isso significará de forma isolada ou conjugada com outras situações semelhantes ou até diferentes¹”.

Outro fator importante decorrente do surgimento de unidades de inteligência é a troca de dados e de informações entre o poder público, quer no âmbito federal, quer no estadual, por se constituir ferramenta necessária e útil à repressão dos macodelitos. Com a criação dos núcleos de inteligência, surge a necessidade de capacitação dos profissionais de inteligência, tendo em vista que se trata de atividade com características peculiares. Nesse aspecto, é de extrema relevância o domínio da linguagem por esses profissionais, bem como pelos

¹ FERNANDES, Fernando do Carmo. *Inteligência ou informações?* In: Revista Brasileira de Inteligência. Agência Brasileira de Inteligência. Brasília, v.2, n.3, set.2006.

usuários do seu trabalho, pois nem sempre as expressões e palavras usadas correspondem ao que efetivamente representam. Algumas palavras podem ter um significado especial, exigindo uma adequada compreensão do mundo do conhecimento.

5. Modalidades da atividade de inteligência

Como vimos, o combate ao crime organizado requer ações de inteligência nas mais diversas áreas. Tentaremos abordar, neste item, as modalidades existentes e suas tendências.

5.1 Inteligência clássica ou de Estado

A inteligência clássica ou de Estado é regulada pela Lei Federal nº 9.983, de 07/12/1999, que instituiu o SISBIN e criou a ABIN. De acordo com o art. 1º, *caput*, dessa lei, o Sistema Brasileiro de Inteligência “integra as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do País, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional”.

Conforme o § 1º do mesmo artigo, o SISBIN tem “como fundamentos a preservação da soberania nacional, a defesa do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, devendo ainda cumprir e preservar os direitos e garantias individuais e demais dispositivos da Constituição Federal, os tratados, convenções, acordos e ajustes internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte ou signatário, e a legislação ordinária”.

Nos termos do § 2º, atividade de inteligência é aquela “que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado”. Como se observa, a atividade de inteligência

clássica ou de Estado é voltada especialmente para o assessoramento do processo decisório.

5.2 Inteligência policial ou inteligência de segurança pública

O conceito de inteligência policial ou de segurança pública é relativamente novo. Segundo Luiz Carlos Magalhães², é uma “atividade de Estado que visa obter, produzir e analisar conhecimentos relacionados, de forma direta ou indireta, às atividades de segurança pública e defesa social”.

Citando Celso Ferro, o referido autor aduz que a inteligência policial é a atividade que tem por objetivo a obtenção, análise e produção de conhecimentos de interesse da segurança pública no território nacional, sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência da criminalidade. Ocupa-se ainda da atuação de organizações criminosas e controle de delitos sociais, assessorando as ações de polícia judiciária e ostensiva por intermédio da análise, compartilhamento e difusão de informações³. Com base no Manual de Inteligência Policial do Departamento de Polícia Federal do Brasil, Joanisval Brito Gonçalves⁴ assim conceitua essa modalidade de inteligência:

O conjunto de ações de inteligência policial que empregam técnicas especiais de investigação, visando a confirmar evidências, indícios e obter conhecimentos sobre a atuação criminosa dissimulada e complexa, bem como a identificação de redes e organizações que atuem no crime, de forma a proporcionar um perfeito entendimento sobre seu *modus operandi*, ramificações, tendências e alcance de suas condutas criminosas.

² MAGALHÃES, Luiz Carlos. *A inteligência policial como ferramenta de análise do fenômeno: roubo de cargas no Brasil*, 2004. Disponível em: (<http://www.infoseg.gov.br/infoseg/arquivos/a-inteligencia-policial-como-ferramenta-de-analise-do-fenomeno-roubo-de-cargas-no-brasil>). Acesso em: 30 jan. 2008.

³ MAGALHÃES, Luiz Carlos. *Ibidem*.

⁴ GONÇALVES, Joanisval Brito. *A atividade de inteligência no combate ao crime organizado: o caso do Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1114, 20 jul. 2006. Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8672>). Acesso em: 11 fev. 2008.

Pelo que se vê, a inteligência policial atua na prevenção, obstrução, identificação e neutralização das ações criminosas, com vista à investigação policial e ao fornecimento de subsídios ao Poder Judiciário e ao Ministério Público nos processos judiciais.

5.3 Inteligência financeira

Nos dias atuais, tem assumido papel relevante na comunidade de inteligência, não só em nível nacional, mas também em âmbito internacional, a inteligência financeira. Trata-se do principal instrumento para se combater o crime organizado. Através dele, é possível rastrear as ações e localizar o lucro obtido pelas organizações criminosas. Tem ainda como objetivo devolver ao patrimônio público o capital que lhe foi tomado através de esquemas fraudulentos. No Brasil, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) é o órgão responsável pela atividade de inteligência financeira, tendo forte presença no cenário internacional.

5.4 Inteligência fiscal

A Administração Pública, através das Secretarias da Receita, principalmente no âmbito federal e estadual, vem criando unidades de inteligência, com pessoal capacitado, para desenvolver e promover medidas, no sentido de evitar a evasão e a fraude fiscal. Com esse objetivo, busca indícios e provas capazes de comprovar a existência de crimes tributários, prestando relevante suporte informacional aos serviços regionais de fiscalização, ao Ministério Público e ao Judiciário.

O Centro Interamericano de Administrações Tributárias (CIAT), formado pelo Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos, França e Países Baixos, durante a XXXVIII Assembléia Geral ocorrida na cidade de Cochabamba, Bolívia, implantou um grupo de trabalho de inteligência fiscal. A coordenação técnica desse grupo ficou a cargo do Brasil, com a colaboração da Secretaria Executiva do CIAT, para a elaboração de um manual, denominado Manual CIAT sobre Inteligência Fiscal.

O referido Manual define inteligência fiscal como sendo a atividade de reunir informações com a finalidade de assessorar a administração tributária no planejamento e execução de suas atribuições legais, particularmente no combate à sonegação fiscal, à evasão fiscal, ao contrabando e ao descaminho⁵.

5.5 Inteligência comparativa

Com a globalização e o acirramento do mercado competitivo, vários organismos passaram a adaptar o conceito de inteligência de Estado ou governamental. Desse modo, vêm adotando metodologias capazes de fomentar o processamento de dados e informações, visando à melhoria de desempenho e garantia de sobrevivência em uma conjuntura cada vez mais complexa: a chamada inteligência competitiva.

Conforme enfatizam Cláudia Canongia e colaboradores⁶, a inteligência competitiva é um instrumento geralmente utilizado por empresas para eticamente identificar, coletar, sistematizar e interpretar informações relevantes sobre seu ambiente concorrencial. Trata-se, neste caso, de inteligência estratégica, cuja finalidade é assessorar o tomador de decisões.

Para Gilda Massari Coelho⁷, a inteligência competitiva é o processo sistemático de coleta, tratamento, análise e disseminação da informação sobre atividades dos concorrentes, tecnologias e tendências gerais dos negócios, visando a subsidiar a tomada de decisão e atingir as metas estratégicas da organização.

5.6 Inteligência ministerial

⁵ Disponível em: <http://biblioteca.ciat.Org/CGIBIN/ABWEBP.EXE/L3/T1/G0?ACC=DIR&EXP='1534'.TITN>. Acesso em: 12 nov. 2007.

⁶ CANONGIA, Claudia et al. *Foresight, inteligência competitiva e gestão do conhecimento: instrumentos para a gestão da inovação*. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-530X2004000200009. Acesso em: 12 nov. 2007.

⁷ COELHO, Gilda Massari. *Inteligência competitiva: definindo a ferramenta e seu uso no Brasil*. São Paulo: IBC. 1999. Disponível em: <http://intcomp.unisul.br>. Acesso em: 11 fev. 08.

Com o aumento da criminalidade organizada e a sofisticação do *modus operandi* das organizações criminosas, surgiu a necessidade de união dos Ministérios Públicos. O objetivo dessa união é criar núcleos de inteligência, buscando fomentar as investigações, produzindo provas tanto para processos criminais quanto cíveis. Busca-se, além disso, promover o intercâmbio de informações entre os diversos órgãos integrantes da comunidade de inteligência. O propósito da atividade de inteligência realizada pelo Ministério Público é também produzir “conhecimento⁸” destinado ao processo decisório estratégico, como, por exemplo, planejamento estratégico, estabelecimento de políticas de atuação, etc.

Em face dessa necessidade, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça (CNPJG), que congrega os chefes dos Ministérios Públicos brasileiros, instituiu o Grupo Nacional de Combate ao Crime Organizado (GNCOC). O órgão é integrado pelos Promotores e Procuradores de Justiça que se reúnem periodicamente para traçar metas efetivas, tanto no âmbito regional quanto nacional, para o combate ao crime organizado.

Em decorrência da criação do GNCOC, surgiram os grupos estaduais nos Ministérios Públicos, incumbidos de atuar no combate às organizações criminosas. Na Paraíba, pela Resolução nº 07/03 do Colégio de Procuradores de Justiça, foi instituído o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO).

O Conselho Nacional de Procuradores de Justiça, através do GNCOC, celebrou convênio com a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), para que esta capacite os membros do Ministério Público Nacional. Essa capacitação vem sendo feita com a realização de cursos, nos quais são ministradas as noções básicas de inteligência.

⁸ As espécies de informação *lato sensu* podem ser determinadas conforme o grau crescente de sua utilidade para a tomada de decisão: a) dado: informação *lato sensu*, em “estado bruto”, ou seja, não submetida à análise, síntese e/ou interpretação; b) informação: informação *stricto sensu*, já submetida a algum trabalho de análise e interpretação; c) conhecimento: dados e informações já submetidos à análise, síntese e interpretação necessários para a tomada de decisões. Disponível em: <http://www.militer.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=123>. Acesso em: 12 nov. 2007.

As operações de inteligência vêm sendo bastante utilizadas nas investigações criminais realizadas pelos membros do Parquet. Através de técnicas de entrevista, operações de busca, infiltração, captação de som e imagem, vem se conseguindo desvendar crimes que, com uma simples investigação, não se lograria êxito. As provas produzidas no âmbito dessa investigação criminal têm plena validade no processo penal, uma vez que atendem aos limites impostos na lei processual penal vigente. Apenas não serão utilizadas se houver necessidade de se manter o sigilo da matéria ou o sigilo funcional a que está submetido o agente de inteligência, em decorrência das regras de sigilo especificadas na legislação pertinente. O objetivo é criar um sistema de inteligência capaz de abranger todas as áreas de atuação ministerial, visando a sua inserção no Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP) e na Rede Nacional de Inteligência de Segurança Pública (RENISP).

Dentro do GNCOC, foi criado o Grupo de Segurança Institucional (GSI). Após sua instalação, o GSI elaborou a Doutrina Nacional de Inteligência do Ministério Público, documento já aprovado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça (CNPJGJ). Com a aprovação e homologação desse documento, a criação de um sistema de inteligência no âmbito do Ministério Público é uma realidade que merece destaque e incentivo por parte da administração superior do respectivo Ministério Público. Existe a necessidade urgente de estruturação das unidades de inteligência, para que o sistema possa funcionar e fazer parte do Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP).

Para Denilson Feitoza Pacheco⁹, tendo em vista a independência dos Poderes da União (art. 2º da Constituição Federal), o SISBIN, destinado a assessorar especificamente o Presidente da República, não pode subordinar os Poderes Legislativo e Judiciário, sem expressa previsão constitucional. Pela mesma razão, não pode subordinar o Ministério Público, uma vez que a Constituição da República, expressamente, atribui-lhe o princípio da independência funcional, assegurando-lhe autonomia funcional e administrativa (art. 127, §§1º e 2º). A independência e a autonomia do Ministério Público, no exercício de suas funções, são pressupostos do cumprimento de suas finalidades constitucionais, a saber: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático,

⁹PACHECO, Denilson Feitoza. *Atividades de inteligência e processo penal*. Disponível em: <http://www.militar.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=123>. Acesso em: 30 jan. 2008.

dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa defesa comumente é feita em face dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Seguindo esse entendimento, os Poderes Legislativo, Judiciário e o Ministério Público podem implantar e desenvolver seus sistemas de inteligência.

6. Considerações finais

Procuramos, com este estudo, evidenciar a importância da atividade de inteligência nos dias atuais, apresentando uma análise da evolução da inteligência clássica para a inteligência de segurança pública, abordando, inclusive, a inteligência privada - inteligência competitiva. Buscamos demonstrar a necessidade de o Estado adotar uma postura mais dinâmica, especializada e ágil para frear as organizações criminosas, sob pena de tal organização destruir as próprias bases do Estado. É o que acontece, por exemplo, em países como a Colômbia, onde a guerrilha, liderada pelos narcotraficantes, ameaça dominar o país inteiro.

Concluimos, afirmando que é de suma importância o uso da atividade de inteligência na investigação criminal, como instrumento de resposta e apoio ao combate à violência em geral, principalmente nos crimes de alta complexidade. Através dessa atividade, procura-se identificar, entender e revelar aspectos ocultos da atuação criminosa que seriam de difícil elucidação pelos meios tradicionais de investigação. Busca-se, também, assessorar as autoridades governamentais na elaboração de planos e políticas de segurança pública.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Priscila Carlos Brandão. *SNI & ABIN*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

CANONGIA, Claudia et al. *Foresight, inteligência competitiva e gestão do conhecimento: instrumentos para a gestão da inovação*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-530X2004000200009. Acesso em: 12 nov. 2007.

CARDOSO JUNIOR, Walter Felix. *Inteligência político-partidária: processo de reunir e analisar informações sobre candidatos oponentes*. Disponível em: (<http://www.ndu.edu/chds/redes2002/Documents/Papers/Track%203.%20Defense%20Policy%20%20Intelligence/18.%20Intelligence%20I/CardosoFP.rtf>). Acesso em: 12 nov. 2007.

CEPIK, Marco A. C. *Espionagem e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

COELHO, Gilda Massari. *Inteligência competitiva: definindo a ferramenta e seu uso no Brasil*. São Paulo: IBC. 1999. Disponível em: <http://intcomp.unisul.br>. Acesso em: 11 fev. 08.

FERNANDES, Fernando do Carmo. *Inteligência ou informações?* Revista Brasileira de Inteligência. Agência Brasileira de Inteligência. Brasília, v.2, n. 3, set. 2006.

FERRO, Celso. *A inteligência policial como ferramenta de análise do fenômeno: roubo de cargas no Brasil – 2004 INFOSEG*. Disponível em: <http://>

/www.infoseg.gov.br/infoseg/arquivos/a-inteligencia-policial-como-ferramenta-de-analise-do-fenomeno-roubo-de-cargas-no-brasil. Acesso em: 30 jan. 2008

FIGUEIREDO, Lucas. *Ministério do silêncio*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *A atividade de inteligência no combate ao crime organizado: o caso do Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1114, 20 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8672>. Acesso em: 11 fev. 2008.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *Inteligência policial: para combater o crime, Estado tem de compartilhar dados*. Disponível em: <http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=22648>. Acesso em: 30 jan. 2008.

MAGALHÃES, Luiz Carlos. *A inteligência policial como ferramenta de análise do fenômeno: roubo de cargas no Brasil, 2004*. Disponível em: <http://www.infoseg.gov.br/infoseg/arquivos/a-inteligencia-policial-como-ferramenta-de-analise-do-fenomeno-roubo-de-cargas-no-brasil>. Acesso em: 30 jan. 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

_____. *Atividades de inteligência e processo penal inserido*. Disponível em: <http://www.militar.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=123>. Acesso em: 30 jan. 2008.

VILLALOBOS, María Concepción Pérez. *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia* (Un estudio a la luz de la nueva legislación). [s.l.]: Ed. Dykinson, 2002.

CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS GERAIS

Hipólito Machado Raimundo de Lima

Advogado

Professor da Faculdade de Direito - FAP

1. Introdução

Desde sua gênese, o homem tem como característica a sociabilidade. Essa necessidade de viver em comunidade traz conflitos de interesses, tendo em vista que o indivíduo conserva traços primitivos, como a necessidade de garantir a sobrevivência, de alimentar a cupidez ou de obter algum reconhecimento social. Feitas essas considerações acerca da natureza inerente à qualidade humana, é correto concluir que o crime sempre acompanhou o homem. Mesmo diante das projeções mais otimistas, o delito jamais poderá ser totalmente extirpado da sociedade.

Mas as formas de cometimento de delito não permaneceram as mesmas durante a evolução da humanidade. Se antes as autoridades responsáveis pela repressão ao crime trabalhavam com figuras bem caracterizadas, como assaltantes, estelionatários, estupradores e homicidas, hoje essa tipificação direta se tornou bem mais difícil de ser identificada. Na atualidade, o criminoso não mais exhibe um estereótipo compatível com essa caracterização. No mais das vezes, são indivíduos com uma imagem social respeitada, exercentes de atividades lícitas habilmente usadas para “lavar” o dinheiro obtido por vias escusas. Some-se a isto a boa instrução que normalmente acompanha os novos delinquentes, além do relacionamento com pessoas influentes, o que lhes garante permanecer fora do alcance das autoridades repressoras.

Diante de tão especializada criminalidade, faz-se necessário que o Estado se muna de instrumentos capazes de coibir esses novos modelos de organização criminosa, caracterizada pelo alto nível de especialização, pelo elevado poderio econômico dos criminosos e pela facilidade com que eles penetram nas esferas estatais. Considerando esse contexto, o presente trabalho tem por escopo realizar uma análise detalhada sobre o crime organizado. Tem como ponto de partida fazer um estudo sobre seu conceito, a busca de suas origens e desenvolvimento. Em seguida, busca identificar aspectos semelhantes

na formação de algumas organizações criminosas, além de precisar os seus vários ramos de atuação.

2. Conceito de crime organizado

Conceituar crime organizado não é tarefa fácil, uma vez que existem diferenciados tipos de organizações criminosas com *modus operandi* variado, não existindo características preestabelecidas. Hodiernamente, verifica-se a existência de inúmeras organizações criminosas. Cada uma delas ostenta peculiaridades adaptadas às próprias necessidades e às facilidades que encontram na esfera territorial em que atuam. A esse respeito, esclarece Mirabete (2001, p. 139):

Em doutrina, tem-se entendido que organização criminosa é aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com planejamento empresarial, divisão de trabalho, pautas de condutas em códigos procedimentais rígidos, simbiose com o Estado, divisão territorial e, finalmente, atuação regional, nacional ou internacional. Entretanto, pela Lei nº 9.034, de 3-5-1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, preferiu-se uma decisão simplista, definindo-se como crime organizado aqueles que decorrerem “de ações de quadrilha ou bando” (art. 19).

Não existe uma unanimidade sobre o conceito de crime organizado entre os juristas. A definição para crime organizado, desenvolvido no âmbito do poder econômico e político globalizado, aufere na periferia uma alocação criminológica própria. Existem duas expressões sobre crime organizado, utilizadas nos pólos norte-americano e europeu do sistema capitalista globalizado: Nos Estados Unidos, utiliza-se a expressão *organized crime*, considerado como conspiração nacional de etnias estrangeiras; na Europa, emprega-se a expressão italiana *crimine organizzato*, tendo por inspiração a máfia siciliana.

O art. 1º da Lei nº 9.034/95 considera que o crime organizado está ligado ao crime de quadrilha ou bando. O legislador ainda não conseguiu obter um consenso ao utilizar a expressão “crime organizado”, deixando essa tarefa aos juristas e à jurisprudência. Para alguns doutrinadores, as expressões “crime organizado” e “organização criminosa” são análogas. Os doutrinadores que identificam a dicotomia entre as duas expressões consideram que, em virtude disso, a lei teria aplicação balizada ao combate da criminalidade sofisticada e não da criminalidade massificada (crime de quadrilha ou bando). Analisando essa dicotomia, afirma Gomes (1997, p.75) :

Criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da Legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da Polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais.

Outro conceito de crime organizado é apresentado por Pietá (2007):

Há vários estudos sobre o que é o crime organizado. O cientista social Guaracy Mingardi distingue o modelo tradicional, que teria entre nós uma forma aproximada do jogo do bicho, e o modelo empresarial, que é mais comum no Brasil. Para ele, o modelo tradicional possui sistema de clientela (com lealdade, obrigação), impõe a lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas, cultiva o conceito de honra, uso da violência ou da intimidação e conta com a proteção de setores do Estado. Além de características do modelo empresarial, com hierarquia própria, planejamento, divisão do trabalho e previsão de lucros.

O FBI e a Interpol, respectivamente, assim definem crime organizado:

(...) caracterizado por qualquer grupo que tem tenha algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a

obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições pelo uso de violência, corrupção, fraude ou extorsões. (...) É qualquer grupo que tenha uma estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática da corrupção (GAIOTTI; SHINZATO, 2007).

Franco (1994, p. 57) apresenta o seguinte conceito de crime organizado:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinqüenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado.

Neste contexto, compreende-se que a ressalva feita pela doutrina ao conceito de crime organizado em nada contribui no tocante à prevenção e combate às ações de organizações criminosas. O conceito de crime organizado deve ser o mais abrangente possível, para que a legislação existente, principalmente, a que disciplina os meios de aquisição de prova e procedimentos investigatórios, descritos na Lei nº 9.034/95, possa servir no combate contra pequenas quadrilhas

ou bandos que buscam a sua evolução na prática de crimes mais complexos (FERNANDES, 1995).

3. Origem do crime organizado

Tal como a conceituação de crime organizado, também sua origem não é algo fácil de ser identificada. Não obstante, é correto afirmar-se que as organizações criminosas são tão antigas quanto a própria atividade criminosa. Assim, é bem provável que sua gênese esteja inter-relacionada com a origem do homem, considerando a sua possibilidade de autodeterminação para seguir ou não os objetivos sociais a ele impostos pela coletividade que o cerca (LUPO, 2002).

Todavia, o crime organizado, segundo Robinson (2001), passou a ganhar contorno através da máfia italiana. Conforme Silva (2002), através de leituras, pode-se concluir que não existe um consenso de como surgiram as organizações criminosas. Entretanto, há um consenso no sentido de que as organizações criminosas não são um fenômeno do século passado. Em maior ou menor proporção, sempre existiram indivíduos que se uniam com o intento de praticar crimes de maneira organizada e hierárquica. Pode-se apontar como exemplo a atuação dos piratas, que saqueavam navios carregados de mercadorias equivalendo, num contexto histórico mais recente, ao roubo de cargas (LIPINSKI, 2003). Hodiernamente, podem ser citadas, num rol meramente exemplificativo, as seguintes organizações criminosas espalhadas pelo globo terrestre:

Tríades chinesas: apareceram no ano de 1644, como movimento popular para expulsar os invasores do Império Ming. Em 1842, com a colonização inglesa de Hong Kong, seus membros foram para lá e em seguida para Taiwan, onde estimularam camponeses a plantarem a papoula e a explorar o ópio, que até então era uma atividade lícita. Um século depois, foi proibido o comércio do ópio em todas as suas formas. Com isso, as tríades passaram a explorar hegemonicamente o “negócio” da heroína (SILVA, 2003, p. 20).

Yakuza: sua origem remonta aos tempos do Japão feudal do século XVIII. Tinha atuação assentada no desempenho de atividades de dupla valência: ilícitas e lícitas. As primeiras eram representadas por cassinos, prostíbulos, turismo

pornográfico, tráfico de mulheres, drogas e armas, lavagem de dinheiro e usura; as segundas caracterizavam-se por casas noturnas, agências de teatro, cinema, publicidade e eventos esportivos. No século XX, com o avanço da indústria japonesa, o grupo passou a atuar na prática das chamadas “chantagens corporativas”. Tal prática consiste em adquirir ações de uma empresa e, em seguida, exigir lucros demasiados, sob pena de revelarem os segredos industriais aos concorrentes (SILVA, 2003, p. 20).

Máfia italiana: não se pode apontar uma data precisa para a origem da máfia italiana, uma vez que são várias as máfias surgidas no país ao longo do tempo. As mais conhecidas são: Cosa Nostra, Camorra Napolitana, Na’drangheta, Calabresa e Sagraata Corona Pugliesa (LUPO, 2002, p. 17).

Nos Estados Unidos da América, o crime organizado nasceu no final da década de 20 do século passado, por meio de contrabando de bebidas alcoólicas, fruto da chamada “Lei Seca”. Diversos grupos (*gangs*) exploravam a atividade ilícita, o que acabou ocasionando lutas sangrentas entre grupos rivais. Posteriormente, foram incorporadas outras atividades criminosas, tais como o jogo e a prostituição. Com o desenvolvimento econômico norte-americano, após a Segunda Grande Guerra, estabeleceu-se uma parceria entre esses grupos e a máfia italiana. Surgiu, então, a máfia ítalo-americana, que incorporou as atividades dos grupos norte-americanos com o tráfico de drogas (SILVA, 2003, p. 24).

Na América do Sul, no século XVI, os colonizadores espanhóis cultivavam, exploravam e comercializavam a coca em regiões do Peru e da Bolívia. No decorrer dos anos, os agricultores locais dominaram o cultivo da planta e a sua modificação em pasta para o refinamento da cocaína. Grande parte desses agricultores migrou para a Colômbia, que mais tarde se tornaria a região de maior produção e comercialização da cocaína na América do Sul. As organizações criminosas de maior destaque da Colômbia são o Cartel de Cali e o Cartel de Medellín. Hoje, além da cocaína, essas organizações comercializam o ópio em parceria com as tríades chinesas (SILVA, 2003, p. 24).

No Brasil, o crime organizado teve sua origem no chamado jogo do bicho, sendo este o primeiro modelo de atividade criminosa, no início do século XX. Numa época mais recente, surgiram duas organizações criminosas: o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital, em São Paulo, dando mostras de uma criminalidade organizada. Nas décadas de 70, 80 e meados da década de 90, passaram a existir nas prisões do Rio de

Janeiro e de São Paulo as mais violentas organizações criminosas do país, destacando-se as seguintes:

Falange Vermelha: formada, no Presídio de Ilha Grande, por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos. De início, a denominada Falange Vermelha era composta por um grupo de criminosos de roubo que atuavam em conjunto sob um mesmo “código de ética”. De acordo com Simone Bastos (apud VELOSO, 2007), o modo de formação da Falange Vermelha “foi desencadeado na prisão de segurança máxima de Ilha Grande durante os anos da ditadura, quando os guerrilheiros da luta armada misturam-se por quatro anos com presos comuns aqueles que praticavam o crime do furto e do roubo”.

Comando Vermelho: criado no Presídio de Bangu 1, era inicialmente composto por líderes do tráfico de entorpecentes. Na verdade, o Comando Vermelho nada mais é que uma versão da Falange Vermelha, mas com dedicação exclusiva ao tráfico de entorpecentes. Daí porque, entre alguns de seus membros e fundadores, estão os mesmos que fundaram a Falange Vermelha (SILVA, 2003).

Terceiro Comando: foi arquitetado também no Presídio de Bangu 1, sendo formado por presos que não concordavam com a prática de crimes comuns nas áreas de atuação da organização, discidentes do Comando Vermelho. Esta facção teve seu momento de promoção em 13 de junho de 1994, com a morte do chefe do tráfico no Complexo do Alemão. Por essa data, apareceu uma outra facção criminosa denominada ADA – Amigos dos Amigos, com a qual se aliou. Ao que se sabe, o TC comanda trinta e quatro favelas ou complexos. Embora atue em um número pequeno das favelas cariocas, as comunidades por ele dominadas são bastante representativas (LIMA, 2007).

PCC - Primeiro Comando da Capital: foi fundado no dia 31 de agosto de 1993, no interior do Presídio de Segurança Máxima, anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté. Tinha por finalidade patrocinar rebeliões e resgates de presos em diversos Estados brasileiros. Entretanto, no decorrer dos anos, os membros dessa organização passaram a atuar também em roubos a bancos e a carros de transporte de valores, extorsões de familiares de presos, extorsão mediante seqüestro e tráfico ilícito de entorpecentes com conexões internacionais (SILVA, 2003; LIMA, 2007).

Seita Satânica: foi criada em 1994 na Casa de Detenção de São Paulo. Tinha por finalidade curar drogados, resolver problemas financeiros,

processuais, familiares e de saúde, além de apoiar os presos que ficavam sem auxílio. Segundo um de seus embasamentos, uma vez em liberdade, o indivíduo tinha a obrigação de libertar seu pai espiritual da cadeia. Posteriormente, foi feito um pacto de auxílio entre o PCC e a Seita Satânica, no anexo da Penitenciária de Avaré, no interior de São Paulo (LIMA, 2007).

CDL – Comando Democrático pela Liberdade: nasceu em 1996 na Penitenciária Estadual Dr. Luciano de Campos em Avaré/SP. Tinha o seguinte ideário: lutar pelos direitos dos presos junto às autoridades administrativas do sistema prisional brasileiro; trazer para os presídios entidades jurídicas com trabalhos para os sentenciados; descobrir, produzir e lançar para o Brasil talentos artísticos existentes no submundo prisional brasileiro; promover o assessoramento jurídico dos apenados; impedir qualquer opressão do preso contra colegas de presídio; qualquer membro do CDL na prisão devia exercer seu direito individual de fuga (LIMA, 2007). É uma das facções rivais do PCC.

CRBC – Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade: surgiu em 1999, agindo principalmente em Guarulhos, como uma dissidência do PCC. Tem por peculiaridade decidir que sejam arrecadadas mensalidades de seus integrantes, com o objetivo de financiar o resgate de seus comandados das prisões brasileiras (LIMA, 2007).

4. Algumas modalidades de crime organizado no Brasil

Jogo do bicho: Segundo Silva (2003), a organização criminosa do jogo do bicho está arraigada social e institucionalmente. Esse fato serve de alerta, uma vez que o Estado, ao considerar o jogo como ilegal, criou o estímulo para organizações ilícitas. Sendo definido como contravenção penal e não como crime, constitui-se num ilícito de menor poder ofensivo e com menor pena, o que facilita o seu desenvolvimento. Os banqueiros do bicho desenvolvem outras atividades de caráter criminoso: corrompem sistematicamente as forças policiais; têm ou tiveram representantes com influência nos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário (MENDRONI, 2002).

Roubo de carga: Sabe-se que os assaltantes representam a ponta operacional e visível da organização criminosa. No entanto, por vezes, a atividade é terceirizada para estagnar as informações sobre a organização. Os assaltantes apenas levam a carga para terceiros, que irão deixá-la em depósito reservado

para isto (LIMA, 2004). Para o sucesso da operação assalto-sequestro, geralmente, utiliza-se o serviço de policiais associados à organização. Estes, em caso de perigo, atuarão no sentido de disfarçar e atrapalhar os colegas policiais ou, em certas circunstâncias, até dissuadi-los de agir (SILVA, 2003). A chefia da organização habitualmente é desempenhada por alguém que possui empresa legal, associada à rede de varejistas (supermercados, lojas de confecções, lojas de calçados, farmácias, camelôs, etc), a fim de prestar a necessária cobertura legal. Ocorre também a participação de escritórios de contabilidade e advocacia (LIMA, 2004).

Lavagem de dinheiro e fraudes financeiras: A Lei nº 9.613, de 1998, estabeleceu a pena de 3 a 6 anos de prisão para os criminosos que participam do crime de “lavagem de dinheiro” ou ocultação de bens, direitos e valores procedentes de crime. Geralmente, as pequenas instituições financeiras são os principais meios de lavagem de dinheiro, ocultando de forma legal os capitais advindos do crime organizado. Mas é nos paraísos fiscais do exterior que esse crime ocorre com maior incidência. Outro aspecto que facilita a execução desse tipo de delito é a dificuldade em quebrar o sigilo bancário, tendo em vista que tal ilícito possui três estágios: a) a colocação do dinheiro fora do alcance das autoridades, sendo depositado em instituições financeiras; b) a movimentação do dinheiro para contas “laranjas”; c) o retorno do dinheiro, sob “fachada legal”, ao sistema financeiro (SANTOS, 2004).

Tráfico de drogas: Convém salientar que um dos segmentos mais lucrativos do crime organizado é o tráfico de drogas, especialmente, cocaína, heroína, *ecstasy*, maconha, *crack* e anfetamina. Estima-se que esse negócio movimentava cerca de trezentos a quinhentos bilhões de dólares por ano (GONÇALEZ, 2007). O tráfico de drogas está relacionado a outros, como o tráfico de armas, seres humanos para fins de prostituição, órgãos, trabalho escravo etc. Segundo Gonzalez (2007), além da rota de tráfico de entorpecentes, o Brasil vem se destacando como um grande mercado consumidor. A esse respeito, acrescenta:

Dados do CEBRIDE (Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas) mostram que, de 87 a 97, os estudantes de ensino médio e fundamental passaram a consumir seis vezes ou mais: anfetaminas (150% a mais),

maconha (325%), cocaína (700%). Criou-se no Brasil um mercado interessante para os traficantes, porque eles não precisam pagar com dinheiro os serviços que prestam aos seus colegas na Europa e nos EUA. Em um carregamento de 100 kg de cocaína que entra no Brasil, os brasileiros se encarregam de despachar 80 kg para fora e ficam com 20 para distribuir aqui. A droga no Brasil é barata.

Falsificação de remédios: A falsificação de remédios é uma das mais novas modalidades de crime organizado, tendo destaque a partir de 1998 como uma atividade criminosa de ampla lesividade social. Já foram identificadas mais de sessenta marcas de remédios falsificados, produzidos, em pequenas e médias empresas, com maquinário próprio, vendidos a hospitais públicos – o que constitui um indício da possível conivência de agentes públicos - e distribuídos em extensas redes de farmácias (ROBINSON, 2001).

Contrabando: De acordo com Pietá (2007), uma grande parte dos milhares de sacoleiros que atravessam a Ponte da Amizade, que liga o Brasil ao Paraguai, em Foz do Iguaçu, está a serviço do crime organizado. Eles organizam uma rede de varejistas, corrompem agentes públicos, além de se relacionarem nos negócios com organizações criminosas similares. A cocaína, por exemplo, chega ao país através de contrabando de grande ou média escala, transportada em aviões, caminhões e automóveis, comerciais ou não (SILVA, 2003).

Corrupção: As organizações criminosas, em geral, utilizam violência real e ameaça, fazendo uso de órgãos públicos, associados às empresas privadas. Normalmente, possuem “funcionários” para os vários tipos de empreitadas criminosas, com divisão de trabalho e de lucro. Tal sistema configura hierarquia própria, aproximando esse ilícito das características do crime organizado (HASSEMER, 1995).

Sonegação fiscal e crimes contra a ordem econômica: O montante auferido com os crimes tributários no Brasil é bastante significativo. Estima-se em cinquenta bilhões de dólares anuais os valores obtidos pelos criminosos apenas com a sonegação de tributos federais. Somam-se a isso cerca de três bilhões de dólares anuais de prejuízo ao INSS provocado pelas fraudes. Registra-se ainda a alta sonegação dos tributos estaduais, em especial do ICMS, base principal da arrecadação dos Estados (PEIXOTO, 2002).

Roubos a bancos: Esta é uma modalidade que ultimamente tem se constituído numa enorme “dor de cabeça” para as autoridades brasileiras, uma vez que o número de assaltos e roubos a banco é crescente. Há algumas organizações criminosas compostas por muitas pessoas que se dedicam ao roubo de bancos, usando armamento pesado e cometendo ações espetaculosas. Porém, o modelo mais comum é ainda a formação de quadrilha ou bando. Ladrões que se associam para o crime, sempre com o emprego da violência, com mais liderança do que hierarquia, porém sem características próprias.

Seqüestro: Algumas organizações criminosas parecem bem-estruturadas, com local preparado para cativo, informações precisas sobre a vítima, com o escopo de obter o maior lucro possível com o cárcere de determinado indivíduo. Deve-se ressaltar que, recentemente, uma nova modalidade tem sido preferida pelos infratores: os seqüestros-relâmpago, realizados para sacar dinheiro das vítimas nos caixas eletrônicos ou em bancos.

Grupos de extermínio: São os grupos compostos por “justiceiros” que agem nas periferias das grandes cidades, guardando alguma semelhança com os pistoleiros do Nordeste. Em geral, atuam de maneira individual, sem organização. Mas, foi diagnosticado um crescimento dessa atividade na última década, bem como da venda desse tipo de serviço a outros interessados, por exemplo, a chefes do narcotráfico.

5. Características do crime organizado

Uma das mais difíceis tarefas do ordenamento jurídico pátrio é a delimitação dos contornos do que vem a ser crime organizado. A técnica mais utilizada é a identificação das principais características do fenômeno e, a partir dessa constatação, tentar tipificá-lo. Para Franco (2000), o crime organizado possui natureza transnacional, aproveitando-se das fraquezas estruturais do sistema penal. Tem ainda as seguintes características: grande estrutura organizativa, conectando-se a outros grupos delinqüenciais; rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; poder de corrupção de difícil visibilidade, impedindo ou fragilizando os poderes do Estado.

Silva (2003) aponta a acumulação de poder econômico como um dos pontos característicos mais relevantes do fenômeno da criminalidade organizada.

Segundo ele, o alto poder de corrupção e a lavagem de dinheiro são conseqüências dessa acumulação de poder econômico. Há, nesse aspecto, alguma semelhança com as regras da *Cosa Nostra*, com suas características peculiares. Sobre essa especificidade, afirma Kawamoto (2000, p.414):

Pautam-se os membros da *Cosa Nostra* pelas máximas a seguir descritas: somos sempre fortes; a Máfia não esquece nunca; numa sociedade estabelecida no protecionismo, clientelismo e corrupção, a Máfia torna-se legítima e necessária; um homem da Máfia não rouba bancos, apossa-se dos conselhos administrativos; a Máfia não está abaixo, mas inserida no poder; a justiça é para os tolos, se tem amigos e dinheiro, a justiça estará do teu lado; os homens da Máfia são uma necessidade para os políticos, está incrustada no poder político; uma pedra no passado te impede o passo? Necessário eliminá-la.

Uma das particularidades mais acentuadas dessa forma de criminalidade é o alto poder de intimidação, prevalecendo a chamada lei do silêncio. Outro ponto a destacar é sua estrutura “empresarial”, com clara hierarquia e divisão de tarefas. Em muitos casos, o crime organizado supre as deficiências do Estado e cria um Estado Paralelo (LIPINSKI, 2003). A seguir, serão analisadas as principais características do crime organizado.

a) Participação de agentes estatais

É extremamente importante para o crime organizado infiltrar-se nos órgãos do Estado, corrompendo agentes estatais destacados para o combate à criminalidade, seja no campo penal, no campo tributário, previdenciário ou qualquer outro. Nesse sentido, convém transcrever a observação de Gomes et al. (2000, p.45):

O alto poder de corrupção do crime organizado, fazendo com que pessoas do Estado participem da atividade, causa inércia, ou melhor, paralisação estatal no combate ao crime.

Pior, a participação de agentes estatais cria uma falsa sensação de segurança, vez que continuam a “agir” em detrimento de outros casos, mas com relação àquele específico, daquela organização a qual pertence o agente, a ação estatal permanece completamente inerte, permitindo que aquela organização perpetue em seus lucros e se fortaleça ainda mais (GOMES et al, 2000, p. 45).

Sem dúvida, a organização criminosa que conta com o apoio de agentes estatais é mais difícil de ser desarticulada, seja porque é informada sobre a eventualidade de uma operação policial, seja porque as investigações não prosperam contra ela. Há, além disso, o desinteresse do Estado, representado por agentes que figuram nas folhas de pagamento da organização que se pretende eliminar (ANJOS, 2002).

Estima-se que o mercado do crime organizado movimentava mais de um quarto do dinheiro em circulação no mundo. Segundo González (2007), “as máfias italianas são consideradas verdadeiras potências financeiras do mundo: o volume anual de seus negócios alcança US\$50 bilhões e estima-se que seu patrimônio seja superior a US\$100 milhões”. Acrescenta o autor que “os 100.000 integrantes da Yakuza operam anualmente no mercado cerca de US\$180 milhões”.

Por outro lado, o alto poder de corrupção está configurado como fator imperioso no incentivo ao crime organizado, pois este é direcionado a diversas autoridades das três esferas estatais. Sua infiltração atinge, até mesmo, as instâncias formais de controle jurídico (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário), as altas esferas do Poder Executivo e os integrantes do Poder Legislativo. Assim, a participação de agentes estatais no crime organizado cria uma sensação de “segurança nos criminosos”, na medida em que contribui para a continuidade das ações delituosas e para o agravamento da impunidade (GOMES et al., 2000).

b) Criminalidade difusa

Por criminalidade difusa se entende a ausência de vítimas individuais, conhecidas, determinadas. Nesse caso, não há possibilidade de reparação dos danos provocados pelas organizações criminosas, uma vez que, no

momento em que se descobre a infração, os danos são desmesurados e irreparáveis, ficando o poder público responsável pelo rastreamento do valor apropriado. Esta é uma tarefa de difícil concretização, frente à morosidade, dificuldade e resultados mínimos (GONÇALEZ, 2007).

É importante ressaltar que as organizações criminosas possuem uma especificidade mutante, uma vez que fazem uso de empresas de “fachada”, terceiros (laranjas) e contas bancárias de particulares como meios impeditivos de visibilidade de sua atuação. Além disso, de tempos em tempos, transformam sua estrutura administrativa, mudando as empresas, retirando as pessoas para lugares variados e criando outras contas bancárias.

c) Pouca visibilidade dos danos

Não é necessário ressaltar que o prejuízo financeiro causado pelas organizações criminosas é altíssimo. A despeito de serem elevados, esses danos não são mensurados, permanecendo invisíveis por considerável período (ZIEGLER, 2003). Exemplos de dificuldade de visualizar os danos causados são os casos de organizações voltadas à sonegação fiscal ou a lesar a previdência social. Nessas operações, desvia-se muito dinheiro, sem que ninguém perceba. Quando se descobre, o prejuízo é enorme (GONÇALEZ, 2007).

d) Alto grau de operacionalidade

Uma das situações emblemáticas, referentes ao crime organizado, é o alto grau de operacionalidade dos grupos criminosos. Esses grupos são compostos por pessoas com qualificação de ponta em diversas áreas, com excelente remuneração. Apesar disso, normalmente, não possuem informações acerca do restante da organização, como forma de evitar que haja vazamento de informações (GAIOTTI, 2007). As organizações criminosas contam com os serviços de profissionais altamente qualificados, possuindo equipamentos de última geração (geralmente importados). Esses grupos possuem grande poder de mobilidade, podendo agir, simultaneamente, em vários locais, transferindo valores e informações com velocidade invejável. Com essas estratégias, fica muito difícil seu rastreamento (GONÇALEZ, 2007).

e) **Mutação constante**

Outro grande obstáculo reside na constatação de que as organizações criminosas possuem uma característica mutante, ou seja, trabalham utilizando-se de empresas de fachada, de terceiros (laranjas), de contas bancárias específicas etc. Por conseguinte, uma investigação bastante avançada e com um custo considerável para o Estado pode, de repente, tornar-se inócua, tendo em vista as variações do *modus operandi* da organização. Esse fato muito contribuiu para dificultar o levantamento da estrutura criminosa (GONÇALEZ, 2007).

6. Tipificação do crime organizado

Um dos maiores desafios do direito penal contemporâneo é tipificar um fenômeno tão complexo como o crime organizado. Três critérios distintos são usados para formular um conceito jurídico-penal de crime organizado. O primeiro parte de uma noção criminológica para definir juridicamente o fenômeno do crime organizado, levando em consideração os membros de determinada organização (FERNANDES, 2000). O segundo define crime organizado em face de seus elementos essenciais sem especificação de tipos penais (SILVA, 2003). O terceiro critério utiliza um rol de tipos penais previstos no ordenamento jurídico, considerando-os crimes organizados, desde que praticados por três ou mais indivíduos (SILVA, 2003).

Nos Estados Unidos, através do sistema RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*) - conjunto de leis estaduais e federais - somente se considera crime organizado, segundo registra Kawamoto (2000), caso seja somado a um desses nove crimes tipificados por leis estaduais (homicídio, seqüestro, jogo, incêndio, corrupção, extorsão, exploração de material obsceno e tráfico de narcóticos e outras drogas) ou com um dos trinta e cinco crimes federais (ex.: fraude postal, obstrução à justiça, crimes contra a moeda etc.), além de outras condutas impróprias. Para que se possa iniciar a persecução penal, é preciso que o agente:

- use de lucro obtido da atividade de *racketeering* num empreendimento comercial ou empresa que afete o comércio interestadual;
- adquira ou mantenha, através da atividade de *racketeering*, o controle da empresa que exerça comércio interestadual;
- dirija ou participe dos negócios da empresa, através da atividade de *racketeering*, afetando o comércio interestadual;
- participe, de qualquer modo, das atividades supra-aludidas

(KAWAMOTO, 2000).

Na Espanha, optou-se por não caracterizar crime organizado, limitando-se a lei a fazer referências às associações criminosas quando da proteção dos crimes de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas. Todavia, como lembra Silva (2003), o art. 282, nº 4, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ao tratar da delinquência organizada, dispõe:

(...) a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim cometer algum ou alguns dos delitos (extorsão mediante seqüestro, delitos relativos à prostituição, tráfico de espécies da flora ou fauna ameaçados e de material nuclear ou radiativo, alguns crimes contra a saúde pública, tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos, delitos de terrorismo e delitos contra o patrimônio histórico).

Segundo Kawamoto (2000) no direito italiano, o crime organizado tem como premissa o agrupamento de três ou mais pessoas para o cometimento de crimes, não havendo necessidade de hierarquia ou divisão de tarefas (art. 466 do Código Penal). Já a “associação do tipo mafioso”, além de prever idêntico número de agentes, também exige o uso da força, da condição do sujeito e da lei do silêncio.

No Brasil, a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, buscou definir esse tipo de delito. Porém, não houve êxito no seu intento, até mesmo com modificação

posterior (Lei nº 10.217/01). Ao que parece, o tipo penal, da forma como foi definido, fere o princípio da legalidade.

Num primeiro momento, tratou-se singelamente do problema, equiparando crime organizado com o delito tipificado no art. 288 do Código Penal: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

Após várias críticas, foi editada a Lei nº 10.217/01, modificando a redação do art. 1º da Lei nº 9.034/95. Contudo, mais uma vez, não foi definido o que vêm a ser organizações criminosas. Desse modo, partindo da premissa de um direito penal garantista, pode-se afirmar que não há tipo penal definindo o que vem a ser crime organizado no Brasil.

A única norma que se aplicava ao crime organizado no Brasil, até pouco tempo, era a Lei nº 9.034/95. Em abril de 2001, ingressou no nosso ordenamento jurídico um novo texto legislativo (Lei nº 10.217/01), que alterou os arts. 1º e 2º do diploma legal citado. Além disso, criou dois novos institutos investigativos: interceptação ambiental e infiltração policial. Mas, o legislador não imaginava que, com o novo texto legal, estaria eliminando a eficácia de inúmeros dispositivos legais contidos na Lei nº 9.034/95. Dentre eles, encontra-se o art. 7º, que proíbe a liberdade provisória “aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”.

A Lei nº 9.034/95, que dispõe “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, não definiu o que se deve compreender por “organizações criminosas”. Foi elaborada para cuidar desse assunto, mas juridicamente não se sabe do que se trata.

O art. 1º da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/01, passou a prescrever o seguinte: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. Como se pode observar, a Lei nº 9.034/95 só se referia ao “crime resultante de ações de quadrilha ou bando”. Já a Lei nº 10.217/01 prevê também as “ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. O texto anterior permitia, no mínimo, tríplice interpretação:

- a lei só vale para crime resultante de quadrilha ou bando;
- a lei vale para o delito de quadrilha ou bando, mais o crime daí resultante (concurso material);
- a lei só vale para crime resultante de organização criminosa (que não se confunde com o art. 288) (GOMES, 2000, p. 55).

O texto da Lei nº 10.217/01 distingue ilícitos decorrentes de quadrilha ou bando, organização criminosa e associação criminosa. Com isso, pode-se fazer a correta descrição das três modalidades:

- organização criminosa (está enunciada na lei, mas não tipificada no nosso ordenamento jurídico);
- associação criminosa (ex. Lei nº 2.889/56, art. 2º: associação para prática de genocídio);
- quadrilha ou bando (CP, art. 288).

Diante desse contexto complexo, é preciso implementar algumas medidas de cunho político-judiciais de combate ao crime organizado. Urge dar uma resposta institucional para esse tipo de criminalidade. As propostas de combate ao crime organizado são urgentes, devendo-se também atentar para a necessidade de especialização da força policial, além de purificá-la, expulsando os policiais corruptos.

Outro ponto a ser considerado é o fato de que a polícia tem como necessidade uma modernização em seus equipamentos, para propiciar o acesso à tecnologia de ponta. Sem essa inovação, qualquer ação contra o crime organizado restará inócua, frente ao grande poderio técnico de suas organizações. A qualificação dos membros do Ministério Público é outra providência que pode gerar resultados satisfatórios no combate ao crime organizado. Essa medida já vem sendo implementada em vários Estados, através da criação de núcleos especiais voltados para a repressão das organizações criminosas. Como titular da ação penal, o órgão ministerial precisa desenvolver uma ação efetiva e especializada na colheita de provas, para que se atinja o fim colimado no procedimento criminal.

Outra medida relevante é a formação das denominadas forças-tarefa, que consistem na união de vários órgãos, dentre os quais polícias, receitas

estaduais e federal, Ministério Público federal e estadual, órgãos de inteligência, dentre outros. Dessa forma, a força-tarefa exerceria uma atividade de interligação das informações e dados, facilitando a investigação, quando esta se desenvolvesse em outros locais, no país ou fora dele.

7. Considerações finais

Tentamos, em linhas gerais, abordar uma temática que provoca grandes controvérsias entre os juristas e os cidadãos comuns, ou seja, aqueles que não possuem cientificismo jurídico. Observamos que a definição de crime organizado ainda traz em seu bojo muitas imprecisões e um dissenso considerável entre doutrinadores. Um ponto a ser destacado é o fato de a realidade brasileira enfrentar graves obstáculos no controle da criminalidade, qualquer que seja sua esfera.

São providências urgentes a criação e aplicação de medidas políticas, judiciais e institucionais eficientes, com o intuito de combater a propagação do crime organizado. Além disso, existe a necessidade da criação de ferramentas capazes de combater a gênese do problema que está no aspecto social. É necessário atentar para a falência do sistema penitenciário nacional. O regime prisional brasileiro, atingido pela superlotação, ociosidade dos apenados, maus-tratos, corrupção, além de administração ineficiente, não permite a concretização de uma das principais funções da sanção penal: a reinserção social do agente infrator.

Não há como desconsiderar a necessidade de grandes investimentos para a prevenção de atos delituosos. É preciso atentar para o fato de que as organizações criminosas, muitas vezes, assumem o papel do Estado, proporcionando segurança, emprego e alimentação às comunidades carentes, agindo assim como um verdadeiro Estado paralelo. Além disso, fazem imperar a lei do silêncio, da coação e das repressões violentas, que são impostas e respeitadas pelos moradores das comunidades. Portanto, enquanto o Estado não cumprir sua finalidade precípua, no sentido de garantir os direitos à saúde, educação, moradia, transporte, saneamento básico, emprego etc., os indivíduos, integrantes da parcela carente da sociedade, continuarão optando por apoiar o submundo do crime.

Com este trabalho, esperamos ter contribuído para o esclarecimento dos aspectos gerais do crime organizado. É uma realidade concreta, no tocante à influência que exerce na desestruturação da sociedade e, ao mesmo tempo, difusa, quando se buscam mecanismos para reprimi-la. Tratamos de aspectos elementares do problema, com o escopo de possibilitar aos operadores do direito e aos órgãos repressores da criminalidade elementos fáticos, que transcendam a esfera do dever-ser e se apliquem à dura realidade da luta incessante contra as instituições que mantêm o crime organizado.

Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Crimes hediondos e sistema de penas*. Porto Alegre: Centro de Estudo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2001.

ANJOS, J. Haroldo dos. *As raízes do crime organizado*. Florianópolis: IBRADD, 2002.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. V.1. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio: discursos sediciosos, crime*. *Direito e sociedade*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2002. Ano 7. n° 12.

BASTOS NETO, Osvaldo. *Introdução à segurança pública como segurança social: uma hermenêutica do crime*. Salvador: [s.n.], 2006.

BONTEMPO, Márcio. *Estudos atuais sobre os efeitos da cannabis sativa: maconha*. 3. ed. Rio de Janeiro: Global. 1981.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS FILHO, Edemundo. O. *O vácuo do poder e o crime organizado: Brasil, início do século XXI*. São Paulo: AB Editora, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. O crime organizado e a legislação brasileira. *In: PENTEADO, Jaques de Camargo. Justiça Penal 7, Críticas e Sugestões: Proteção à vítima e à testemunha*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

FRANCO, Paulo Alves. *Tóxico, tráfico e porte*. São Paulo: Editora de Direito. 1999.

GAIOTTI, Thais Tech; SHINZATO, Simone. *Crime organizado*. Disponível em: (http://www.direitonet.com.br/artigos/x/17/14/1714/#perfil_autor). Acesso em: 28 fev. 2007.

GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

GONÇALEZ, Alline Gonçalves et al. *Crime organizado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 392, 3 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5529>>. Acesso em: 28 abr. 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1979.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. 1997. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 5, 1995.

JESUS, Damásio E. de. *Lei antitóxicos anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAWAMOTO, Silvia Reiko. *Breves apontamentos sobre o crime organizado e a proteção à testemunha na Itália e nos Estados Unidos*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça penal 7. Críticas e sugestões: proteção à vítima e à testemunha*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Regina Campos. *A sociedade prisional e suas facções criminosas*. Londrina: Edições Humanidades. Disponível em: <<http://www.unifil.br/materiais/direito/materiais/erika/ASociedadePrisional.doc>>. Acesso em: 13 out. 2004.

LIPINSKI, Antônio Carlos. *Crime organizado & processo penal*. Curitiba: Juruá, 2003.

LUPO, Salvatore. *História da máfia: das origens aos nossos dias*. Tradução e anotações de Álvaro Lorencini, São Paulo: Unesp, 2002.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral. Arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Questões atuais de direito tributário*. São Paulo: J Editora, 2002.

PIETÁ, Elói. *Crime organizado*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/crime_org.html>. Acesso em: 28 fev. 2007.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo. *Código penal*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

POSTERLI, Renato. *Tóxicos e comportamento delituoso*. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

RIZEK, André; OYAMA, Thaís. A autolimpeza da PF. *Revista Veja*, Rio de Janeiro, n. 1.876, 2004.

ROBINSON, Jeffrey. *A globalização do crime*. Tradução e anotações de Ricardo Inojosa, São Paulo. Ediouro, 2001.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. *Direito processual penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica*. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, Eduardo Araújo da. *O procedimento probatório em face do crime organizado*. São Paulo: [s.n], 2002.

_____. *Crime organizado*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA JÚNIOR, José. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

SZNICK, Valdir. *Lei antitóxico*. São Paulo: Pillares, 2004.

_____. *Entorpecentes*. São Paulo: Sugestões Literárias. 1981.

VELOSO, Adriana. *A diplomata marginal explica o “crime organizado” no Brasil*. Disponível em: <<http://www.narconews.com/Issue29/artigo727.html>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

ZIEGLER, Jean. *Senhores do crime: as novas máfias contra a democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

José Augusto Peres Filho

Procurador-Geral de Justiça no Estado
do Rio Grande do Norte

Professor da Escola Superior do Ministério Público do
Rio Grande do Norte

1. Introdução: crimes contra as relações de consumo e direito penal econômico

As relações humanas estão, ou precisam estar, refletidas nas normas. Estas proporcionarão as diretrizes para a harmonia da vida social quando devidamente cumpridas. A evolução social e cultural de determinado Estado demanda, de tempos em tempos, adaptações normativas, quer de leis propriamente ditas, quer de decisões judiciais com força de lei, quer de regras outras, a depender da matriz constitucional ou legal adotada pelo respectivo ente.

Em algumas situações, determinadas condutas tipificadas como criminosas, em certo momento histórico e por anos seguidos, perdem a importância pela evolução dos costumes. Isso faz com que aquela sociedade entenda como desnecessária uma punição de natureza penal para a referida conduta, embora possa haver desaprovação de natureza moral ou religiosa (por força de dogmas mais arraigados no seio de determinados grupos).

Em um passado recente, no nosso país, houve uma reforma quanto aos crimes de sedução, rapto e adultério. Eram figuras típicas do Código Penal de 1940 (arts. 217, 219 e 240, respectivamente) e perderam importância social ao longo dos anos, a ponto de serem descriminalizadas através da Lei nº 11.106, de 2005. Há, no entanto, outro aspecto: fatos que sequer existiam, ou que não tinham relevância social, passam a ser vistos como extremamente prejudiciais à sociedade, merecendo que se estabeleçam sanções de natureza penal para aqueles que os pratiquem.

São exemplos os chamados crimes cibernéticos, cuja importância foi evidenciada com a evolução da informática, a disseminação dos computadores pessoais e a universalização da internet. Em cenário semelhante, surgiram os crimes contra as relações de consumo. Estes, juntamente com os crimes contra a ordem econômica, contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro,

fazem parte do chamado direito penal econômico.

Tais delitos compõem (mas não limitam) o rol de crimes de colarinho branco, expressão cunhada por Edwin Sutherland e apresentada em seu discurso de posse na presidência da *American Sociological Association*¹, em 1939. Quis, com essa expressão, referir-se aos “crimes praticados por pessoa de respeitabilidade e *status* elevado, em razão de sua ocupação; a um criminoso com elevado status socioeconômico que descumpra a lei que regula suas atividades profissionais”². Desde então, o conceito tem recebido críticas e sofrido evoluções, embora, na essência, continue a representar aquilo imaginado por Sutherland: crimes de natureza profissional, praticados por pessoas influentes.

2. Motivos para sanções aos crimes praticados nas relações de consumo

Os crimes contra as relações de consumo são aqueles que atentam contra as relações estabelecidas ou a se estabelecerem entre consumidores e fornecedores de produtos ou serviços. No momento em que é detectada uma possível violação ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), devem surgir três indagações: a) Há sanção de natureza administrativa a ser aplicada ao fornecedor? b) Há a possibilidade de se buscar indenização de natureza civil – reparação de dano patrimonial, moral, físico ou psíquico, individual ou coletivo? c) O fato constitui crime contra as relações de consumo?

A resposta à terceira questão só será afirmativa se também o forem as respostas ao primeiro ou ao segundo questionamentos. Isso implica afirmar que nem toda infração ao Código de Defesa do Consumidor representa um crime contra as relações de consumo. Significa também que nem todo crime contra as relações de consumo traz consigo uma lesão de natureza penal, administrativa ou cível (patrimonial ou extrapatrimonial).

O legislador de 1990 entendeu por bem criminalizar certas condutas, para as quais inexisteriam figuras típicas apropriadas, dada a especificidade da

¹ SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar criminality*. *American Sociological Review*, vol. 5, nº 1. Philadelphia, 1940. Disponível em: <http://www.asanet.org/galleries/default-file/PresidentialAddress1939.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2007.

² FEINSTEIN, Whoopee Sue Feinstein. *White collar crimes*. Disponível em http://www.212.net/crime/white_collar.htm. Acesso em: 16 ago. 2007.

matéria. E o fez por acreditar que era necessário punir, de maneira mais severa, comportamentos mais graves, para os quais as punições administrativas e civis não seriam suficientes. Buscou com isso dar maior efetividade às normas de natureza civil do Código de Defesa do Consumidor, ao mesmo tempo em que tentou prevenir novas infrações e preservar a incolumidade do consumidor, de seu patrimônio e a lisura das relações de consumo³. Ocorre, no entanto, que existe um certo descompasso entre os ditames da lei e os hábitos social e culturalmente enraizados, o que implica uma imperfeita aplicação da lei penal em defesa dos consumidores.

3. Dificuldade de punição dos crimes contra as relações de consumo

Não são apenas culturais e sociais as dificuldades para a imposição de penas aos crimes contra as relações de consumo. Existe, também, uma desarmonia da legislação recente, com relação aos costumes da sociedade – não há o hábito de se punir quem ofende o consumidor. Na primeira metade do século XX, Edwin Sutherland apontou os motivos para a dificuldade na persecução de tais delitos. Um deles é que o autor desses crimes possui um estereótipo totalmente distinto daquele do criminoso dito comum. Para a maioria da população, a figura do criminoso é a de alguém violento, de pouca cultura e mal vestido, constituindo verdadeiro estorvo para a sociedade.

O sujeito pobre, com cara de poucos amigos, lombrosiano, dá lugar a um tipo bem vestido, bem relacionado na sociedade, amigo de homens e mulheres de prestígio. Esses indivíduos chegam a ser verdadeiros benfeitores da comunidade e muitas vezes são geradores de empregos. Eles encarnam com plenitude, ao menos na aparência, o que se pode chamar de “homem de bem”. O criminoso de colarinho branco é educado, tem estudo, por vezes possui formação universitária, é bem falante, anda impecavelmente trajado. É alguém de influência na sociedade, amigo de magistrados, membros do Ministério Público, delegados de polícia, do clero, de políticos conhecidos e dá empregos. É pessoa de destaque na sociedade, um verdadeiro prócer.

Os crimes contra as relações de consumo são praticados, em sua

³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 8 ed., 2005, p. 298.

maioria, por empresários, executivos, diretores de empresas, gerentes e publicitários. Essas pessoas têm trânsito em clubes de serviço, associações comerciais e industriais, partidos políticos e organizações governamentais e não-governamentais. Tudo isso contribui para dificultar a perfeita aplicação da lei penal. Outro fator que contribui para a impunidade nos casos especificados é a complexidade de alguns delitos.

A configuração de uma publicidade enganosa, por exemplo, pode demandar perícias técnicas demoradas, que precisam entrar na contabilidade de grandes empresas. Pode-se também exemplificar com as publicidades que anunciam os mais variados produtos financiados em vários meses (até mais de doze), sem a cobrança de juros. Como saber se realmente não existem juros embutidos naquela oferta? Comparar simplesmente preço de compra com preço de venda, excluídos os encargos, é por demais simplório, uma vez que se deve considerar o lucro que o empresário pretende obter com cada venda. Assim, torna-se difícil diferenciar um aumento ou diminuição no lucro da inserção de uma taxa de juros qualquer.

A mesma dificuldade ocorre ainda quando alguém entrega um produto para ser reparado em uma oficina autorizada e, sem que o consumidor saiba, são empregadas, no reparo, peças usadas, diminuindo a confiabilidade do serviço. Ora, o consumidor não vai mandar abrir o motor, o computador ou o televisor recém-reparados para conferir se as peças trocadas são realmente novas. Até porque, em sua maioria, os consumidores não têm o conhecimento técnico necessário para fazer essas distinções.

Entramos assim em um outro fator, que é a escassa visibilidade de algumas condutas como sendo criminosas. Há uma tendência de se apresentar para a sociedade determinadas práticas como normais e aceitáveis. É o caso, por exemplo, da falta de preços nos produtos expostos à venda, em gôndolas ou vitrines. Existe sempre a alegação de que se trata de uma simples “falha” da loja, muito embora a falta de informação configure crime (tanto na modalidade dolosa quanto culposa, conforme dispõe o art. 66 do Código de Defesa do Consumidor).

O mesmo ocorre com preços divergentes. Na gôndola, apresenta-se um preço e no caixa (ou no sistema de computação da empresa) consta outro, na quase totalidade das vezes, maior do que aquele constante no local que chamou a atenção do consumidor. Isso é crime (também previsto no art. 66 do CDC), mas apresenta-se como “falha no sistema”, atribuída ao grande número de itens

ofertados pela empresa, ou coisa parecida. Nesses casos, os empresários não querem reconhecer a lesividade de suas condutas e a sociedade, por desconhecimento ou subserviência, trata fatos como esses dentro dos padrões de normalidade. Como se fosse realmente normal alguém aceitar ser furtado todas as vezes que visita um supermercado.

Outra dificuldade na busca de punição dos crimes contra as relações de consumo (e dos demais crimes de colarinho branco) está no fato de que muitos deles são crimes de mera conduta, ou seja, não exigem um resultado danoso resultante de sua prática. Assim, a publicidade enganosa, para configurar crime, não precisa ter servido para causar danos econômicos a ninguém. Nem a publicidade abusiva contra idosos, por exemplo, precisa ter recebido protestos ou reclamações de idosos individualmente ou representados por grupos.

Por fim, existe a pouca preparação dos profissionais que lidam com os crimes, no tocante a essa criminalidade especializada. Magistrados, membros do Ministério Público, delegados e agentes de polícia não recebem capacitação e treinamento adequados para a compreensão e combate a esses crimes. Em razão disso, uma das estratégias a serem colocadas em prática para um combate mais efetivo aos crimes contra as relações de consumo está em capacitar melhor as pessoas que devem lidar com tais crimes. Além disso, é preciso promover a educação para o consumo, de modo que os cidadãos tenham conhecimento dos crimes dos quais podem ser vítimas e saibam como, onde e quando reclamar.

Por outro lado, faz-se necessário criar uma consciência no outro pólo da relação de consumo - os fornecedores - para que eles conheçam os limites que a lei impõe às atuações deles e as conseqüências que o desvio no cumprimento da lei pode acarretar-lhes na esfera penal. Porém, sabe-se que nem sempre o esclarecimento será capaz de fazer cessar as ilegalidades, tendo em vista a lição de Aristóteles: “Os crimes mais graves são causados pelo excesso, e não pela necessidade (...). Há crimes cujo motivo é a carência (...). Mas a carência não é o único incentivo ao crime; os homens desejam porque querem satisfazer alguma paixão que os devora (...)”. Nos crimes contra as relações de consumo, essa paixão pode ser representada pelo lucro, pela riqueza e pelo poder.

4. Crimes de perigo ou de dano?

Uma discussão que se trava nos dias atuais é sobre a natureza jurídica

dos crimes contra as relações de consumo, já que muitos deles são enquadrados como crimes de perigo por boa parte da doutrina. Damásio de Jesus⁴ entende que os crimes contra as relações de consumo são de dano (ou de lesão), uma vez que o interesse jurídico tutelado (a harmonia e a legalidade nas relações de consumo) é sempre violado com a prática de tais crimes. No entendimento do professor paulista, o que deve ser levado em conta é a lesão ou dano “ao interesse jurídico, e não ao objeto material”. O dano a este último pode ou não ocorrer, sobretudo quando houver um objeto material imediato (relação de consumo) e outro mediato (o consumidor ou o bem por ele adquirido).

Observemos o seguinte exemplo com crimes com os quais estamos mais acostumados: o crime de furto e o crime de dano. Ambos atingem interesses (o direito de propriedade), mas só o crime de dano atinge o objeto material (o bem). Conforme ensina Damásio de Jesus, “no direito penal econômico, o que é dirigido ao patrimônio individual, é perigo abstrato e pode atingir, efetivamente, o funcionamento do sistema social”, configurando, assim, o dano.

Exemplo disso é o pote de iogurte vencido. Se o prazo de validade do iogurte venceu após a compra, quando ele já estava, havia alguns dias, na geladeira do consumidor, não há que se falar em crime e o produto será ingerido pelo proprietário por sua conta e risco. No entanto, se o iogurte, com o prazo de validade vencido, for exposto à venda, constitui crime contra as relações de consumo, previsto no inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90.

5. Crimes de menor potencial ofensivo e de ação pública

Nos crimes contra as relações de consumo previstos no Código de Defesa do Consumidor, nenhuma das penas em abstrato ultrapassa os dois anos de detenção. Significa dizer que, em princípio, aplica-se aos autores desses delitos o disposto na Lei nº 9.099/95, ou seja, são processados e julgados perante os juizados especiais criminais. Já nos crimes da mesma espécie previstos no art. 7º da Lei nº 8.137/90, a matéria é de competência da justiça penal comum, tendo em vista que a pena prevista vai de dois a cinco anos de detenção

⁴ JESUS, Damásio Evangelista. *Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo: novíssimas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1998

ou multa. Tais valores podem ser reduzidos em alguns casos de crimes culposos, quando a redução permite, em tese, a suspensão condicional do processo.

Todos os crimes contra as relações de consumo, quer os previstos no CDC, quer os catalogados na Lei nº 8.137/90, são de ação penal pública incondicionada. Assim, não se faz necessário que uma vítima específica se manifeste pleiteando a intervenção do Ministério Público. Vale ressaltar que os crimes previstos no CDC não excluem outros que possam dizer respeito às relações de consumo, tendo em vista o disposto no art. 61 do referido Código e o que dispõe o art. 12 do Código Penal brasileiro.

6. Omissão de dizeres sobre nocividade de produtos ou serviços

Em seu art. 63, o CDC prevê como criminosa a conduta que consiste em “omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”. A pena prevista é de detenção de seis meses a dois anos e multa. O § 1º do mesmo artigo estabelece idêntica pena para aquele que deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado. No § 2º, é prevista a modalidade culposa.

O crime previsto no art. 63 é omissivo puro, ou seja, configura-se em razão de não agir o autor de conformidade com o que está disposto em lei. Configura-se com a simples omissão, não se fazendo necessário nenhum resultado finalístico em razão do não-fazer do agente⁵. Trata-se, portanto, de uma norma penal em branco, necessitando de complementação para sua efetiva aplicação e compreensão⁶.

O CDC tem uma grande preocupação com a proteção à vida, à saúde e à segurança do consumidor. O respeito a essa proteção é tratado como objetivo da política nacional das relações de consumo (art. 4º, *caput*) e como direito básico do consumidor (art. 6º, I), além de repercutir em diversos outros dispositivos da lei. Um dos dispositivos é o art. 9º, que assim dispõe: “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 124.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral, artigos 1º a 120 do Código Penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 22.

ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

Assim, nada mais faz o art. 63 do que caracterizar como criminosa a conduta daquele que desrespeita o que preceitua o art. 9º. É relevante, porém, o detalhe de que deverá existir norma para complementar aquele dispositivo, tendo em vista que só será considerada como crime a omissão na colocação de informação ou advertência expressamente determinada pela autoridade competente. A preocupação do legislador diz respeito também à informação para o consumo. É imperativo que o consumidor saiba o que está comprando, bem como os riscos que aquele produto ou serviço podem acarretar para a saúde dele e dos seus. Não se trata aqui apenas daqueles produtos que têm uma lesividade própria e conhecida, como os fogos de artifício, venenos, agrotóxicos etc.

Há uma preocupação ainda com produtos que, para uns, são inócuos, enquanto, para outros, são verdadeiros venenos. Daí a necessidade de colocar-se a composição do produto nas embalagens, fazendo-se referência ao fato de conter açúcar (para cuidado dos diabéticos), glúten (para os portadores da doença celíaca, que provoca uma intolerância permanente àquela substância), fenilalanina (uma advertência aos fenilcetonúricos – portadores da fenilcetonúria, que é enfermidade caracterizada pela impossibilidade de metabolizar e eliminar o aminoácido fenilalanina, o que pode causar deficiência mental).

Exemplos clássicos são as advertências do Ministério da Saúde nas embalagens de cigarro, sobre os males do fumo. Vale lembrar que a omissão culposa também é punida.

7. Omissão de comunicação sobre nocividade ou periculosidade de produtos conhecida posteriormente à sua colocação no mercado

Muitas vezes, produtos são colocados no mercado de consumo e, posteriormente, tem-se notícia de problemas oriundos do seu consumo. Podem ser meros defeitos que eliminam, total ou parcialmente, a utilidade dos produtos, diminuindo-lhes o valor. Outras vezes, podem ter maior gravidade, gerando nocividade ou perigo aos consumidores.

Nessas situações, de conhecimento posterior sobre a nocividade ou periculosidade dos produtos, o CDC impõe ao fornecedor a obrigação de

comunicar imediatamente o fato às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários (art. 10, § 1º). É o *recall* ou chamamento, prática que pode ser voluntária ou determinada pela autoridade competente. Consiste em chamar-se de volta os consumidores até os pontos de venda ou assistência técnica para a solução do defeito ou devolução dos valores pagos pelos produtos⁷.

Nos termos do art. 64 do CDC, configura crime omitir informação, tanto às autoridades competentes quanto aos consumidores, sobre a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado. A pena prevista é detenção de seis meses a dois anos e multa. Mais uma vez, pretendeu o legislador proteger a incolumidade do consumidor, prestigiando o princípio de proteção à vida, à saúde e à segurança, bem como o princípio da informação.

No parágrafo único do citado artigo, há a previsão de pena idêntica para quem deixar de retirar do mercado, imediatamente, quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, assim tidos por fatos ocorridos posteriormente à sua colocação no mercado. Considerando-se que a advertência deve ser feita tanto às autoridades quanto aos consumidores, a omissão da informação a quaisquer destes configurará o delito (veja-se o art. 3º da Portaria nº 789/2001 do Ministério da Justiça).

8. Execução de serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente

Se o fornecedor entender por bem executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente, incorrerá nas penas previstas no art. 65 do CDC. Tais penas consistem em detenção de seis meses a dois anos e multa, aplicáveis sem prejuízo das penas correspondentes à lesão corporal e à morte (parágrafo único do mesmo artigo). Assim, o crime estará configurado não apenas com a execução do serviço de alto grau de periculosidade, mas também em executar o referido serviço contrariando determinação de autoridade competente.

⁷ Neste particular, o Ministério da Justiça, através do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC editou a Portaria nº 789, de 24 de agosto de 2001, que pode ser encontrada no endereço http://www.mj.gov.br/dpdc/servicos/legislacao/pdf/Portaria_n789.pdf.

Sem dúvida, estamos diante de norma penal em branco, mais uma vez. Porém, neste caso, poderá haver ainda decisão judicial determinando a não execução. Executando o serviço em descumprimento do que foi judicialmente determinado, incorrerá o agente neste crime. Não se trata, portanto, de simples crime de desobediência, estabelecido no art. 330 do Código Penal, que prevê pena de detenção de quinze dias a seis meses e multa. Trata-se, na verdade de uma desobediência qualificada pelo risco trazido à sociedade.

9. Afirmação falsa ou enganosa e omissão de informação

Incorre nas penas previstas no art. 66 do CDC aquele fornecedor que faz afirmação falsa ou enganosa, ou omite informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços, sujeitando-se a uma pena de detenção de três meses a um ano e multa. Pode também ser responsabilizado aquele que patrocina a oferta.

O § 2º do mesmo artigo prevê a modalidade culposa, apenando-a com detenção de um a seis meses ou multa. Desse modo, se o fornecedor omite informação relevante ou faz afirmações mentirosas ou que tenham capacidade de enganar o consumidor, alegando que o produto ou o serviço possuem natureza, característica, qualidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia diversos dos que verdadeiramente possuem o produto ou o serviço, incorrerá nas penas previstas na lei.

Observe-se que não caberão alegações de desconhecimento de que a informação era falsa ou incompleta, tendo em vista que há previsão para a modalidade culposa. Assim, se o fornecedor dá uma informação de forma negligente, sem checar a sua veracidade, ou deixa, ainda que por ignorância, de informar sobre aspecto relevante do produto ou do serviço para o consumidor, incorrerá nessa modalidade mais branda, mas praticará o crime.

Fato corriqueiro no dia-a-dia das grandes cidades é a discrepância no preço dos produtos nos supermercados. Na gôndola se expõe um valor e no caixa outro (quase sempre maior)⁸. Nesse caso, configura-se o crime catalogado

⁸ Sobre preços de produtos e serviços, confira a Lei nº 10.962/2004 e o Decreto nº 5.903/2006.

no art. 66 do CDC, mesmo que culposos. Se, no entanto, a indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza ou a qualidade do produto ou do serviço for capaz de induzir o consumidor a erro, o crime configurado é o do inciso VII do art. 7º da Lei nº 8.137/90, uma vez que há lesão não apenas à incolumidade das relações de consumo, mas lesão efetiva ao patrimônio do consumidor.

10. Crimes relacionados com a publicidade

A veiculação de uma publicidade supostamente enganosa ou abusiva dá margem a uma tripla reflexão por parte dos órgãos do sistema de defesa do consumidor. O primeiro aspecto a ser analisado é se existe fundamento para que a publicidade seja considerada enganosa ou abusiva, com base nos §§ 1º e 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor. Sendo a resposta positiva, surge para a empresa que fez ou que promoveu a publicidade a possibilidade de sofrer uma autuação no âmbito administrativo, estando sujeita a uma ou mais das sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor⁹.

Em segundo lugar, é preciso analisar se ocorreram danos aos consumidores. Nesse ponto, far-se-á a análise se houve dano moral coletivo (em sentido amplo) aos consumidores e se existiu lesão a consumidores individualmente considerados, gerando a necessidade de defesa dos interesses individuais homogêneos. Em caso positivo, está-se diante da possibilidade de propositura de uma ação civil pública ou da celebração de um termo de ajustamento de conduta para fazer cessar a publicidade, se couber, e para a reparação dos danos causados, podendo ser de natureza difusa ou individual, conforme a situação.

⁹ “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo”.

Quanto ao terceiro aspecto a ser considerado, caberá indagar-se se houve ou não crime contra as relações de consumo. Em caso afirmativo, respondem criminalmente o anunciante (pessoa física ou o representante da pessoa jurídica), o publicitário (aquele ou aqueles que tiveram papel decisivo ou decisório quanto ao conteúdo enganoso ou abusivo da peça) e, ainda, em algumas situações, o responsável pelo veículo de comunicação que divulgou a mensagem, conforme distribuição de funções dentro da empresa.

Se, por um lado, a publicidade é instrumento válido e legítimo para alavancar as vendas e o lucro, por outro, os limites a ela impostos são necessários para que os consumidores, destinatários das mensagens publicitárias, não sejam enganados por falsas promessas ou características, nem expostos a abusos de toda ordem, ou a estímulos nocivos à sua saúde e segurança. Faz-se necessário, pois, que se analisem as condutas enganosas e abusivas na publicidade, a configuração dos crimes a elas relacionados e como atuam os publicitários para que suas peças e campanhas publicitárias não incorram em violações à lei.

Não se trata de impor um regime de censura ao publicitário, como alguns querem fazer crer à sociedade, mas sim de buscar garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais e legais que amparam o consumidor. Deve-se assegurar, inclusive, o atendimento da defesa do consumidor, como um dos princípios constitucionais da ordem econômica, inserido no inciso V do art. 170 da Constituição Federal.

A divulgação de mensagens publicitárias enganosas ou abusivas pode resultar apenas em infrações administrativas (quando o anunciante, por exemplo, ignora, totalmente, algum aspecto enganoso da mensagem). Todavia, em situações não pouco frequentes, tais violações correspondem, também, a condutas definidas como crime, quer pelo Código de Defesa do Consumidor, quer pela legislação extravagante (especificamente o art. 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990).

Muitos consumidores, uma vez atendidas as suas reivindicações que originaram o conflito na relação de consumo, provocado por uma publicidade enganosa ou abusiva, não se preocupam em viabilizar a sanção administrativa ou penal para o anunciante/fornecedor infrator. A mesma omissão ocorre, e nesse caso se mostra mais grave, com relação aos profissionais do direito. Por vezes, delegados de polícia, advogados, membros do Ministério Público e magistrados não dão a importância que a matéria demanda. Essa, aliás, é

característica própria do Direito Penal Econômico, de um modo geral, como já foi apontado.

11. Inadequação de informação publicitária

Diz o art. 67 do Código de Defesa do Consumidor que consiste em crime fazer ou promover o agente publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva, conduta para a qual prevê pena de detenção de três meses a um ano e multa. Pode ser agente desse tipo penal o publicitário, o anunciante ou, em algumas situações, o responsável pelo veículo de comunicação (jornal, rádio, revista, televisão etc.).

No núcleo do tipo “fazer”, destaca-se mais freqüentemente o publicitário, pois cabe a ele gerar, elaborar e dar forma à publicidade, sendo ele, portanto, o autor do fato delituoso. No entanto, o autor do tipo pode ser o anunciante (que encomendou a publicidade, que arcou com os seus custos de elaboração e veiculação). Isso ocorre, sempre que a ilicitude da publicidade já vier no *briefing*¹⁰ que ele encaminha à agência de publicidade, ou que se manifeste de maneira inequívoca na peça ou campanha publicitária que ele tenha aprovado.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho¹¹ que “os profissionais de criação envolvidos na concepção da publicidade, por evidente, concorrem diretamente para a definição do seu conteúdo, formato e das idéias, valores e contravalores expressados. Assim, encontram-se sujeitos às mesmas penalidades reservadas ao empresário anunciante, se tipificada a enganosidade ou abusividade. Cada um dos membros da equipe de criação, bem como da gerência e diretoria da agência, envolvido especificamente com o trabalho de concepção do anúncio ilícito, responderá na medida da respectiva culpabilidade”.

Em se tratando do veículo de comunicação, pode-se responsabilizar o profissional que, de maneira excepcional, elabora alguma peça publicitária ou quando os custos de promoção correm por conta do veículo de comunicação. Não há que se falar, portanto, em crime quando o papel do veículo de comunicação

¹⁰ *Briefing* são as “informações preliminares contendo todas as instruções que o cliente fornece à agência para orientar os seus trabalhos”. In SANT’ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica, prática*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 106.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 292.

é de simples transmissão da mensagem. Segundo ensinamento de Antonio Fonseca¹², não cabe responsabilização criminal do veículo de comunicação quando ele “apenas divulga, ou seja, publica, veicula, transmite uma publicidade já pronta, feita e promovida por terceiros”. Assim agindo, atuaria como órgão censor, papel que não tem, não pode ter e certamente não quer ter. Esse posicionamento é compartilhado por Fábio Ulhoa Coelho¹³, quando afirma: “Não se pode conceder ao veículo de comunicação poderes de julgar os anúncios que lhe são apresentados, ou, mais grave ainda, impor-lhes o dever de censura”.

Para a configuração do crime, faz-se necessário que o agente saiba, ou deva saber, que a publicidade é enganosa ou abusiva. No primeiro caso, o autor do delito, para que assim seja considerado, deve ter conhecimento de que a afirmação feita na publicidade se apresenta para a comunidade de consumidores como algo enganoso ou abusivo. No segundo caso, o agente “deveria saber” que a mensagem é enganosa ou abusiva.

Embora parte da doutrina, encabeçada por Herman Benjamin¹⁴, afirme que a expressão “deveria saber” significa culpa, preferimos ficar com os que dizem que tal expressão denota dolo eventual. Significa que o agente aceitou e assumiu os riscos de produzir qualquer efeito danoso, pelo fato de não certificar-se acerca da possível enganiosidade ou abusividade. Esse posicionamento é adotado por Parisina Zeigler e Marco Antonio Zanellato¹⁵, que o justificam levando em consideração alguns aspectos a seguir apresentados de maneira resumida: a) A modalidade culposa deve estar descrita de maneira específica; b) A culpa exige definição expressa, além de interpretação literal e restrita. Por essa razão, o Código Penal descreve o crime culposamente empregando as expressões “se o homicídio é culposo”, “no caso de culpa”, ou incluindo o termo “culpa” no *nomen juris* do crime; c) Não poderia o legislador impor a mesma pena abstrata para o crime doloso e para o culposo, “ignorando a maior gravidade da conduta dolosa”.

¹² FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito Penal do Consumidor. Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 214.

¹³ *Op. cit.*, p. 293.

¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74. Aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 834.

¹⁵ ZEIGLER, Parisina Lopes; ZANELATO, Marco Antonio. *O Ministério Público e a exegese da expressão “deveria saber” no art. 67 do CDC*. In Revista de Direito do Consumidor, n. 14 – abril/junho – 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 67 a 71.

Por fim, para se saber se a publicidade é enganosa ou abusiva, tem o intérprete que recorrer aos conceitos estabelecidos no art. 37, §§ 1º, 2º e 3º, que assim dispõem:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
§ 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.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

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

Estando tais conceitos devidamente analisados pela doutrina, é preciso apenas lembrar que o fato de uma publicidade ser considerada enganosa ou abusiva não implica, necessariamente, a existência do crime previsto no art. 67 do CDC. Para tanto, é preciso ficar comprovado que o agente sabia ou deveria saber da enganabilidade ou abusividade.

12. Indução a comportamento de risco através da informação publicitária

Como já foi dito, uma das maiores preocupações do Código de Defesa do Consumidor diz respeito à saúde e segurança do consumidor. A esse respeito, dispõe o CDC, no art. 68, que configura crime fazer ou promover publicidade

que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. A pena prevista para tal delito é a de detenção de seis meses a dois anos e multa.

Observe-se que ainda estamos no campo da publicidade inadequada, só que a hipótese do art. 68 cuida de aspecto mais grave. A esta altura, não se fala apenas na publicidade capaz de enganar o consumidor ou da que é considerada abusiva simplesmente. Para a configuração do crime previsto no art. 68, é preciso que a abusividade possua capacidade de induzir o consumidor a ter um comportamento potencialmente lesivo à sua segurança ou saúde. Na verdade, estaríamos diante de uma das modalidades de abusividade, sendo esta uma abusividade qualificada pelo resultado lesivo que pode causar ao consumidor.

Assim, o art. 67 do CDC prevê a punição do agente que faz ou promove a publicidade que sabe ou deveria saber ser abusiva, exceto se a abusividade residir no potencial de gerar no consumidor comportamento prejudicial à sua saúde e segurança. Nesse caso, aplica-se o art. 68 do referido Código.

Para o crime previsto no art. 67, a pena de detenção varia de três meses a um ano e multa. Já no caso do art. 68, ela vai variar de seis meses a dois anos e multa. Nessa hipótese, tanto a pena mínima quanto a máxima correspondem ao dobro das previstas para aquele, em razão, justamente, da maior gravidade da conduta, dado o seu potencial lesivo para a sociedade e para os indivíduos a ela expostos. Falamos em potencial lesivo, porque não se faz necessário que ocorra nenhum dano efetivo a consumidores, ou que se tenha, em concreto, algum consumidor agindo de forma prejudicial à sua saúde ou segurança. Basta que a publicidade tenha a capacidade de induzir ações naquele sentido.

Leciona Antonio Fonseca¹⁶ que, “para a aferição da exata extensão do que seja perigoso ou nocivo, é de se utilizar o critério da normalidade na fruição do produto ou serviço, ou seja, estando presente um produto ou serviço perigoso ou nocivo, verifica-se seu uso comum, para só depois verificar-se a má utilização”. Significa que o produto anunciado pode conter riscos inerentes à sua própria natureza (inseticidas, pesticidas, produtos de limpeza). Porém, tais riscos não devem ser potencializados na publicidade, nem se deve veicular mensagem na qual possa o consumidor ser induzido a um comportamento que seja prejudicial

¹⁶ *Op. cit.*, p. 218.

à sua saúde e segurança. Por exemplo, na publicidade de automóveis, não devem ser colocadas cenas de direção perigosa, com imprudências ou manobras arriscadas praticadas ao volante. Tais imagens poderiam gerar, sobretudo em jovens motoristas, comportamentos nocivos.

Esse mesmo raciocínio cabe no caso dos tão polêmicos anúncios de cigarros e de bebidas alcoólicas. O potencial de risco para a saúde humana (no caso de ambos produtos) e para a segurança (sobretudo em se tratando de bebidas alcoólicas) é patente. Nesse sentido, a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, estabelece restrições aos anúncios de tais produtos e impõe limites visando, justamente, a uma maior proteção ao consumidor, tentando reduzir com isso possíveis efeitos prejudiciais da propaganda comercial. A publicidade de cigarro e álcool, no entanto, dá ensejo a um estudo à parte, não sendo este o momento apropriado para tanto.

José Geraldo Filomeno¹⁷ quem lembra os rígidos limites que o CONAR, através do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (também conhecido como Código de Ética da Propaganda) estabelece aos anúncios no que tange à segurança e acidentes. O referido Código de Ética, em seu art. 33, condena os anúncios que: “a) manifestem descaso pela segurança, sobretudo quando neles figurarem jovens e crianças ou quando a estes for endereçada a mensagem; b) estimulem o uso perigoso do produto oferecido; c) deixem de mencionar cuidados especiais para a prevenção de acidentes, quando tais cuidados forem essenciais ao uso do produto; d) deixem de mencionar a responsabilidade de terceiros, quando tal menção for essencial; e) deixem de especificar cuidados especiais no tocante ao uso do produto por crianças, velhos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais.”

Tais indicativos de proteção ao consumidor são reforçados pelas determinações constantes nos anexos ao Código de Ética, precisamente naqueles referentes a bebidas alcoólicas (Anexo A), produtos farmacêuticos isentos de prescrição (Anexo I), produtos de fumo (Anexo J), veículos motorizados (Anexo O), cervejas e vinhos (Anexo P).

¹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 319.

13. Publicidade sem base fática, técnica ou científica

Um dos direitos básicos do consumidor é ter “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III, do CDC). Em obediência a esse direito básico, o CDC estabelece, no art. 31: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

A oferta ali mencionada é tanto aquela feita de forma pessoal e direta pelo fornecedor ao consumidor, quanto a feita através de mensagens publicitárias. Quanto a estas, o CDC é mais específico, no art. 38, determinando que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. O fornecedor deve se desincumbir de tal ônus organizando e mantendo “em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem” (art. 36, parágrafo único, do CDC). Se não o fizer, incide no crime previsto no art. 69, que consiste em “deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade”. Tal conduta é apenada com detenção de um a seis meses ou multa.

Os dados que embasam a publicidade devem existir antes mesmo da elaboração e veiculação das peças publicitárias. Além disso, precisam estar organizados antes da divulgação da mensagem. Entendemos que o crime só se consuma com a veiculação da publicidade, posto que só assim ela tem algum potencial lesivo para a sociedade de consumo. Comungamos, nesse aspecto, com o entendimento de Herman Benjamin¹⁸, ao defender a necessidade de “exposição” a consumidores, o que só se consegue quando a publicidade chega ao conhecimento dos mesmos através de sua divulgação.

¹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *A repressão penal aos desvios de marketing*. Revista Direito do Consumidor, v. 4. pps. 91 a 125. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Afirma Eliana Passarelli¹⁹ que “o momento consumativo do delito é atingido quando o agente deixa de cumprir o dever legal antes de veicular a publicidade”. Com isso, a qualquer momento antes da veiculação da mensagem, os dados que a embasam podem ser organizados, sem que isso venha a configurar crime.

Os dados fáticos estão relacionados a questões do cotidiano²⁰, a afirmações como “o melhor da cidade”, “juros mais baratos do mercado” ou “aprovado pelas donas de casa”. Assim, o fornecedor só deve fazer afirmação na publicidade das vantagens que tenha condições de comprovar por certificado, coleta de dados, pesquisas de opinião etc. A esse respeito, diz Antonio Fonseca²¹ que tais pesquisas “devem ser originadas de agências idôneas, oficializadas, legalizadas”.

Os dados técnicos “relacionam-se, no mais das vezes, com o modo de funcionamento do bem, com suas qualidades intrínsecas”, como afirma Herman Benjamin²², na obra “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”. Aqui se incluem afirmações como: “o veículo faz 30 quilômetros com um litro de gasolina” ou “lâmpada com duração mínima de dez mil horas”. Dados científicos, por sua vez, são os que têm ou buscam apoio em qualquer ciência. Existe uma vasta gama de exemplos em casos relacionados a medicamentos e produtos para a saúde.

O sujeito ativo desse tipo de crime é normalmente o fornecedor, que passa os dados (que não estão devidamente organizados) para o publicitário. Excepcionalmente, este - porém em concurso com o fornecedor que aprova a peça ou campanha - pode ser autor do delito, quando faz afirmação na mensagem sem possuir o devido embasamento fático, técnico ou científico.

Aqui vale lembrar a lição de Eliana Passarelli²³, segundo a qual o crime subsiste, mesmo sendo verdadeira a publicidade. Porém, os dados previstos em lei devem estar em poder do fornecedor, posto que a ausência de manutenção dos referidos dados encerra um juízo de presunção de inveracidade da peça

¹⁹ PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo – Lei Federal nº 8.078/90 (CDC)*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 80.

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Op. cit.* p. 117.

²¹ FONSECA, Antônio. *Op. cit.* p. 232.

²² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Op. cit.*, p. 843.

²³ PASSARELLI, Eliana. *Op. cit.*, p. 80.

publicitária, salvo se, por força maior ou caso fortuito, esses dados deixaram de existir. Desse modo, não basta ao fornecedor anunciante dizer a verdade; é preciso que ele tenha meios de comprovar o que diz. E isso tem que estar devidamente organizado, antes mesmo de ser a afirmação trazida a público através da publicidade.

Resta ainda uma questão: Por quanto tempo deverá o fornecedor manter os dados em seu poder? Sob uma ótica estritamente criminal, o prazo seria o da prescrição da pretensão punitiva, ou seja, dois anos, tendo em vista a pena máxima prevista para o crime. No entanto, como existe também a obrigação de natureza civil, o prazo deve ser elástico, posto que prescreve em cinco anos o direito de ação contra fatos de consumo. Assim, supondo-se que determinado consumidor sofreu um dano em decorrência de alguma afirmação sobre dado fático, técnico ou científico veiculada na publicidade, o fornecedor deverá apresentar tais dados por ocasião da ação de reparação que vier a responder. Isto apenas no âmbito civil, porquanto, no aspecto penal, deverá prevalecer o prazo de dois anos anteriormente mencionado.

14. Indução o consumidor a erro por meio de informação falsa ou enganosa

Embora o presente trabalho se concentre nos aspectos penais das relações de consumo, optamos por abordar, de início, apenas dos tipos penais previstos na Lei nº 8.078/90. Ocorre que, no art 7º da Lei nº 8.137/90, como já foi visto, existem diversos tipos penais, espalhados pelos seus nove incisos. Um deles merece aqui menção, dado o seu estreito relacionamento com os dispositivos do CDC que prevêm crimes relacionados com informações e publicidades.

Até aqui, todos os crimes analisados estão previstos no CDC e estabelecem pena mínima de até um ano e pena máxima de até dois anos. Esse fato possibilita, em princípio, que se faça transação penal nos juizados especiais criminais. Nos crimes contra as relações de consumo, com base na Lei nº 8.137/90, o mesmo não ocorre, tendo em vista que as penas variam entre um mínimo de dois anos e um máximo de quatro anos, ou multa.

Por exemplo, o crime previsto no inciso VII do art. 7º da referida lei descreve o tipo penal como sendo “induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do

bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”. Ao tratarmos dos crimes previstos nos arts. 66, 67 e 68 do CDC, vimos que são crimes que não precisam de um resultado danoso para o consumidor, posto que só a afirmação falsa ou a publicidade enganosa, por exemplo, são suficientes para a configuração dos delitos.

Ocorre, porém, que se a indicação falsa ou enganosa tiver o condão de fazer com que o consumidor incorra em erro, adquirindo o produto ou contratando o serviço que não tenha a mesma natureza ou qualidade anunciada ou indicada, já não teremos um daqueles crimes que prevêem penas mais brandas, e sim o crime catalogado no art. 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90, cuja pena mínima é detenção de dois anos e multa.

A lição de José Geraldo Filomeno²⁴ é nesse sentido, posto que, para ele, referido dispositivo quer dizer que os meios empregados devem ser capazes de levar o consumidor de produtos ou usuário de serviços a comportar-se de maneira errônea ou lesiva ao seu patrimônio, isso decorrendo de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza e a qualidade de bem ou serviço. É importante ressaltar neste ponto que o induzimento ao erro do consumidor pode ocorrer através da mensagem publicitária, como afirma expressamente o dispositivo, em sua parte final.

Normalmente, o autor de delito é o fornecedor (fabricante ou comerciante). Porém, excepcionalmente, o publicitário pode ser o autor do delito, caso parta dele a iniciativa da afirmação ou indicação falsa que induziu em erro o consumidor. A indicação falsa é de particular interesse para a publicidade, posto que tal indicação não é feita através das palavras - verbalizadas ou escritas - mas por intermédio de imagens, figuras, sinais (sonoros inclusive), bastante próprios da linguagem publicitária.

Cabe aqui lembrar um comercial de televisão que se tornou célebre na década de 1970. Ele mostrava uma dona de casa assando no forno doméstico um peru natalino. O diferencial do produto anunciado era que o tal peru tinha um termômetro que saltava quando o assado estivesse no ponto. Uma facilidade inegável para a cozinheira. O problema foi que no anúncio o termômetro, ao saltar, emitia um sinal sonoro, avisando que o peru estava perfeitamente assado. O anúncio foi veiculado com tais características, segundo se afirma, apenas uma

²⁴ FILOMENO, José Geraldo. *Op. cit.*, p. 312.

vez, no intervalo do noticiário de uma grande rede de televisão, mas teve um efeito devastador nas cozinhas de inúmeras donas de casa. É que muitas delas esperaram ouvir o tal sinal sonoro que aparecia na peça publicitária. E, como ele não vinha, o peru queimava. Eis um exemplo de indicação falsa capaz de induzir o consumidor em erro sobre a qualidade do produto – no caso, o produto não possuía determinada qualidade.

No entanto, não quer dizer que, em princípio, tenha havido crime, nesse caso, posto que o dispositivo em estudo admite apenas a modalidade dolosa²⁵. É preciso comprovar a vontade livre e consciente de causar dano ao consumidor, ou ao menos, que se assumiu o risco de que eventualmente esse dano ocorresse como resultado do erro ao qual se induziu o consumidor.

15. Outras hipóteses de crime previstas no Código de Defesa do Consumidor

O crime previsto no art. 70 do CDC consiste em empregar, na reparação de produtos, peças ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor, estabelecendo-se para tal conduta a pena de detenção de três meses a um ano e multa. Mais uma vez, estamos diante do dever de informação por parte do fornecedor. Caso ele pretenda utilizar, na reparação de um produto, peças usadas, deverá não só informar ao consumidor, mas também colher a anuência deste. Não importa, nessa hipótese, o valor cobrado pelo serviço ou pela peça usada, mas sim que o consumidor tenha conhecimento do fato e com ele concorde.

Busca-se aqui proteger, além da incolumidade geral das relações de consumo, a integridade econômica do consumidor e a confiabilidade da relação, expressa pela boa-fé objetiva. Caso o consumidor venha a tomar conhecimento posterior do emprego da peça usada e concordar com a prática, entendemos que está desconfigurado o crime.

Em se tratando de produtos fabricados com o emprego de peças ou componentes usados, sem que isso seja revelado antecipadamente para os adquirentes, estaremos diante do crime previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/

²⁵ Mesmo que hipoteticamente, posto que, quando o anúncio foi veiculado, sequer existia o Código de Defesa do Consumidor, e muito menos a Lei nº 8.137/90.

90. Isso porque o consumidor é induzido a erro através de informação falsa sobre a natureza (produto novo, sem uso) do produto que, na sua confecção, teve empregados peças ou componentes que já tiveram uso, reduzindo-se a expectativa de sua durabilidade e eficiência.

16. Abusos na cobrança de dívidas

O CDC prevê, em seu art. 71, a tipificação da conduta que reside em utilizar, na cobrança de dívidas, ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira no seu trabalho, descanso ou lazer. Prevê o Código a pena de detenção de três meses a um ano e multa para aqueles que incorrerem na referida prática.

De início, cabe ressaltar que o crime só se configura diante de dívidas de consumo, estando excluídas, portanto, dívidas de condomínio, associações ou entidades de classe, entre amigos ou familiares etc. Em se tratando de relação de consumo, tem-se no disposto no art. 71 um desdobramento de natureza penal do disposto no art. 42 do Código²⁶.

Ressalte-se que, se a empresa que cobra afirma no documento de cobrança que promoverá as ações judiciais necessárias para receber o que lhe é devido pelo consumidor, não estará incorrendo em crime, posto que apenas está afirmando o futuro exercício regular de um direito que possui.

17. Impedimento ou dificuldade de acesso a informações sobre o consumidor

Se a conduta do fornecedor verificar-se no sentido de impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em

²⁶ “Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

cadastros, banco de dados, fichas e registros, ele incorrerá nas penas estabelecidas no art. 72 do CDC (detenção de seis meses a um ano ou multa). O referido artigo prevê ações múltiplas e alternativas. O tipo penal incide não apenas caso o fornecedor impeça o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem no banco de dados, mas também se esse acesso for dificultado, por exemplo, com afirmações do tipo “volte amanhã” ou “só com o gerente ou com o proprietário”, que jamais estão disponíveis para o consumidor.

Entendemos que a informação devida ao consumidor e protegida pelo dispositivo é a informação por escrito, posto que pode ser utilizada em juízo ou em processo administrativo. O fornecimento de simples informação verbal significa impor dificuldades ao acesso à informação. Isso porque, com a informação verbal, pouco ou nada pode fazer o consumidor, tendo em vista que precisará sensibilizar o magistrado perante o qual for pleitear algum direito, para que este determine a inversão do ônus da prova em seu favor. Ademais, poderá a empresa demandada, oportunamente, elaborar documento escrito que infirme as afirmações do consumidor, restando a este passar pelo constrangimento de ser acusado de mentiroso, oportunista etc. O dispositivo em estudo, bem como o seguinte, guardam íntima relação com o disposto no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor²⁷.

18. Retardamento na correção de informação sobre o consumidor

Caso o fornecedor deixe de corrigir imediatamente informação sobre o consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata, incorrerá no crime estabelecido no art. 73,

²⁷ “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”.

que prevê pena de detenção de um a seis meses ou multa. Aqui a dificuldade está em estabelecer-se o que se entende por “imediatamente”. O significado do vocábulo remete à correção de pronto, sem demoras. Porém, vem se fazendo uso de uma analogia do § 3º do art. 43 para entender cabível que se conceda o prazo de cinco dias úteis para a correção.

Não julgamos válido esse entendimento. Atualmente, para que uma empresa cadastre negativamente um consumidor, os trâmites são céleres (até demais, em desrespeito inclusive ao aviso prévio do interessado). Mas quando se trata de corrigir um erro ou uma informação falsa ou defasada sobre a situação do consumidor, não existe a mesma rapidez e facilidade. Entendemos que é razoável o prazo de vinte e quatro ou, no máximo, quarenta e oito horas. Acima disso, configuram-se o abuso e o crime.

19. Não-entrega do termo de garantia adequadamente preenchido

A garantia estabelecida pelo fornecedor (contratual) terá o alcance e a validade por ele determinados. Mas, para isso, é preciso que o consumidor tenha conhecimento dos seus direitos e obrigações, bem como das limitações para o uso e validade da garantia ofertada pelo fornecedor. Tais informações deverão constar no termo de garantia. Caso o fornecedor deixe de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo, praticará o crime previsto no art. 74 do CDC e incorrerá na pena de detenção de um a seis meses ou multa.

Atente-se para o fato de que o crime se consuma tanto com a não-entrega do termo de garantia, como com a entrega sem que esteja devidamente preenchido. Consuma-se ainda se for entregue sem que o seu conteúdo (prazo, limitações etc.) esteja devidamente especificado. Para que o crime se configure, é desnecessário que o consumidor comprove ter sofrido algum dano em decorrência da omissão do fornecedor.

20. Crimes praticados por intermédio de pessoa jurídica

O Código de Defesa do Consumidor, como de resto a maior parte do nosso ordenamento jurídico, não prevê o crime praticado por pessoa jurídica. Estabelece, no entanto, a possibilidade de ser ele praticado no exercício de função atinente à empresa. É o caso dos gerentes, administradores, sócios etc.

A previsão vem expressa no art. 75 do Código²⁸ e busca impedir que os maiores responsáveis pelas práticas criminosas nas empresas procurem isentar-se de culpa, alegando fato próprio de empregados, dos quais não tinham conhecimento.

Desse modo, vem sendo criticada a redação do referido artigo, por dizer mais do que o necessário, já que o art. 29 do Código Penal já prevê o concurso de agentes. Acreditamos, porém, que o fato de o art.75 do CDC referir-se expressamente aos que têm poder decisório na empresa ressalta o interesse e a necessidade de ir-se além da imputação do crime ao simples vendedor, balconista ou empregado de menor importância hierárquica e de poder econômico inferior.

21. Necessidade de atuação mais enérgica na defesa do consumidor

Os crimes acima mencionados, e ainda aqueles previstos no art. 7º da Lei nº 8.137/90, têm o condão de proporcionar maior higidez às relações de consumo. Mas, para isso, é preciso que saiam do papel efetivamente. No nosso país, ainda é incipiente o emprego das sanções penais aos fornecedores.

Existem todas aquelas limitações, apontadas no início deste trabalho, sobre crimes de colarinho branco, às quais se soma, ou mesmo com elas se entremeia, o fato de os órgãos administrativos de defesa do consumidor (PROCONs estaduais e municipais, órgãos fiscalizadores outros), INMETRO, IPEM, Vigilância Sanitária e órgãos judiciais (juizados especiais cíveis e varas cíveis não especializadas ou especializadas na defesa do consumidor) não remeterem ao Ministério Público ou às delegacias de polícia especializadas cópias de autos de infração ou peças processuais nos quais haja indícios de crimes contra as relações de consumo.

Quando isso passar a ocorrer e na medida em que se apliquem as infrações e autuações, com certeza, os danos contra as relações de consumo tenderão a diminuir. Com isso, avançaremos na implementação efetiva do Código de Defesa do Consumidor, instrumento para a efetivação da dignidade e da cidadania plena do povo brasileiro.

²⁸ “Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas”.

Referências bibliográficas

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. A repressão penal aos desvios de marketing. *Revista Direito do Consumidor*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FEINSTEIN, Whoopee Sue Feinstein. *White collar crimes*. Disponível em: http://www.212.net/crime/white_collar.htm. Acesso em: 16 agos. 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FONSECA, Antonio César Lima da. *Direito penal do consumidor: código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral, artigos 1º a 120 do Código Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista. *Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo: novíssimas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74, Aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 124.

PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo. Lei Federal nº 8.078/90 (CDC)*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica, prática*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar criminality*. American Sociological Review, vol. 5, nº 1. Philadelphia, 1940. Disponível em: (<http://www.asanet.org/galleries/default-file/PresidentialAddress1939.pdf>). Acesso em: 19 ago. 2007.

ZEIGLER, Parisina Lopes; ZANELATO, Marco Antonio. *O Ministério Público e a exegese da expressão “deveria saber” no art. 67 do CDC*. In Revista de Direito do Consumidor, n. 14, abr./jun. 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DEUS NÃO VAI À ESCOLA?
ANÁLISE DO VETO DO GOVERNO DE SÃO PAULO AO PROJETO
DE LEI Nº 17/2004 EM FACE DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE

Ana Cândida Espínola

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Hugo Alexandre Espínola Mangueira

Auditor Fiscal de Tributos

A dissociação da crença religiosa e da instrução é uma utopia que não resiste à menor análise. O sentimento e as idéias do professor no tocante às causas finais e à constituição do universo inevitavelmente se refletem no ensino que ele tem de ministrar à juventude. O ideal de uma escola em que jamais se eslore, sequer, um assunto de religião, é uma vã criação da falsa democracia, que pretende guerrear a Deus, proibindo que n'Ele se fale.

(Carlos Maximilano Pimenta de Laet)

1. Introdução

Não resta dúvida de que a religião é um fator importante na difusão de valores como respeito, amor e tolerância. Louvável, nesse aspecto, a intenção da deputada Maria Lúcia Amary em apresentar, perante a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, o projeto de lei “Deus na Escola”, visando a despertar no educando paulista os princípios e valores fundamentais ao seu crescimento espiritual e à sua valorização como cidadão.

Inobstante as boas intenções, para um projeto se transformar em lei, é imperativo que esteja em consonância com os preceitos constitucionais, passando pelo crivo do controle preventivo de constitucionalidade interno, exercido por comissão legislativa de Constituição e Justiça, e externo, exercido pelo chefe do Poder Executivo. Neste artigo, analisaremos o citado projeto de lei e o veto a ele apresentado pelo governador do Estado de São Paulo, inicialmente, sob o

prisma constitucional, nomeadamente em face do princípio da laicidade, previsto na Constituição Federal e, também, em face da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96).

2. O princípio da laicidade e o ensino religioso no direito constitucional pátrio

Houve um extenso período de convivência entre a Igreja Católica e o Estado – Colonial e Imperial¹ – brasileiro, conhecido por “padroado”. Durante esse período, o poder estatal subvencionava os clérigos, nomeando-os² em troca da influência exercida pela Igreja sobre a sociedade da época, bem como buscando o apoio de Roma. Mas, com a República, raiou o Estado laico, quando este se separou da Igreja. A laicidade pátria surgiu com a edição do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890³, da lavra do saudoso Rui Barbosa. Brotou oficialmente, naquele momento, a separação entre a Igreja Católica e o Estado brasileiro, pondo fim ao regime do padroado (art. 4º).⁴

A redação do art. 1º, ícone da liberdade religiosa, possui caráter programático, ao pronunciar ao legislador infraconstitucional ser defeso legislar privilegiando alguma religião em detrimento de outra: “*E’ proibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos,*

¹ O Império desmoronou quando, após tentar se sobrepujar à Igreja, vacilou. Com a Questão Religiosa, conflito entre a Igreja Católica e a Maçonaria, ocorrido na década de 1870 no Brasil, quando, desobedecendo a ordens do imperador, bispos, com base nos cânones e nas ordens de Roma, puniram maçons. Surgiu inopinadamente forte desconfiança por parte da sociedade com o governo central, depois da demonstração de fraqueza de D. Pedro II, ao ceder às pressões de Pio IX, anistando os bispos presos anteriormente por D. Pedro I e substituindo o Visconde do Rio Branco pelo Duque de Caxias. O catolicismo intenso da Princesa Isabel acelerou a Proclamação da República, pois havia intenso medo de aproximação ultramontana e conseqüente declínio da política nacional.

² A Constituição Imperial, em seu art. 102, prescrevia, no inciso II, como uma das principais atribuições do Imperador a de: “*Nomear Bispos, e prover os Benefícios Ecclesiasticos*”.

³ Decreto n. 119-A. “*Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias.*” (*Decretos do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891).

⁴ Interessante destacar que o Decreto 119-A continua em vigor, pois havia sido revogado pelo Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991, mas teve sua vigência restabelecida pelo Decreto nº 4.496 de 2002, configurando, portanto, autêntico caso de repristinação expressa, permitida em nosso ordenamento jurídico.

ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.” (redação com a grafia original).

Anteriormente, a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, foi outorgada “*Em Nome da Santissima Trindade*”. Em seu título I, “*Do Imperio do Brazil, seu Territorio, Governo, Dynastia, e Religião*”, trazia no art. 5º a Religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Estado brasileiro⁵. Havia relativa liberdade de crença, pois outras religiões eram permitidas, desde que o culto ficasse restrito apenas aos locais privativos às suas práticas. Porém, certas restrições aos “incrédulos” eram patentes na Constituição Imperial, como a disposição que exigiu ter o candidato que professar o catolicismo para poder ser eleito para o cargo de deputado⁶.

Merece destacar a importância para o Império da manutenção da religião católica como instituição estatal, constituindo tal premissa um preceito elevado à categoria constitucional. A Constituição Imperial determinava que o imperador, antes de ser aclamado como tal – e o seu herdeiro “presumptivo”, ao completar quatorze anos de idade⁷, além dos Conselheiros de Estado – prestassem nas mãos do Presidente do Senado⁸, reunidas as duas Câmaras, o seguinte juramento: “*Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.*”, conforme prescreviam os arts. 103, 106 e 141. Percebe-se a força exercida pela Igreja Católica e o grau de interação com o Estado Imperial. Tal reciprocidade ficou ferida com a ocorrência da Questão Religiosa.

⁵ “*A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo.*”

⁶ Art. 95 da Constituição do Império: “*Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: (...) III. Os que não professarem a Religião do Estado.*”.

⁷ Conforme art. 106 da Constituição do Império, de 25 de março de 1824.

⁸ Os conselheiros prestavam o juramento nas mãos do imperador, nos termos do art. 141 da Constituição do Império.

A primeira Constituição a adotar os princípios do Estado laico foi a republicana, de 24 de fevereiro de 1891. A Constituição de 1891 ratificou, por conseguinte, os preceitos do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Dentre esses preceitos, destacam-se a liberdade de culto, o reconhecimento apenas do casamento civil, a administração pública dos cemitérios, o ensino leigo nas escolas públicas e a impossibilidade de subvenção oficial e aliança com qualquer igreja⁹.

Naquela época em que começava a surgir a laicidade no Brasil, poucos imaginavam que poderia prosperar a total separação entre o Estado e Igreja Católica, pois essa união foi muito forte durante a monarquia. Por isso, a influência do catolicismo predominava na sociedade – incluindo-se no âmbito do ensino - perdurando mesmo após a Proclamação da República. Tanto é verdade que o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, causou enorme impacto na sociedade, ao sofrer fortes críticas de ambos os lados. Os defensores da laicidade manifestaram oposição ao art. 6º, que permitia a subvenção ao culto católico¹⁰. Ao defender a laicidade e a neutralidade do Estado, Rui Barbosa declarou na introdução da obra de Janus, denominada “O Papa e o Concílio”, toda a sua razão aos princípios norteadores do Decreto nº 119-A/1890¹¹.

⁹ Art. 72 da Constituição de 1891:”§ 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum. § 4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. § 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis. § 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. § 7º Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados”.

¹⁰ “Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.”.

¹¹ Destacamos o trecho: “Que entre indivíduo, entre igreja e igreja, dispute-se francamente, na atmosfera sonora da imprensa ou da tribuna, sôbre a encarnação de Deus, a Trindade, a existência de uma dou duas vontades no Cristo, a vida futura, a instituição e a matéria dos sacramentos, a conceição de Maria, a preponderância do papa sôbre os concílios ou dos concílios sôbre o papa, os direitos da razão individual na interpretação das escrituras e a impossibilidade de bem-aventurança eterna fora desta ou daquela confissão religiosa: fatos êsses são estranhos ao estado, e, por conseguinte, aos que, para dirigi-lo, contendem pelo poder. Mas o ficar ingresso de um cidadão no parlamento dependente de sua fé numa religião positiva; o ter o interdito de um bispo fôrça de colocar um membro útil da comunhão social entre uma abjuração hipócrita e o concubinato; o ficar um serviço, como o registro civil, a cuja regularidade estão subordinados os direitos de família e sucessão, entregue a funcionários da igreja, que a autoridade secular não fiscalize; o ter, ou não, um clero subsidiado pelo estado o direito legal de insurgir-se oficialmente contra êle; o dar-se aos delegados

De outra banda, Carlos de Laet¹² – em discurso¹³ proferido no Colégio Diocesano de São José, no Rio de Janeiro, em 8 de dezembro de 1905, como

permanentes de uma supremacia infalível, cujo ensino dogmático rejeita as nossas instituições constitucionais, privilegio exclusivo de entrada nas escolas, de invasão insidiosa na alma das gerações nascentes; o estarem, ou não, os eclesiásticos sujeitos à competência dos tribunais leigos; o permitir-se, ou não, aos órgãos de uma sociedade espiritual liberdade ampla, não só de professarem como doutrina, mas de imporem como dever, a intolerância civil; o saber se a dotação é jus do clero, ou instituição temporal de conveniência pública, e, portanto, à mercê dessa conveniência, revogável; o averiguar se a constituição é subalterna às bulas, ou se o placet é cláusula sine qua non das vantagens materiais que à igreja a adotada afiança a proteção oficial; o ser, ou não, lícito à lei favorecer com a publicidade sem limites a um culto, e impor humilhação da clandestinidade aos mais; a equidade ou a injustiça consentir-se que a excomunhão sacerdotal, com a sanção do poder leigo, penetre inexorável até nos cemitérios públicos: tôdas essas controvérsias, como outras tantas semelhantes, entendem radicalmente com as funções mais vitais do mundo leigo, e, portanto, com as atribuições mais imperiosas da autoridade política (...).”

¹² O brilhante Carlos de Laet não estava aberto aos novos tempos laicistas, preferindo a prevalência da religião sobre a ciência conforme percebemos da seguinte afirmação: “*Se homem do seu século é aquele que, sob a pressão do meio, vai aceitando todas as idéias dominantes, só porque sejam, como lá disse o Ferri, a corrente da ciência atual, então confiadamente o digo, eu não sou homem do meu século*” e ainda do seguinte fato: “*(...) Certa feita, após uma preleção sobre Criacionismo, contestou-lhe um jovem ouvinte com um curioso argumento de autoridade, o único que conseguiu encontrar: ‘Mas... meus pais afirmam que viemos dos macacos...’ Laet respondeu-lhe incontinênti: ‘não quero entrar em particularidades da sua família’. Polemista ferrenho, não se escusava de uma boa briga, chegando, às vezes, a verdadeiras audácias, como quando resolveu polemizar com Camilo Castelo Branco sobre supostos erros de portugueses na obra do grande escritor luso... (...)*”. (Disponível em: <http://www.permanencia.org.br/revista/Pensamento/laet.htm>. Acesso em 09 nov. 2007). Famosa também foi a polêmica com o pastor Álvaro Reis, travada em artigo intitulado “Inverdades Heréticas”, escrito em 1905, do qual destacamos o seguinte trecho: “*Protesto, pela ordem, contra esta injustiça, que também é contrária a verdade. Espalha-se aí um livro meu, Heresia protestante, contendo uma longa série de artigos em que impugnei graves lapsos doutrinários do Sr. pastor; e em tamanha cópia de páginas não se encontra uma só grosseria endereçada ao meu adversário, que, aliás, como bem se depreende de alguns trechos ali transcritos, não raro baixou ao emprego de motejos e invectivas. (...) Ainda agora, no segundo artigo da sua réplica, o Sr. pastor já se inflama e textualmente prorrompe nesta delicadeza: — ‘V.S. faltou indignamente à verdade.’ Apelo para os que nos estão lendo, e eles que digam se jamais usei de tais gentilezas para com o meu antagonista, contra quem me não anima o menor sentimento de ódio, e no qual antes vejo um contendor ideal e cômodo, que me depara oportuno ensejo para escritos de polêmica, pois, não obstante os seus estudos especiais (ou mesmo por causa deles) absolutamente não me obriga a maior esforço, — tão patentes e fáceis de corrigir são os seus deslizes. (...) Ainda que, todavia, me afastara eu de hábitos que não tenho e usasse de palavras conviciosas, mesmo nisto nada mais faria do que seguir o exemplo de alguém que ao Sr. pastor deve parecer bom modelo: quero falar de Calvino. (...) Lido (como é provável que seja) o Sr. pastor na história da rebelião protestante, impropriamente denominada Reforma, não há de ignorar com que ousadia e indelicadeza escrevia aquele heresiarca. Peço vênias para em latim, que nos vocábulos brave l’honnête, aqui recordar os epítetos por ele aplicados aos padres do Concílio de Trento. Chamava-os: — inductos, quisquilios, asinos, porcos, pecudes, crassos boves, Antichristi legatos, blaterones, magnaë meretricis filios... A tanto jamais eu me atreveria com relação ao Sr. pastor. (...)*”. (Disponível em: <http://www.permanencia.org.br/revista/Pensamento/laet7.htm>. Acesso em 09 nov. 2007).

¹³ Iniciamos este trabalho com trecho do citado discurso.

paraninfo de uma turma de bacharelado em Ciências e Letras – certamente inspirado no espírito da influência religiosa da Igreja sobre a educação, defendeu argumentos demonstrativos da dificuldade em se conseguir tornar o ensino laico em um país predominantemente católico.

A Constituição de 1934 manteve a laicidade conquistada com a República, corroborando a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos. Permitiu às associações religiosas adquirir personalidade jurídica nos termos da lei civil – em conformidade com o item 5, do art. 113 – e manteve a liberdade de culto religioso nos cemitérios, administrados pela municipalidade (item 7 do citado artigo). Trouxe inovações, como o reconhecimento pelo Estado, com os mesmos efeitos que o casamento civil, o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, desde que cumpridas as formalidades legais. Permitiu, nas escolas públicas, a frequência facultativa ao ensino religioso, ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis (arts. 146 e 153, respectivamente).

Foram ratificados na Constituição de 1937 os princípios laicos das constituições anteriores. Foi determinado, de forma explícita, que o exercício de culto podia ser feito de forma livre e publicamente, nos seguintes termos: “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes” (item 4 do art. 122). O ensino religioso continuou a ser de frequência não compulsória, não obrigando mestres ou professores.

Na Constituição de 1946, foram mantidas as características da laicidade brasileira, conquistadas durante os ordenamentos anteriores. Entretanto, não havia convivência inteiramente pacífica entre integrantes das diversas religiões – como até hoje infelizmente ainda não há. Havia perseguições, nomeadamente contra os integrantes de cultos africanos, protestantes e espíritas, levando o escritor baiano Jorge Amado e o paraibano Lins de Vasconcelos, entre outros, a propor uma emenda sobre a liberdade religiosa e laicidade do ensino público (GALDINO, 2006).

A Carta de 1967 vedou ao Estado “estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança” (art. 9º, II), respeitando

os princípios da liberdade de consciência, em sua plenitude, e de culto (§ 5º do art. 150). Resguardou, desta forma, a laicidade. Contudo, delimitou áreas de colaboração do interesse público com entes religiosos. Essa colaboração dar-se-ia nomeadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar (art. 9º, II).

A atual Carta Magna preservou em nosso ordenamento jurídico o princípio da separação entre a Igreja e o Estado, no inciso I do art. 19, ao vedar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

No capítulo I do título II, intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, prevê a atual Constituição a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (inciso VI do art. 5º).

3. Projeto de Lei nº 17, de 2004 (projeto “Deus na Escola”)

O Projeto de Lei nº 17/2004, da lavra da deputada paulista Maria Lúcia Amary, institui o projeto “Deus na Escola”. Consiste na implantação, nas escolas da rede estadual de São Paulo, de disciplina extracurricular e facultativa do ensino religioso, como área de conhecimento, “auxiliando o educando a buscar princípios e valores fundamentais como: valorização do ser humano, respeito pela vida, convivência fraterna, abertura, democracia e integridade”.

Conforme consta no referido projeto de lei, em seu art. 2º, a implementação do ensino religioso dar-se-ia através da elaboração de um “manual” por um grupo de estudos formado por professores, pedagogos, estudiosos e representantes de diversas religiões. Na elaboração do manual, seria assegurado o respeito à diversidade cultural e religiosa, pois ele teria um caráter “homogêneo a todas as crenças religiosas”. O art. 4º prevê o respeito à proposta pedagógico-administrativa de cada estabelecimento de ensino, elaborada pelos profissionais da educação das diversas escolas, com a participação das comunidades e conselhos.

O escopo da deputada Maria Lúcia Amary, ao apresentar o projeto “Deus na Escola”, foi estabelecer o ensino religioso nas escolas da rede pública

estadual de São Paulo, como integrante da oferta curricular. Nesse sentido, buscava incutir no educando princípios e valores fundamentais, como a valorização do homem, o respeito à vida, a convivência fraterna, a democracia e o respeito à integridade.

Buscava, ainda, o projeto, nos termos da justificativa apresentada pela deputada, despertar nos alunos paulistas “maior abertura e compromisso consigo mesmo, com o próximo e com Deus, de forma transformadora e integradora ao contexto escolar, inserindo-o na realidade social, econômica, política, cultural religiosa e ambiental de sua comunidade, permitindo-lhe o desenvolvimento integral e construção de uma sociedade mais justa, mais fraterna e mais acolhedora”.

Entende a deputada Maria Lúcia Amary que o conhecimento religioso, enquanto sistematização de uma das relações do ser humano com o transcendental, deve ser colocado ao lado de outras disciplinas, articulando-se para explicar a acepção da existência humana. Por este motivo, pretende o projeto “Deus na Escola” oferecer ensino religioso de forma sistematizada nas escolas estaduais paulistas, com a finalidade de propiciar uma compreensão mais crítica do cidadão com o transcendental.

O projeto “Deus na Escola” obteve parecer do relator especial, designado em substituição ao da Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa. O relator, deputado Afonso Lobato, entendeu que o projeto obedecia ao ordenamento jurídico pátrio, de forma geral, por não fazer distinção de segmento religioso. Referiu-se, especificamente, ao disposto no § 1º do art. 210 da Constituição Federal, o qual prevê que o ensino religioso é de matrícula facultativa, constituindo disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. O projeto obteve também parecer favorável da relatora especial, deputada Rosmary Corrêa, em substituição ao da Comissão de Educação.

O deputado Waldir Agnello apresentou emenda ao projeto, de forma a transformar a atividade extracurricular e facultativa do ensino religioso em “ensino religioso *cristão*” (grifamos). Entendeu ainda que o grupo de estudos que elaboraria o “manual”, formado por professores, pedagogos e teólogos, deveria representar apenas as diversas entidades religiosas cristãs e apresentar somente tendências das doutrinas cristãs. Pareceres substitutivos aos das Comissões de Constituição e Justiça, de Educação e de Finanças e Orçamento foram contrários à referida emenda, considerando-a inconstitucional.

4. O veto do chefe do Poder Executivo

Antes mesmo de ser enviado para a apreciação do chefe Poder do Executivo paulista, o projeto “Deus na Escola”, aprovado pela Assembléia Legislativa, já havia causado polêmica. Várias opiniões se levantaram, tentando mostrar que contrariava o princípio da laicidade do Estado, além do que constituía violação ao direito à igualdade e à liberdade de consciência e de crença do corpo discente e dos grupos religiosos.

Dentre as pessoas que defendiam o veto, estava a professora Roseli Fischmann, integrante do Programa de Pós-Graduação em Educação da USP e especialista da UNESCO para a Coalizão de Cidades contra o Racismo, a Discriminação e a Xenofobia. Foi também integrante da Comissão Especial de Ensino Religioso do Governo do Estado de São Paulo (1995-1996). Criticando o projeto, a professora afirmou: “Implantar a divindade como matéria escolar, mediante o conceito de que seria possível homogeneizar as religiões e espiritualidades como ato de Estado, pode desenvolver disposição psicológica para discriminar e excluir todos os que não se submetem a semelhante padrão homogêneo.”¹⁴.

Por fim, o projeto de lei “Deus na Escola”, que implementaria o ensino religioso como atividade extracurricular e facultativa no ensino fundamental da rede estadual, sofreu o veto do governador de São Paulo. Este justificou o seu ato afirmando que a decisão de incluir religião como disciplina extracurricular caberia às próprias escolas e não poderia ser imposta pelo Executivo ou Legislativo.

O governador fundamentou o seu veto baseando-se no art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal, bem como na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, especificamente nos arts. 12, inciso I, 14 e 15 da Lei nº 9.394/1996. Enunciava o texto do veto que, tendo presentes tais normas e diretrizes, “o sistema estadual de ensino e, especialmente, os estabelecimentos de ensino que o integram devem definir a parte diversificada do currículo fundamental e médio, como exigências das características regionais e locais, de forma a se complementar a base nacional comum”.

¹⁴ Notícia “Governo veta projeto de lei ‘Deus na Escola’ em São Paulo”. Disponível em: UolNews.com. Acesso em: 13 out. 2007.

Salientou o chefe do Poder Executivo que a inclusão no currículo das escolas estaduais de atividade extracurricular, vinculada à disciplina ensino religioso, se contraporía à competência que possuem tais escolas de elaborar e executar a própria proposta pedagógica, retirando-se dessas unidades de ensino a autonomia pedagógica e administrativa que lhes é assegurada pelo princípio da gestão democrática do ensino.

Enfatizou ainda que, no Estado de São Paulo, as normas que regem o ensino religioso buscam dar estrito cumprimento às prescrições provindas da Constituição Federal e da Lei de Diretrizes e Bases, “assegurando, como é seu dever, o respeito à pluralidade cultural e religiosa dos alunos, a não discriminação das minorias religiosas, a singularidade de cada aluno e da orientação que recebem no seio da família, abrangidos, indistintamente, os que não observem qualquer prática religiosa”. Por fim, afirmou que, tendo em vista o seu teor, o projeto conflitava com os “princípios e diretrizes que regem o ensino religioso, de matriz constitucional”.

Manifestando-se sobre o veto, a coordenadora do Curso de Pedagogia da UNICAMP, Ângela Soligo, afirmou que tinha pertinência, pois não cabia à escola ensinar religião: “Não há neutralidade nesse assunto. Há religiões que têm mais ou menos prestígio. Isso se refletiria na inclusão da disciplina”. Por sua vez, Gerson Simões Monteiro, Presidente da Fundação Cristã-Espírita Cultural Paulo de Tarso (FUNTARSO), em artigo intitulado “Lugar de ensino religioso é na igreja”, assim se expressou sobre o veto ao projeto “Deus na Escola”:

“É dever que se impõe, portanto, alertar a nossa sociedade para o perigo do ensino religioso nas escolas da rede pública do Estado de São Paulo, como quer o projeto “Deus na Escola”, pois, embora seja tal ensino facultativo ao aluno, sua inclusão legal em carga horária curricular poderá acender atavismos segregadores do ódio entre religiões, que já causou tanto sofrimento à Humanidade.”

“A responsabilidade do Estado é a de estruturar e garantir com autoridade a ordem da vida social, assegurando o bem público, com base no princípio de justiça que garanta, inclusive, o direito de liberdade religiosa. A expressão religiosa de um povo deve ser produto do ensino das

religiões nos templos e na família. Ela precisa se manifestar objetivamente na mentalidade dos responsáveis pela educação formal, ou seja, os professores, os quais têm responsabilidade também pela formação dos alunos”.

5. Da inconstitucionalidade do projeto em face da laicidade do Estado brasileiro

O princípio da igualdade, consagrado no texto constitucional, age em dois planos. Por um lado, impede ao legislador e ao próprio Poder Executivo a edição de leis e atos normativos que possam criar tratamentos diferenciados a pessoas que se encontrem em situações idênticas. Por outro, obriga os intérpretes, especialmente a autoridade pública, a aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, impedindo-os de fazer distinções em razão de religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social ou sexo.

Diante da diversidade religiosa existente em nosso país e, sobretudo, no Estado de São Paulo, onde convivem descendentes de imigrantes, professantes dos mais diversos credos, é importante que o papel regulador do Estado seja cada vez mais efetivo, devendo o governo adotar uma postura de laicidade e neutralidade. Essa postura neutra, caracterizadora de um Estado secular, revela-se de cabal importância para a consolidação democrática do Brasil. Com a existência de organizações religiosas cada vez mais diversas e mais fortes, será comum que elas passem a exigir, cada vez mais, seus “direitos”, o que poderia redundar em imposições, mesmo que em caráter sutil.

Embora a laicidade no Estado brasileiro exista desde a República, resquícios da simbiose entre Igreja e Estado – com maior ou menor intensidade – sobrevivem. Nesse contexto, a laicidade tem dificuldades em consolidar-se em nossa sociedade. Analisando essas dificuldades, enfatiza César Ranquetat Júnior: “Para os bispos brasileiros e para os intelectuais católicos conservadores da primeira República, a idéia de uma escola pública laica, neutra e indiferente em matéria religiosa era um mito. A escola neutra era na verdade, para estes, um escola de ateísmo e irreligião. Para os pensadores e para os bispos católicos não era justo que a religião da maioria dos brasileiros, o catolicismo, não tivesse

seu espaço na escola pública através do ensino religioso” (RANQUETAT JR., 2007).

A nosso ver, as autoridades constituídas não devem eliminar as colaborações de interesse público existentes, nomeadamente, nos setores hospitalar e educacional, ou deixar de expressar o sentimento religioso pessoal que possuem. Porém, como explica Almeida Júnior (2003), há ressalvas legais quanto à participação de membros do governo em celebrações de caráter religioso e vice-versa. Portanto, é imperioso ao Estado brasileiro assumir um posicionamento neutro em relação à possibilidade de estabelecer privilégios entre as diversas confissões religiosas.

A persistência dessa ascendência religiosa sobre o governo deriva da formação social e cultural do nosso povo, constituindo em forte poder informal. Achamos natural – se não nos colocamos a pensar com certa profundidade – haver crucifixos em repartições públicas e assistir às celebrações litúrgicas em canais estatais, pois esta é a formação que herdamos dos nossos ascendentes. Mesmo após ter se passado mais de cem anos da Proclamação da República, não é costume imaginar a plenitude do princípio da laicidade em nosso país.

O nosso povo, ainda de maioria católica¹⁵, tão acostumado às relações existentes entre Estado e religião, parece não admitir a ruptura entre Estado e Igreja, ocorrida com a República e prevista na atual Carta. Sobre esta aparente relação em grau de normalidade, Antônio Flávio Pierucci, professor da USP, assevera: “Constitui uma novidade o fato de que hoje, no começo do século XXI, depois de cento e poucos anos de República, haja a necessidade de lembrar, novamente, que nosso Estado é laico, e de reivindicá-lo como o Estado laico que ele se propõe a ser enquanto Estado de direito.” (PIERUCCI, 2006).

Deste modo, é preciso ter o cuidado de evitar a influência de credos e religiões nos atos do Estado Democrático, principalmente nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário¹⁶. Se assim não for, correremos o risco de ver a intolerância sobrepor-se ao direito à liberdade de crença e de consciência, achando que

¹⁵ De acordo com o Censo Demográfico do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) os católicos em 2000 eram 73,57% da população brasileira. No entanto, o catolicismo vem perdendo adeptos frente a outras religiões, principalmente para as igrejas evangélicas, as quais representam 15,41% do universo de pessoas da citada pesquisa. Em 1991, segundo o mesmo instituto, os católicos perfaziam 83,8% dos brasileiros e os evangélicos representavam 9% da população. 7,35% declararam-se sem religião.

¹⁶ Sobressai-se julgamento histórico do STF, que decidiu negar ordem ao Mandado de Segurança nº 1.114,

esta é a ordem lógica das coisas. Por tudo isso, não foi motivo de espanto a emenda ao projeto “Deus na Escola”, apresentada pelo deputado Waldir Agnello, com o escopo de “aperfeiçoar o texto do projeto original, para possibilitar ao educando a proximidade com os princípios religiosos cristãos”.

Sobre a possibilidade de alguma lei infraconstitucional restringir a liberdade religiosa, limitando o ensino religioso a uma determinada religião ou crença, enfatiza Noberto Bobbio: “Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, por exemplo, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, isto é, lhe proíbe de estabelecer normas que tenham como conteúdo a restrição ou a supressão da liberdade religiosa”.

Esta assertiva está em perfeita sintonia com a redação do art. 1º do Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, ainda em vigor, constituindo verdadeira norma de caráter programático. Ademais, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional, estabelece, em seu art. 33, o respeito do ensino público à diversidade cultural e religiosa do Brasil, proibindo quaisquer formas de proselitismo no ensino religioso. Portanto, percebe-se, sem muito esforço, que a emenda proposta ao projeto de lei em análise manifesta afronta aos imperativos constitucionais, quando pretende “aperfeiçoar” o texto do projeto inicial, oferecendo aos alunos unicamente os princípios e doutrina cristãos, em detrimento às demais correntes religiosas existentes no Estado de São Paulo.

Não obstante termos grande respeito à doutrina cristã e percebermos que abrange seguidores na maior parcela da população nacional, o projeto de lei não se coaduna com os princípios democráticos da liberdade de consciência, em particular, da liberdade de crença e de culto, e ainda da laicidade. Portanto, o Estado não pode fixar o ensino religioso cristão a todos os alunos da rede estadual de ensino, como pretendia a citada emenda.

o qual versava sobre o direito da Igreja Católica Brasileira, cisma da Igreja Católica Apostólica Romana, de promover seus cultos. O citado *writ* foi impetrado no STF em favor de D. Carlos Duarte Costa, Bispo fundador e chefe da Igreja Católica Apostólica Brasileira do Rio de Janeiro – ex-Bispo de Maura (África) da Igreja Católica Apostólica Romana. A finalidade da apresentação desta ação foi garantir à Igreja Católica Apostólica Brasileira do Rio de Janeiro e aos seus componentes o livre exercício de seu culto religioso em público e no interior dos templos, bem como das atividades na escola mantida pela Associação Nossa Senhora Menina, uma vez impedidos pela polícia, após parecer do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, em reclamação formulada pela Igreja Católica Apostólica Romana.

Não foi por outro motivo que o relator especial, ao emitir seu parecer sobre o Projeto de Lei nº 17, de 2004, assim se pronunciou: “Totalmente ilegal, uma vez que o inciso II do art. 33 da Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as bases da educação nacional, determina que o ensino religioso no ensino fundamental terá caráter confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou seu responsável, e interconfessional, entre as diversas entidades religiosas. Assim, não há como legalmente restringir o ensino religioso à religião cristã”.

Na verdade, o inciso II do art. 33, citado no parecer, havia sido revogado pela nova redação dada ao referido artigo pela Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997. Porém, a essência do artigo 33 da LDB continuou a mesma, não influenciando, portanto, no teor do parecer. A rigor, foram modificadas apenas as partes que previam que o ensino religioso seria ministrado “sem ônus para os cofres públicos”, bem como a que abria a possibilidade de ser a disciplina ministrada por orientadores religiosos, preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas, em lugar dos professores públicos. Portanto, a nova redação ao artigo 33, dada pela Lei nº 9.475/97, ratificou a tolerância religiosa e abriu a possibilidade de ser o ensino religioso nas escolas públicas de caráter confessional, situação permitida pelo antigo inciso I e que, a nosso ver, era incompatível com a laicidade constitucional¹⁷.

Como se observa, existem fortes óbices constitucionais à pretensão do Projeto de Lei nº 17/2004. A maior dificuldade prática de implantação desse projeto seria a de elaborar um “manual” por um grupo de estudo formado por professores, pedagogos, estudiosos e representantes de diversas religiões, assegurando o respeito à diversidade cultural e religiosa, uma vez que teria um caráter “homogêneo a todas as crenças religiosas”. O problema é que convivem, nas escolas paulistas, alunos cujas famílias são compostas de católicos, ortodoxos,

¹⁷ Anterior redação: “Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter:

I - confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; ou

II - interconfessional, resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa.”

evangélicos (com todas as suas denominações), budistas, taoístas, espíritas, brâmanes, judeus, muçulmanos, umbandistas, hinduístas, anglicanos, entre tantos outros, afora aqueles que não professam nenhuma religião. Seria muito difícil haver compatibilidade do “manual” com a realidade local dos alunos de todas as escolas. Desta forma, o risco de exclusão se tornaria patente. Assim, dificilmente o projeto “Deus na Escola” poderia resguardar o respeito à pluralidade religiosa dos alunos, a não discriminação das minorias, a singularidade de cada aluno e, sob a ótica da democracia, o respeito aos que não seguem qualquer religião.

Por todo o exposto, concordamos com o veto do chefe do Poder Executivo, pois, legalmente, ao contrário das demais disciplinas, o ensino religioso na escola pública deve ser reflexo da realidade local, devendo ser vedada qualquer forma de unificação curricular, sob pena de afronta à liberdade de crença individual dos discentes.

6. Considerações finais

O tema abordado neste trabalho envolve grande polêmica, sabendo-se que a intolerância religiosa seja motivo de guerras e discórdias desde os tempos mais remotos. O já referido discurso de Carlos de Laet¹⁸ é oportuno para uma escola particular, de formação religiosa. Mas não podemos olvidar que a escola pública pertence a todos, sem distinção de credos e sem sectarismos, e também aos incrédulos.

O cerne da questão não é se insurgir contra o catolicismo ou qualquer outra religião, mas se alinhar em prol da liberdade de crença e do pluralismo religioso que permeia a sociedade democrática. Imaginemos um futuro hipotético, como o levantado pela vereadora Mara Gabrilli, com predomínio de uma facção religiosa contrária à transfusão sanguínea, por exemplo (GABRILLI, 2007). Poderia essa facção decidir sobre a saúde dos demais?

¹⁸ Destacamos o seguinte trecho, pela sua pertinência: “*Dos sentimentos que vos animam, meus caros bacharéis, dá testemunho eloqüente, a divisa que tomastes para exornar o quadro do estilo: — Theòn oú léxo potè prostátan ischon; que um tradutor verteu em latim: — Deo non desinam unquam patrono uti; ou, em vernáculo: — Jamais deixarei de ter a Deus como meu protetor. Ela foi tirada de uma tragédia, a do Rei Édipo, do grande Sófocles, genial agitador de paixões. O vosso lema, meus caros bacharéis, forma parte do soberbo cântico com que o coro, entremeando o elemento lírico no dramático, exora a Divindade em prol da pátria ameaçada e inditosa. Desajudado da Revelação, o*”

No nosso sentir, o ato de vetar o projeto “Deus na Escola” por parte do governador de São Paulo foi cingido de uma postura de estrito cumprimento à Constituição e às normas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Buscou a pluralidade religiosa e a diversidade cultural, que caracterizam o corpo discente de cada uma das escolas públicas paulistas. Conforme previsto na Lei de Diretrizes da Educação Nacional e na Constituição Federal, o Estado não pode impor às escolas públicas um programa de ensino religioso comum a todas elas. O espírito da Constituição e da lei é no sentido de tolerar e, mais profundamente, respeitar a liberdade religiosa, para que não venha à tona o mais cruel sentimento humano: a rejeição.

Assim sendo, o respeito à religião de cada um – como também ao agnosticismo e ao ateísmo – contribui para a formação de uma sociedade mais justa, fraterna e democrática. À vista disso, o Estado deve ser laico e neutro, não tendo o direito de assumir identidade religiosa, permitindo o pluralismo religioso. Por sua vez, o extremismo laicista deve ser evitado, como ocorreu em França, onde se pretendeu proibir alunos de utilizarem vestimentas que explicitem religiosidade. Concordamos com Laet, no sentido de que o professor raramente se abstrai de sua religiosidade ao explicar as teses científicas aos alunos. Porém, entendemos, mesmo de forma utópica, que a ética deve ser colocada sobre a crença, de forma que, em sala de aula, ao se abordar temas científicos, a ciência deve prevalecer.

Como indivíduos pertencentes à raça humana, produtos de uma sociedade preconceituosa e egoísta, podemos nos dar o luxo de nos submetermos às nossas vaidades, paixões e apegos. O Estado não! Nesse sentido, o Estado se aproxima de Deus, pois respeita a liberdade de crença, indistintamente, sem intervir na vontade de alguém que deseje possuir uma determinada religião e de poder migrar para outra, caso queira e quando

espírito helênico todavia lobrigava a idéia de Deus, só com o fraco lume da razão natural, e entusiástico o saudava, deprecando a divina proteção. Grande lição para aqueles a quem o Cristo se revela e que desdenhosos o postergam! Não assim vós, meus caros discípulos e já também colegas; não assim vós que, por uma feliz coincidência, estudastes sob o patrocínio de Maria, comigo a invocáveis antes de todas as nossas lições, e ides receber o vosso primeiro grão no dia em que se enaltece o augusto privilégio cuja definição marca o fastígio do movimento católico no transacto século. Assim protegidos não haverá dificuldades que se vos não aplanem, barreiras que se não abatam, perigos que se não conjurem, inimigos que se não debelem. Nós, os vossos mestres, aqui ficamos para contemplar-vos... Marchai resolutos à conquista do futuro!”

quiser. Fiquemos com Rui Barbosa, declarando invioláveis as prerrogativas do Estado e indestrutíveis os direitos da liberdade individual. Afinal, queiram ou não, Deus vai, sim, à escola!

Referências bibliográficas

ALMEIDA JR, José Maria G. de. *Inconstitucionalidade de proposições e outros trabalhos parlamentares de caráter religioso: princípio da laicidade*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. [s.l]:Ed. UNB.

GALDINO, Elza. *Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na constituição*. [s.l]:Del Rey, 2006.

GABRILLI, Mara. Entrevista intitulada “As religiões não mandam na saúde”. *Revista Época* n. 491. 2007.

JANUS, A. *A questão religiosa: o papa e o concílio*. Versão e introdução de Rui Barbosa. 3.ed.. Rio de Janeiro: Elus, 1877.

LAET, Carlos de. *Discurso sobre a educação religiosa*. Disponível em: <http://www.permanencia.org.br/revista/Pensamento/laet9.htm>. Acesso em: 08 nov. 2007.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Estado laico, fundamentalismo e a busca da verdade. *In: Estado laico e liberdades democráticas*. Editado e organizado por Carla Batista e Mônica Maia. Recife: Abril 2006. (versão online).

RANQUETAT JR, César. Religião em sala de aula: o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras. *Revista Eletrônica de Ciências Sociais*. Ano 1, fev. 2007.

DO PATÍBULO AO CALABOUÇO: O OLHAR DE FOUCAULT SOBRE A “EVOLUÇÃO” DAS PENAS NO OCIDENTE

Lúcio Mendes Cavalcante

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

O presente artigo cinge-se, em seu círculo conceitual e discursivo, a fazer uma abordagem da obra *Vigiar e punir*, do filósofo francês Michel Foucault. A análise ocupa-se precisamente da parte da obra em que o autor discorre sobre a transição da tradição supliciar ocidental, centrada na utilização do corpo e na espetacularização do sofrimento, para um novo mecanismo de poder, focado na lógica da disciplina e da vigilância e visando à normalização da alma do delinqüente. Tal abordagem é feita tendo como pano de fundo a concepção foucaultiana de poder e sua relação com o instrumento da pena.

Examinar o olhar de Foucault sobre o processo de “humanização” das penas inaugurado na modernidade, assim como proceder a qualquer abordagem de aspectos pontuais de seu pensamento, é tarefa que não prescinde de uma avaliação, ainda que sucinta, de sua forma de enxergar o fenômeno do poder. É verdade que Foucault jamais se propôs a elaborar uma teoria geral do poder. Isto, inclusive, seria bastante problemático, haja vista seu estilo dissertativo não-sistemático e não-linear. No entanto, é inegável que o poder constitui um dos problemas centrais de seu pensamento - o poder que disciplina, que observa, que normaliza - seja nos estabelecimentos carcerários ou manicomiais, seja nas trocas lingüísticas ou na vivência da sexualidade.

Deste modo, a pena assume, no pensamento foucaultiano, somente o caráter acessório de instrumento da tecnologia do poder. Não obstante este papel secundário da pena ante o protagonismo do poder, não deixa de ser instigante e bastante provocadora a tarefa de avaliar a visão foucaultiana acerca do papel do suplício na sociedade ocidental e a sua lenta superação. Tal tarefa só é melhor compreendida, repita-se, após situar-se o tema dentro do universo conceitual do pensador francês.

2. Do poder de soberania ao poder disciplinar

A questão do poder é um dos problemas centrais das ciências sociais, sendo que, na perspectiva clássica, a sua definição se insere na estreita categoria de capacidade de impor a alguém uma ação ou uma abstenção através da possibilidade do uso da força (coercibilidade), cabendo ao Estado a primazia e o monopólio do uso dessa força. Deste modo, o único poder possível, na ótica clássica cunhada pela ciência política, é o poder legítimo do Estado, ou, consoante o universo vocabular foucaultiano, o “poder de soberania”.

O pensamento foucaultiano propõe uma visão pluralista do poder, agora concebido não apenas como um elemento concentrado e monopolizado pelo aparelho estatal (poder de soberania), mas como algo disperso, difuso no tecido social e nos sujeitos, oscilando, como prática social que é, de modo a ser titularizada por um dado sujeito em determinada circunstância, dispersando, em seguida, de forma volátil. Desta maneira, a perspectiva de localização e exercício do poder é desviada do Estado e das instituições para o sujeito e para as práticas sociais, de modo a estabelecer, senão uma desestatização do poder, ao menos uma descentralização deste.

Com isto, pode-se entender que Foucault não pretendia reduzir a importância do poder estatal, mas lançar uma visão mais ampla da correlação de forças sociais, demonstrando a dispersão de seus centros de irradiação. Isto porque as relações de poder e o fenômeno da dominação existem em qualquer agrupamento humano e antecedem à formação do próprio Estado. Tal perspectiva está bem delineada em uma conhecida passagem do primeiro volume de *A história da sexualidade*, onde o autor resume sua perspectiva acerca do fenômeno do poder:

Dizendo poder, não quero significar “o poder”, como um conjunto de instituições e aparelhos garantidores da sujeição dos cidadãos em um estado determinado. Também não entendo poder como um modo de sujeição que, por oposição à violência, tenha a forma de regra. Enfim, não o entendo como um sistema geral de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre o outro e cujos efeitos, por derivações sucessivas, atravessem o corpo social *inteiro*.

A análise em termos de poder não deve postular, como dados iniciais, a soberania do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação; estas são apenas e, antes de mais nada, suas formas terminais. Parece-me que se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais (FOUCAULT, 1993, p.88-89).

Essa perspectiva reclama uma nova metodologia, uma nova estratégia de apreciação do fenômeno, haja vista a ampliação de seu objeto. Nesse sentido, esclarece Foucault (1992, p. 186):

Em vez de orientar a pesquisa sobre o poder no sentido do edifício jurídico da soberania, dos aparelhos de Estado e das ideologias que o acompanham, deve-se orientá-la para a dominação, os operadores materiais, as formas de sujeição, os usos e as conexões da sujeição pelos sistemas e os dispositivos estratégicos. É preciso estudar o poder colocando-se fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e pela instituição estatal.

Ao contrário de boa parte dos cientistas sociais, Foucault enxerga o poder e suas estratégias de dominação como algo positivo, produtivo, criador, dinâmico, gerador de saberes, atitudes, comportamentos e discursos, atuando de forma sutil e não apenas através da violência. Contudo, parece haver uma preocupação em sua obra de externar e dar visibilidade ao invisível. Parece querer demonstrar como se operam o processo de dominação e o exercício sutil do poder, fornecendo elementos para que aqueles que não o exercem ou

são objeto dele o percebam, podendo participar mais ativamente deste “jogo de afrontamentos incessantes”.

Foi nesse contexto filosófico que Foucault escreveu *Vigiar e punir*, evidenciando a transição do modelo de “poder de soberania” para o modelo de “poder disciplinar”. Esse poder é exercido não apenas pelo soberano, pelo Estado, mas também pelos corpos sociais intermediários (escolas, fábricas, prisões, manicômios, igrejas, entre outras instituições) e por seus agentes, de forma a normalizar os comportamentos. Outrossim, a obra de Foucault evidencia a ação quase que invisível do poder disciplinar, que extrai a sua força justamente desse anonimato, ao contrário do exercício do “poder de soberania”, com seus ritos e aparato de espetáculo, retirando sua força dessa excessiva visibilidade. A esse respeito, acentua De Leon (2002):

Ao escrever *Vigiar e punir*, Michel Foucault analisa o poder disciplinador como uma das principais tecnologias do poder das modernas sociedades: o poder das normas. As normas se perdem da sua gênese. É como se elas sempre tivessem existido e como se a sua criação obedecesse a uma razão mais cosmológica do que mesmo humana. Ao ser promulgada, divulgada, tida como certeza, ela impera livremente das ações usuais dos grupos que a produziram. Há uma espécie de alienação coletiva que desassocia a norma daqueles que a produziram.

3. Do suplício do corpo ao controle da alma

O deslocamento do poder de soberania para o poder disciplinar é marcado por uma mudança de estratégia e de objeto: o exercício do poder de punir, que na Idade Média era infligido sobre o corpo dos condenados, passou paulatinamente a ser dirigido à sua alma. Não foi por outra razão, segundo Foucault (2004), que a alma do réu passou a ser invocada e analisada nos processos (observe-se a invocação das circunstâncias subjetivas atenuantes e agravantes), já que esta será também objeto da execução da pena. Dentro desta nova tecnologia punitiva, no entanto, o corpo não deixa de ser também subjugado,

visto que este é, por excelência, o objeto do exercício do poder, como bem ressalta Foucault (op. cit., p. 25):

Mas o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele, elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais.

Com efeito, o corpo ainda se sujeita ao poder. Todavia, dentro da nova semiótica do poder, melhor analisada mais à frente, o elemento novo é precisamente a inclusão do controle e da normalização da alma, de modo que o uso do corpo se insere apenas como meio de alcançar este fim último. Tal transição, operada entre os séculos XVII e XVIII, é marcada pela adoção de uma nova estratégia consistente na “economia” do poder. Deste modo, a finalidade da punição e o uso do corpo passaram a buscar finalidades diversas das anteriormente pretendidas, quando o suplício era, por excelência, o instrumento punitivo e quando o patíbulo era mais importante do que o calabouço.

3.1 A técnica do suplício

Segundo aponta Foucault, na Idade Média, existia uma tecnologia tão precisa na utilização dos métodos de tortura, que a prática veio a construir uma verdadeira dosimetria do suplício. Desse modo, o sofrimento era modulado e a intensidade do golpe, o local do ferro, o número de chibatadas, tudo isso era medido de acordo com o crime e o nível social das vítimas (Foucault, 2004, p.35). Por outro lado, o suplício tinha ainda a finalidade de cumprir o papel hoje desempenhado pelas certidões de antecedentes criminais, ostentando no corpo dos supliciados as marcas infamantes e publicizando em sua carne o registro de sua condenação.

Basicamente, porém, o suplício possuía dupla natureza: servia como instrumento de punição e como meio de instrução, visando à obtenção da verdade, sendo que, nesta última modalidade, estar-se-ia diante de um verdadeiro meio de prova. No tocante a esta última forma supliciar, Foucault (op. cit., p.37) chega a afirmar que “a tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito,

mas também de duelo”. Justifica sua afirmativa, alegando que a busca da verdade era encetada em meio ao desafio à capacidade de resistência do supliciado. Foi certamente essa a razão que levou Beccaria a afirmar que a tortura beneficia os celerados mais fortes e prejudica os inocentes mais frágeis (BECCARIA, 2002).

O estratagema que permitia infligir a tortura como meio de prova era o de considerar o supliciado “meio culpado”, o que o fazia, de qualquer forma, merecedor da tortura. O fundamento último do suplício, por sua vez, era a vingança do príncipe que teve sua vontade (lei) desrespeitada, devendo o corpo do réu ostentar a cólera do soberano em uma execução pública cujo ritual, cercado de terror e de intimidação, materializava a força implacável do poder.

3.2 A semiótica do poder de punir

A partir da segunda metade do séc. XVIII, cristalizam-se as oposições aos suplícios, tendo o Iluminismo contribuído para impor limites ao poder soberano, mandando respeitar a “humanidade” do criminoso. Com isso, a tecnologia do suplício, como meio punitivo, foi lentamente sendo substituída pelo que Foucault chama de semiótica do poder de punir. Esse método era baseado na produção de representações simbólicas como meio mais eficaz de prevenção e repressão ao crime, podendo tal método ser sintetizado em algumas regras básicas.

Pela regra da quantidade mínima, parte-se da constatação de que o crime produz vantagens para o seu autor. Assim, se sua prática gerasse desvantagem, o crime deixaria de ser desejado. Com isso, basta que o mal causado pela pena ultrapasse o benefício que o crime gera, produzindo um déficit, sendo dispensáveis as punições excessivas e desproporcionais. Segundo a regra da idealidade suficiente, verifica-se que a idéia de sofrimento é mais eficaz que a dor produzida como instrumento para dissuadir alguém a delinquir. Com efeito, a punição não precisaria utilizar o corpo, mas, sobretudo, trabalhar com a representação do sofrimento causado pela pena.

Consoante a regra dos efeitos colaterais, a punição deve produzir efeito não apenas nos condenados, mas também nos demais sujeitos, maximizando a percepção do sofrimento no grupo social e minimizando o sofrimento em si, produzido no delinquente. Já pela regra da certeza perfeita, o essencial é que,

uma vez praticado o ilícito, a pena seja certa, sendo tal regra evidenciada em uma célebre e conhecida passagem da obra, a seguir reproduzida:

Nada torna mais frágil o instrumento das leis que a esperança da impunidade; como se poderia estabelecer no espírito dos jurisdicionados um laço estreito entre o delito e a pena se viesse a afetá-lo um coeficiente de probabilidade? Não seria preciso tornar a pena tanto mais temível por sua violência quanto ela deixa menos a temer por sua pouca certeza? Mais que imitar assim o antigo sistema e “ser mais severo”, é preciso ser mais vigilante (FOUCAULT, 2004, p. 81).

O ponto curioso na abordagem que Foucault faz da instituição carcerária é que ele não a vê como uma instituição fracassada, que não atingiu sua finalidade. Pelo contrário, considera-a uma instituição que deu certo, ao menos na ótica da classe dominante, razão pela qual ainda não foi substituída. Com efeito, para Foucault, o cárcere é uma tática política de dominação autorizada pelo saber científico. Seu objetivo é docilizar e normalizar o delinqüente, bem como extrair utilidade econômica de suas forças, enquadrando-o na lógica do sistema de produção e transformando sua alma, devidamente domesticada, em prisão do seu corpo (SANTOS, 2005).

Nesse contexto, o autor identifica a origem e o desenvolvimento da pena privativa de liberdade com a origem e o desenvolvimento do capitalismo. Desse modo, a pena de prisão seria, na verdade, não um instrumento repressivo, mas “diferenciador” dos indivíduos, excluindo e neutralizando a classe dominada. Tal concepção é exteriorizada de forma mordaz e irônica por Foucault, que sustenta:

Podem falar os magistrados; a justiça penal, com todo seu aparelho de espetáculo, é feita para atender à demanda cotidiana de um aparelho de controle meio mergulhado na sombra que visa a engrenar uma sobre a outra polícia e delinqüência. Os juízes são empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. Ajudam, na medida de suas possibilidades, a constituição da delinqüência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização, a

utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante (FOUCAULT, 2004, p. 234)

Sob essa ótica, a lei e a justiça penal são instrumentos de gestão diferenciada da criminalidade, utilizadas para imunizar os ilícitos das elites e para penalizar as camadas sociais subalternas. Em tal contexto, a pena não visa a combater a criminalidade, mas diferenciá-la, o que de certa forma aproxima o pensamento foucaultiano de aspectos da teoria marxista. Tal fato é perfeitamente compreensível, haja vista os resquícios da militância socialista que não o abandonaram por completo. A estrutura carcerária, dentro dessa nova ótica, desloca-se para a perpétua observação do indivíduo (panoptismo), visto que vigiar é mais eficaz do que punir. De igual forma, domesticar a alma, recuperando a força produtiva do delinqüente, é mais adequado à lógica capitalista que o espetáculo feudal das torturas públicas e seu sistema de penas.

4. O poder e a pena

A esta altura, é necessário que se faça um esclarecimento sobre a conexão entre a primeira e a segunda partes deste trabalho, ou seja, entre a concepção foucaultiana de poder e sua abordagem da pena privativa de liberdade. Conforme foi salientado, a noção foucaultiana de poder está intimamente ligada à questão dos processos sociais de dominação e de controle social, afastando-se da tradição jurídica e política que o associa ao exercício legítimo da força levado a cabo pelo Estado.

Deste modo, com base nas idéias aqui apresentadas acerca da natureza do poder, é factível a leitura de que o poder age nas sombras, muito antes da encenação do espetáculo judiciário e da produção normativa. E o faz selecionando os tipos penais que interessam e produzindo os discursos científicos que legitimarão esse estado de coisas, bem como construindo os próprios sujeitos. De igual forma, uma vez inserido o sujeito no aparelho penitenciário, o poder disciplinar dá continuidade ao trabalho, normalizando e ajustando o indivíduo à demanda do sistema.

Sob essa ótica, a concepção de poder desenvolvida por Foucault tem íntima relação com sua concepção acerca da instituição carcerária, evidenciando a existência de um mecanismo de controle social que perpassa e antecede o próprio poder estatal. Em consequência, o sistema prisional, construído sob o signo do poder disciplinar, é apenas uma engrenagem, um mecanismo dessa imensa máquina de poder.

Dentro dessa mesma ótica, a transição do modelo punitivo supliciar para o prisional não foi motivada pelo humanitarismo dos iluministas, mas pela correlação de forças que se digladiavam no meio social. Nesse embate, venceu a lógica liberal, que, no campo penal, era representada pela idéia do sistema prisional, visando à reconstrução dos indivíduos “indesejáveis”, normalizando-os em série, domesticando sua alma e apropriando-se de sua força produtiva.

Tal concepção não buscava compactuar com a ingênua leitura marxista do crime que, partindo da concepção da luta de classes, idealiza e perdoa o crime e a violência dos desvalidos sob o injustificável fundamento de se tratarem de atos libertários. Na verdade objetivava pôr em evidência os mecanismos ocultos do poder e denunciar a “gestão diferenciada” da criminalidade, fato facilmente verificável após uma rápida visita a qualquer prisão de qualquer país capitalista.

Essa crítica refaz o papel do Iluminismo na história do direito penal, pois, conforme sustentavam os iluministas, ele mesmo sustentava, as luzes que produziram a razão também produziram a disciplina. Evidenciavam, assim, a sua concepção de que nenhuma luta é totalmente libertária, pois a resistência a um dado mecanismo de poder gerará, necessariamente, um outro mecanismo de poder, produtor de novos saberes e atitudes.

Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DE LEÓN, Adriano Azevedo Gomes. A arte da punição: a norma e o direito na ótica de Michel Foucault. In: *Verba Juris*. João Pessoa: Ed. Universitária, 2002, 1 v.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade In: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

_____. *Microfísica do poder*. 10. ed. Org. e trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

_____. *Vigiar e punir*. 29 ed. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2004.

POGREBINSKI, Thami. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. Disponível em: (<http://www.scielo.gov.br>). Acesso em: 13 out. 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir. In: seminário do ibccrim. São Paulo, n. 11, p. 4-7, out. 2005.

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS QUE PREVÊEM DESCONTOS OBRIGATÓRIOS NAS PRESTAÇÕES PAGAS ATÉ O VENCIMENTO

Raniere da Silva Dantas

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Professor da Escola Superior do Ministério Público da Paraíba

1. Introdução

Em alguns contratos com pagamentos de prestações periódicas, principalmente nos celebrados com instituições de ensino, há a previsão de pagamentos com descontos vinculados quando realizados até os seus vencimentos. Em tais hipóteses, em caso de mora, passa a ser considerado o valor nominal previsto no contrato, de forma que a multa e os juros moratórios passam a incidir sobre esse valor, desconsiderando por completo o desconto.

O presente trabalho busca analisar a legalidade de tais contratos e como devem ser interpretados, levando-se em consideração as normas estatuídas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, serão abordados alguns conceitos jurídicos necessários à correta interpretação dos referidos negócios jurídicos, destacando-se, também, a possibilidade de atuação do Ministério Público em defesa da legalidade e dos interesses dos consumidores.

2. O princípio da autonomia da vontade e os contratos de adesão

O Código Civil de 1916 foi editado sob a égide do Estado Liberal, onde a tendência era a intervenção mínima do Estado na autonomia das vontades dos contratantes. Com as transformações da sociedade, começou-se a perceber que muitos dos interessados, por estarem em situação de inferioridade logo na contratação e por análises deficientes em face das suas condições econômicas ou culturais, aceitavam cláusulas que privilegiavam em demasia a outra parte.

Buscando minimizar tais injustiças, o Estado passou, cada vez mais, a interferir nas relações entre particulares, notadamente em defesa dos hipossuficientes. Como resultado, nasceu e se solidificou o Estado Social e,

nesse contexto, entrou em vigor o novel Código Civil, o qual, em seu art. 421, preconiza que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Segundo Caio Mário¹, a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade, quando tal autonomia estiver em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar. Dessa forma, se antes as partes podiam contratar livremente, agora o Estado, através do dirigismo contratual, passa a limitar tal autonomia, em atenção ao interesse da coletividade sobre o contrato. Essa necessidade de intervenção estatal foi acentuada com o nascimento dos contratos de adesão, através dos quais a parte mais forte impõe as suas cláusulas, cabendo à outra parte apenas aderir.

O Código de Defesa do Consumidor define, em seu art. 54, contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo”. Destaca o citado dispositivo que “a inserção de cláusulas no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato”.

Se antes não existiam, de forma considerável, empresas que contratavam com grande quantidade de pessoas, nos tempos atuais, existem até as que oferecem seus produtos e serviços a grande número de indivíduos. Para evitar que haja uma tratativa isolada para o estabelecimento das cláusulas que irão disciplinar a relação jurídica, seja por agilidade ou comodidade, seja para aproveitar-se de sua situação de superioridade, são previamente confeccionados modelos de contratos. Nesses modelos, há a previsão de valores, multa e juros moratórios, datas de vencimentos, etc, sendo que a outra parte, caso possa escolher, adere a tais contratos ou procura outro estabelecimento para contratar.

É o que acontece com os estabelecimentos privados de ensino, os quais oferecem os seus serviços, cabendo ao consumidor matricular-se e aderir às cláusulas contratuais previamente estabelecidas, ou, então, procurar outra entidade educacional. Esses contratos são caracterizados pela uniformização, predeterminação e rigidez, não havendo brecha para modificação substancial

¹ Apud GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5. 3v.

de suas cláusulas. Convém destacar que tais contratos não são ilegais, até porque são necessários para fomentar o dinamismo das relações contratuais. É o que Cappelletti² chama de “fenômeno de massa”. Todavia, é importante reconhecer a sua ocorrência, pois surtirá efeitos na forma de sua interpretação.

O atual Código Civil estatui: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” (art. 423). Estabelece também que, “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio” (art. 424). Dessa forma, é importante reconhecer, já num primeiro momento, que se está diante de um contrato de adesão, porquanto, em caso de ambigüidade, contradição ou renúncia indevida, a interpretação deverá favorecer o aderente.

3. As normas de ordem pública e o Código de Defesa do Consumidor

Segundo o magistério de Carlos Maximiliano³, “a distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras, o interesse da sociedade considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada, sucede o contrário; só indiretamente serve o interesse público, a sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial”.

Havendo normas de ordem pública, prevalecendo o interesse da sociedade, há limitações tanto ao poder de contratar como ao de estipular livremente as cláusulas. Isso porque o Estado, através do dirigismo contratual, já estabelece as cláusulas gerais que não podem ser derogadas pelas partes, sendo, assim, de aceitação obrigatória.

Em atenção ao mandamento previsto no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, nasceu o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/

² Apud ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 176.

90), verdadeiro marco no nosso ordenamento jurídico. Ante o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, o art. 1º do referido diploma legal preceitua que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social. Com tais atributos, o legislador pátrio quis deixar claro que as normas contidas nesse microsistema são de incidência obrigatória em todas as relações de consumo, não ficando ao alvedrio das partes a sua aplicação ou não. Faz-se mister destacar que o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil preceitua: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

4. Interpretação dos contratos nas relações de consumo

“Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”⁴. Quando as partes contratam, ainda que por escrito, nem sempre ficam claras e livres de ambigüidades as suas disposições, cabendo ao intérprete perquirir a real intenção dos contratantes, de forma a realizar a justiça social.

Com efeito, nem sempre o que está escrito corresponde à intenção das partes. Por essa razão, o Código Civil fixou como norte que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112). Dessa forma, quando o aplicador do direito está diante de um contrato, deve buscar a real vontade das partes e enquadrá-la no ordenamento jurídico.

Deve-se também atentar para o fato de que, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (CC, art. 423). No caso particular das relações de consumo, especialmente nas celebradas através de contratos de adesão, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao consumidor, dada a sua hipossuficiência, em atenção ao estatuído no art. 47 do CDC. Por outro lado, conforme foi destacado, o contrato deve ser interpretado de acordo com o

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 07.

ordenamento jurídico, até porque poderá haver cláusulas, apesar de desejada pelas partes, que ofendem a ordem pública, sendo portanto nulas de pleno direito.

5. Art. 52, § 1º, da Lei nº 8.078/90

Cláusula penal é também denominada de pena convencional ou multa contratual. Segundo Fagundes Varela⁵, “consiste na convenção pela qual o devedor, no caso de não-cumprimento da obrigação, de mora no cumprimento ou de outra violação do contrato, se obriga para com o credor a efetuar uma prestação, diferente da devida, por via de regra, em dinheiro, com caráter de uma sanção civil”. Tem, portanto, natureza de um pacto acessório e secundário.

A cláusula penal atua como meio de coerção, de forma a compelir o devedor a cumprir a obrigação e como prefixação das perdas e danos devidos em razão do inadimplemento do contrato. O Código Civil estabelece alguns limites à aplicação de tal pena em seus arts. 412 e 413. Porém, o Código de Defesa do Consumidor foi mais além, ao estipular, no art. 52, §1º, que “as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação”⁶.

Destarte, em todos os contratos referentes a relações de consumo, a multa moratória não poderá exceder a 2% (dois por cento). Assim, qualquer valor que extrapole tal limite deverá ser desconsiderado, por infringir disposição legal, a qual não pode ser derogada pelas partes, tendo em vista que se trata de norma de ordem pública.

6. Fraude à lei

Conforme lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷, fraude à lei é uma “manobra engendrada pelo fraudador para violar dispositivo expresso de lei, objetivando esquivar-se de obrigação legal ou obter proveito ilícito”. Trata-se, portanto, de ardil utilizado com o fim de camuflar o

⁵Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 384, 2.v.

⁶ Redação dada pela Lei nº 9.298/96.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 387, 1.v.

descumprimento de preceito imperativo da lei. O art. 166, inciso VI, do novo Código Civil estabelece: “É nulo o negócio jurídico quando tiver por objetivo fraudar a lei imperativa”. Já o art. 167 estabelece que “é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Nesta mesma linha, o art. 170 do CC preceitua: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Dessa forma, a princípio, o negócio realizado com fraude à lei será nulo. Todavia, poderá ser aproveitado após ser eliminado o que o torna ilegal, desde que em harmonia com o interesse dos contratantes.

7. Contratos que prevêm descontos obrigatórios quando o pagamento é feito até o dia do vencimento

Como foi visto no tópico anterior, a multa moratória não poderá exceder a 2% (dois por cento), devendo cada prestação ser analisada de forma isolada para averiguar se tal limite foi ou não observado, sendo errônea a sua averiguação pelo valor total. Assim, por exemplo, se as partes envolvidas acertam o pagamento de doze parcelas de R\$100,00 (cem reais), o valor da multa de cada prestação não poderá exceder a R\$2,00 (dois reais), sem prejuízo, repita-se, da incidência dos juros legais.

Observa-se, todavia, que alguns estabelecimentos, especialmente os de ensino, vêm inovando na forma de redação das cláusulas contratuais, com reflexos nos valores pagos na data do vencimento e posteriormente. Nesse caso, ao invés de fixarem o valor real da prestação, estabelecem um determinado valor superior, com a menção de que, se houver o pagamento até a data do vencimento, haverá desconto preestabelecido e vinculado.

Retomando o exemplo dado, no lugar de estabelecerem que serão doze parcelas de R\$100,00 (cem reais), estabelecem que serão doze parcelas de R\$125,00 (cento e vinte e cinco reais) e que o pagamento até o vencimento importará no desconto de 20% (vinte por cento), ou seja, quem pagar em dia terá como valor real da prestação R\$100,00 (cem reais). Numa análise apressada, poder-se-ia concluir que tais contratos produzem o mesmo efeito prático, resultando no mesmo valor da prestação. No entanto, quando são observados sob a ótica do devedor em mora, percebe-se a diferença.

Com efeito, no primeiro caso, supondo a inexistência de juros legais, o valor a ser pago no dia seguinte ao do vencimento seria de R\$102,00 (cento e dois reais), ao passo que no segundo caso o valor passaria a ser de R\$125,00 (cento e vinte reais), isto é, R\$23,00 (vinte e três reais) a mais. Já no segundo caso, quem não pagar no vencimento terá que arcar com um valor 25% (vinte e cinco por cento) maior que aquele que proceder ao pagamento em época oportuna. Assim, do ponto de vista prático, houve a cobrança de multa moratória de 25% (vinte e cinco por cento), bem acima, portanto, do limite previsto no art. 54, §1º, do CDC. Donde se conclui que se está diante de um típico caso de fraude à lei.

Faz-se mister destacar que, sendo tal limite estabelecido em uma norma de ordem pública, cabe ao juiz reconhecer *ex officio* a infração a tal dispositivo, ou seja, ainda que não tenha sido alegado pelo consumidor, logicamente desde que ajuizada a ação judicial. A solução para tal problema não é, obviamente, declarar nula a cláusula que prevê o desconto do valor da prestação quando paga até a data do vencimento, pois isto criaria uma situação que prejudicaria, inclusive, o próprio consumidor.

A saída é encontrada, conjugando-se os arts. 112 e 170 do Código Civil transcritos acima. Ora, não obstante constar no contrato determinado valor como sendo o da prestação, as partes, quando contrataram, levaram em consideração que o valor real seria o valor com desconto, pois se presume que as prestações serão pagas até as datas pactuadas.

Desta forma, há de ser considerado como sendo o valor da prestação o já beneficiado pelo desconto, já que se trata de contrato de adesão, que deverá ser interpretado da maneira mais favorável ao consumidor. Nos exemplos citados, as duas formas de contrato deverão ter igual interpretação, ou seja, o valor da prestação seria igual a R\$100,00 (cem reais) e o da multa correspondente a 2% (dois por cento), isto é, R\$2,00 (dois reais).

8. Atuação do Ministério Público

O art. 129, inciso III, da Constituição Federal estabelece como função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos. Também a Lei da Ação Civil Pública prevê, em seu art. 5º, c/c o inciso IV do art. 1º, ter o Órgão Ministerial atribuição para ajuizar a ação civil pública em defesa dos direitos e interesses

difusos e coletivos. Para afastar quaisquer dúvidas, o inciso II do mesmo artigo incluiu, expressamente, os direitos do consumidor. Resta, assim, analisar se o contrato em tela pode ser enquadrado como interesse difuso ou coletivo.

O art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor define os interesses ou direitos coletivos como sendo os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. No caso dos estabelecimentos de ensino, o mesmo contrato-padrão é celebrado com todos os alunos, havendo apenas diferenças de preços, de acordo com a série ou período que está sendo cursado, além de nuances ligadas a eventuais bolsas de estudo.

Destarte, está-se diante de um interesse coletivo relacionado a todas as pessoas com as quais a entidade de ensino celebrou contrato para a prestação do seu serviço primordial. Portanto, o Ministério Público está legitimado para ajuizar a ação civil pública, por exemplo, para obrigar que a escola ou faculdade abstenham-se de cobrar o valor ilegal da mensalidade prevista no contrato. Com isso, busca-se compeli-las a considerar os valores com desconto, como sendo os valores reais das prestações para todos os fins, inclusive para o efeito da multa moratória, que deverá limitar-se a 2% (dois por cento). Eventuais ressarcimentos aos estudantes relacionados aos valores pagos indevidamente reputam-se interesses individuais. Caso se qualifiquem como homogêneos, a depender do número de estudantes/responsáveis lesados, também autorizam o ajuizamento de ação civil pública pelo *Parquet* ou por outro legitimado.

9. Considerações finais

No início do presente trabalho, observou-se que a mudança do Estado Liberal para o Estado Social teve influência direta nos contratos privados. Essa mudança é sentida, inclusive, no nosso Código Civil, ao preconizar a função social do contrato. Em seguida, foi destacado que o princípio da autonomia da vontade acompanhou tal mudança e sofre limitações decorrentes das normas de ordem pública. Trata-se de medidas necessárias para fazer frente à massificação dos contratos e à proliferação dos contratos de adesão, que impedem a discussão pelo aderente.

Mostrou-se que as normas de proteção ao consumidor são de ordem pública e, por isso, não podem ser derogadas pelas partes, podendo e devendo ser reconhecidas de ofício pelo juiz. No campo da interpretação, enfatizou-se que

deve ser privilegiada a real vontade das partes em detrimento ao que ficar redigido. Em caso de ambigüidade ou contradição e em se tratando de contrato de adesão, a interpretação deve ser favorável ao aderente, posição normalmente ocupada pelo consumidor.

Destacou-se que o Código de Defesa do Consumidor limitou peremptoriamente a multa contratual a 2% (dois por cento), devendo ser repelida qualquer tentativa de burlar tal limite. Em razão do aparecimento de alguns contratos com estratégias para burlar essa limitação, foi mostrado como deve ser feita a interpretação dos contratos que prevêm descontos obrigatórios e preestabelecidos nas prestações pagas até o seu vencimento.

Por fim, dada a natureza de tais contratos, tratando-se de típico caso de interesse coletivo e, eventualmente, podendo vir a se configurar também como interesse individual homogêneo, foi lembrado que cabe ao Ministério Público ajuizar a ação civil pública com vista a sanar a ilegalidade.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007.2 v.

_____. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2007.3 v.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEI MARIA DA PENHA E OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Leonardo Cunha Lima de Oliveira

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Em agosto de 2006, foi promulgada no Brasil a Lei n° 11.340, denominada popularmente de Lei Maria da Penha. Seu objetivo é conceder maior proteção às mulheres vítimas de agressões físicas, morais, psicológicas e patrimoniais, coibindo severamente a violência no âmbito familiar e doméstico. Convém esclarecer que a referida lei não alterou a pena em abstrato dos crimes, exceto com relação ao delito de lesão corporal leve, que deixou de ser considerado crime de menor potencial ofensivo, dada a ampliação do teto da pena cominada para três anos. Entretanto, mencionada infração penal, mesmo que praticada em razão de relações domésticas, continua sendo de ação penal condicionada à representação do ofendido, nos termos do art. 88 da Lei n° 9.099/95. Isso porque tal condição de procedibilidade não está vinculada ao fato de ser o crime de menor potencial ofensivo, mas simplesmente à natureza da lesão¹.

Assim, apesar do agravamento da pena máxima em abstrato cominada, caracteriza-se essencialmente como de lesão corporal de natureza leve o crime tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal. Desse modo, a Lei Maria da Penha apenas retirou essa espécie de crime do rol das infrações de menor potencial ofensivo, dado o aumento da pena máxima cominada. Porém, em nada alterou a situação anterior quanto à exigência de representação e, conseqüentemente, de composição civil, assim como quanto à possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo. Sobre o assunto, Pedro Rui da Fontoura Porto², defendendo esse posicionamento, assentou:

¹ “Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.

² PORTO, Pedro Rui de Fontoura. *Anotações preliminares à Lei n° 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. Disponível em: (<http://www.anjt.org.br/index.php?id=99&n=144>). Acesso em: 04 jan. 2008.

Contudo, apesar das críticas, fato concreto é que o legislador afastou a Lei 9.099/95 no caso de violência doméstica contra a mulher, conforme dicção expressa do art. 41 da Lei 11.340/06³, donde se concluir que, nas demais hipóteses de violência doméstica (contra crianças e idosos, especialmente, os do sexo masculino), previstas no § 9º do art. 129 do Código Penal, a referida Lei 9.099/95 segue, em parte, incidente. Diz-se “em parte”, porque a transação penal está afastada de qualquer modo neste tipo de lesão leve com violência doméstica ou familiar, como corolário da ampliação do teto penal para três anos o que descaracteriza a infração penal como de menor potencial ofensivo. Todavia, resta ainda possível a exigência de representação, conciliação civil e a possibilidade de suspensão condicional do processo, que seguem incidentes nos restantes casos em que a violência doméstica não é específica contra a mulher, pois seus pressupostos são outros que não o limite superior da pena em dois anos. Assume-se aqui esta conclusão, pois, na medida em que o afastamento da Lei nº 9.099/95 foi determinado apenas quanto aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, as demais formas de violência persistem sujeitas às regras anteriores. Deste modo, no caso de lesões corporais leves contra outros sujeitos passivos, ainda que praticadas nas hipóteses de violência doméstica do art. 129, § 9º, do CP, continua a exigência de representação do art. 88 da Lei nº 9.099/95 e, como corolário lógico, a possibilidade de conciliação precedente à decisão sobre representar ou não. Da mesma forma, segue possível, em tais casos, a suspensão condicional do processo do art. 89 da referida lei, pois pressupõe que pena mínima não seja superior a um ano, nada referindo em relação ao limite máximo.

³ “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Quanto à possibilidade de prévia realização de audiência de conciliação, antes do oferecimento da denúncia, nessa hipótese, o citado autor aduz:

Ademais, o direito de decidir sobre representar ou não pressupõe a possibilidade de conciliação civil, o que, seguramente, atende a interesses da vítima, nem sempre sediados na exclusiva punição criminal do seu agressor, mas, fundamentalmente, atrelados ao interesse reparatório dos danos sofridos, inclusive aqueles de caráter moral que, segundo afirma a doutrina da responsabilidade civil extramaterial, têm evidente caráter punitivo e podem importar em severa punição ao agressor. Até porque, com ele, é importante lembrar “que o poder de representar pressupõe o de conciliar, de sorte que, mantida a representação, mantém-se também a conciliação”, até mesmo em atenção à tendência da moderna criminologia e direito penal em facilitar a reparação do dano ao ofendido.

O artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, contudo, veda a aplicação dos institutos despenalizadores aos crimes praticados com violência doméstica, familiar ou íntima contra a mulher. Por outro lado, a Constituição Federal, em seu art. 5º, estabelece a igualdade entre homens e mulheres, sendo permitidas, tão-somente, as distinções previstas na própria Carta Magna. Como a Lei Maria da Penha só tem aplicação quando a vítima do crime é mulher, não tem ela incidência quando o crime for praticado contra pessoa do sexo masculino, já que, no direito penal pátrio, é proibida a denominada analogia *in malam partem*.

Como se não bastasse a visível afronta ao princípio da isonomia, tendo em vista que é expressamente vedada, por força da Carta Magna, qualquer discriminação entre os direitos e obrigações dos homens e mulheres, o disposto no artigo 41 da referida lei fere também os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Isso acontece porque a lei em análise tutela, de maneira bastante severa, bens jurídicos de menor expressividade em detrimento de outros crimes de inequívoca repercussão e censurabilidade.

A título de ilustração, pode-se imaginar que, em um crime de furto simples, de estelionato, apropriação indébita ou receptação, onde o desvio de

milhões de reais pode ser o objeto material do delito, em uma infração de desacato ou desobediência, onde o desprestígio de uma autoridade e da própria sociedade são afrontados, pondo em risco a manutenção indispensável da ordem e paz social, torna-se perfeitamente cabível o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo. Por outro lado, uma simples ameaça de dano injusto e grave ou, ainda, uma ofensa impensada praticada pelo marido contra a esposa, impede, segundo a norma infraconstitucional, a aplicação do aludido benefício.

Ao nosso sentir, a regra constante no art. 41 da Lei nº 11.340/06 é de flagrante inconstitucionalidade. Portanto, é perfeitamente possível a verificação da sua inadequação à norma constitucional suprema, através do denominado controle difuso ou indireto de constitucionalidade, afastando-se, por conseguinte, a sua aplicabilidade no caso concreto. A respeito do assunto, enfatiza Victor Eduardo Rios Gonçalves⁴:

Conclui-se, a grosso modo, que pela nova lei, a agressão contra crianças do sexo masculino é considerada menos grave do que a cometida contra as do sexo feminino. Da mesma forma, o irmão que agrida a irmã de mesma idade não poderá obter os benefícios, mas se agredir o avô, de 80 anos, terá em tese, direito aos institutos benéficos. Seria justificável este tratamento desigual perante o inciso I do artigo 5º da Constituição Federal, exclusivamente com o argumento de que a mulher é mais susceptível de ser vítima de agressão doméstica em face da sua maior fragilidade? Como, então, sustentar que a agressão de uma mulher, que vive em união estável com outra, não gere direito a suspensão condicional, etc. , mas se a agressão for de um homem contra o outro, nas mesmas circunstâncias, exista o direito ao benefício? Onde estaria a hipossuficiência, se em ambos os casos, autor do fato e vítima são do mesmo sexo? Como justificar esse posicionamento da nova lei diante da maior fragilidade da vítima do sexo feminino se ela admite, em tese, benefícios a uma mãe que provoque lesões leves em seu filho de 2

⁴ RIOS, Victor Eduardo. *A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006*. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo: [s.n], 2006.

anos de idade, mas proíbe se a vítima for sua filha de 20 anos?

O tratamento desigual também não se justifica por não haver razoabilidade pelo argumento de que as mulheres sofrem violência doméstica em maior quantidade. As estatísticas não tornam mais gravoso um crime apenas pela condição de sexo da vítima. Esta pode perfeitamente ser idosa ou criança, mas ambas inequivocamente merecem maior proteção do Estado pela sua peculiar situação. É público e notório que os homens são estatisticamente vítimas do crime de homicídio em maior quantidade que as mulheres, mas este simples fato não torna, por si só, a pena do delito contra a vida mais gravosa. No mesmo sentido, não há que se falar em constitucionalidade de tal dispositivo com fundamento no art. 226, § 8º, da CF, que estabelece: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Como se observa, a Constituição Federal coíbe a violência doméstica contra qualquer membro da entidade integrante da família, sem fazer nenhuma distinção de sexo. Neste diapasão, no nosso entendimento, melhor teria andado o legislador infraconstitucional se tivesse tutelado a violência doméstica ou familiar contra a pessoa, ao invés de limitar tal proteção simplesmente às mulheres. Como se sabe, na atualidade, a mulher vem ocupando papéis de relevo na sociedade, sendo injustificada sua caracterização como sexo frágil. Hoje existem mulheres ocupando cargos de evidente demonstração de poder e competência. O sucesso feminino no mercado competitivo de trabalho, nas mais variadas áreas profissionais, é uma prova de que a posição da mulher na sociedade mudou, consideravelmente, não sendo justificável considerá-la como sexo fragilizado e desprotegido.

A Constituição Federal, em seu art. 98, I, remeteu ao legislador ordinário a tarefa de definir o que seriam infrações de menor potencial ofensivo. Entretanto, os institutos despenalizadores previstos na própria Carta Magna expressam um direito público subjetivo do suposto autor do fato que preenche os requisitos objetivos e subjetivos necessários. Sobre o tema, ensina Eugenio Pacelli de Oliveira⁵:

⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 709 e 723.

Houve a adoção de um modelo consensual de justiça e de processo penal. O Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal.

Significa dizer que a Lei Maria da Penha, ao excluir dos crimes praticados com violência doméstica a aplicação da Lei nº 9.099/95, retirou do autor do fato o direito ao benefício constitucionalmente garantido da transação penal. E o fez, mesmo estando preenchidos os requisitos para sua concessão, atribuindo-lhe condição particularmente mais gravosa. Com base na Lei Maria da Penha, embora as figuras típicas sejam as mesmas, o rito variará conforme a vítima seja ou não do sexo feminino. Sendo a vítima homem, aplica-se a Lei nº 9.099/95; sendo mulher, a citada lei não se aplica. Dessa forma, o legislador escolheu o sexo da vítima como critério para a adoção ou não do rito mais benéfico.

Existem diversos dispositivos legais que tutelam idosos ou crianças quando estes são vítimas de crimes, tendo em vista a especial proteção que o Estado dá aos materialmente desiguais, reprovando especialmente a conduta do sujeito ativo. Todavia, o legislador, nessas hipóteses, utiliza causas de aumento de pena, qualificadoras ou circunstâncias agravantes. No entanto, a nova lei agravou o rito procedimental em função de a vítima ser ou não mulher.

Assim, o critério utilizado é ilegítimo e inábil a ensejar uma conclusão pela aplicabilidade dos institutos constitucionalmente assegurados ao autor do fato. A Lei nº 11.340/06 não alterou o conceito de crime de menor potencial ofensivo. O critério de definição desses crimes não pode tomar por base a condição de a vítima ser mulher, mas sim o quantum da pena abstratamente cominado ao delito.

No 3º Encontro de Juízes de Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, ficou pacificado que alguns dispositivos da Lei nº 11.340/06 afrontam diversos princípios e dispositivos da Constituição Federal. Senão vejamos:

Segundo os juízes, é inconstitucional o artigo 41 da nova lei que diz não ser aplicável a Lei nº 9.099/95 (dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Para esse artigo afasta os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma do art. 98, I, e art. 5º, I, da Constituição Federal. Outra inconstitucionalidade apontada pelos magistrados é em relação ao artigo 33 da Lei nº 11.340/06, que versa sobre matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual”.

No caso de lesão corporal em que a vítima é mulher, apesar de não ser aplicável o instituto da transação penal, em razão da quantidade da pena máxima em abstrato, que o afasta do conceito legal de crime de pequeno potencial ofensivo, entendemos ser perfeitamente possível a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo ao acusado. Com relação aos demais crimes, cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse o limite de dois anos, acreditamos ser possível a aplicação de todos os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95, sendo, ao nosso sentir, inconstitucional o disposto no art. 41 da Lei nº 11.340/06.

Entendemos a razão que motivou a criação da Lei Maria da Penha e a necessidade de serem adotadas algumas medidas protetivas em benefício da mulher. Contudo, não podemos aceitar a repressividade excessiva e o tratamento desproporcional e não razoável a condutas infracionais. A teoria do direito repressor penal mínimo não pode comprometer os avanços e progressos surgidos com o advento da denominada sanção alternativa. A norma deve sempre ser abstrata, genérica e impessoal, não servindo para tutelar os casos específicos e concretos. Existem outras formas de reprimir e coibir a violência doméstica que ocasiona infrações de pequeno potencial ofensivo. Uma delas é a decretação de coerção pessoal, cerceando a liberdade e a livre circulação dos agressores.

A prisão provisória do acusado que pratica crime tutelado pela Lei Maria da Penha, em razão do cometimento de delito de pequeno potencial ofensivo, viola inexoravelmente a teoria da homogeneidade da prisão cautelar. Nessas hipóteses, a sentença condenatória concede ao réu, quase que em todos os casos, medida repressiva diversa da privação de liberdade, não sendo por conseguinte razoável, salvo em casos excepcionais, a privação da liberdade provisoriamente.

Com essas considerações, concluímos ser perfeitamente possível a designação de audiência prévia de conciliação nos crimes que se apuram mediante

ação penal privada e nos delitos que se instauram através de ação penal pública condicionada à representação, praticados em razão de relações domésticas. No mesmo sentido, entendemos que o art. 41 da Lei n.º. 11.340/2006 é inconstitucional, por evidente afronta aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade. Portanto, devem ser aplicados aos crimes decorrentes da relação doméstica os institutos despenalizadores previstos na Lei n.º. 9.099/95, desde que respeitados os demais pressupostos objetivos e subjetivos exigidos na legislação pertinente.

Referencias bibliográficas

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, 4 v.

CUNHA, R. S; PINTO, R. B. *Violência doméstica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DELMANTO. R. et al. A. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

JESUS. Damásio E. *Violência doméstica*. Disponível em: (http://www.damasio.com.br/?paga_name=art_028_2007). Acesso em: 31 jul. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

PORTO. Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à Lei n° 11.304/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. Disponível em: (<http://www.anjt.org.br/index.php?id=99&n=144>). Acesso em: 04 jan. 2008.

RIOS, Victor Eduardo. *A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n° 11.340/2006*. Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo: [s.n.] 2006.

LEI MARIA DA PENHA E A UNIÃO HOMOFETIVA

Ricardo José de Medeiros e Silva
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

A conhecida biofarmacêutica Maria da Penha Maia, cuja luta perdurou cerca de vinte anos para ver seu agressor condenado, acabou se transformando num símbolo nacional contra a violência doméstica, problema tão conhecido e vivenciado na nossa sociedade. Em 1983, o marido de Maria da Penha Maia, o professor universitário Marco Antonio Herredia, tentou assassiná-la duas vezes. Na primeira, efetuou um disparo contra a esposa, deixando-a paraplégica; na segunda, tentou eletrocutá-la. À época, ela tinha trinta e oito anos e era mãe de três filhas, com idades entre dois e seis anos.

A fase investigativa começou em junho do mesmo ano, mas a denúncia somente foi apresentada ao Ministério Público Estadual em setembro de 1984. Oito anos depois, Marco Antonio foi condenado a oito anos de prisão, mas continuou a usar de recursos jurídicos, no intuito de protelar o cumprimento da pena.

Ante sua notoriedade, chamando a atenção internacional acerca da sociedade violenta em que vivemos, o caso foi parar na Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) que, pela primeira vez, acatou a denúncia de um crime de violência doméstica. Marco Antônio Herredia foi preso em 28 de outubro de 2002 e cumpriu apenas dois anos de prisão. Hoje, está em liberdade.

Após todo o fato, Maria da Penha Maia passou a atuar em movimentos sociais contra “violência” e “impunidade”. Atualmente, é Coordenadora de Estudos, Pesquisas e Publicações da Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV) no seu Estado de origem, o Ceará. Ela comemorou a aprovação da lei de violência doméstica e familiar que carrega o seu nome, afirmando que a sociedade, há tempo, aguardava uma lei cujo objetivo fosse dar proteção à parte mais frágil da sociedade. Destacou ainda que a

mulher não pode conviver com violência dentro de casa, devendo denunciá-la a partir da primeira agressão, sob pena de terminar em assassinato.

O projeto inicial foi elaborado por uma equipe interministerial, mas o anteprojeto surgiu de organizações não-governamentais. Em novembro de 2004, o governo enviou o projeto ao Congresso Nacional. Após aprovado e sancionado, foi promulgado em 07 de agosto de 2006, transformando-se na Lei nº 11.340, que pune a violência doméstica e familiar.

2. Aspectos controvertidos

É inegável o avanço dessa lei que, fruto de sofrimento de uma só mulher, reflete um problema que há muito incomoda a sociedade brasileira: a tolerância da violência doméstica contra a mulher. Essa violência não se resume à esposa propriamente dita, mas abrange a companheira, a filha, a mulher em geral, independentemente de sua condição social, cultural, idade ou orientação sexual. A Lei Maria da Penha foi inserida na Constituição Federal Brasileira, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Além de alterar os Códigos de Processo Penal e Penal, bem como a Lei de Execução Penal, inovou de certa forma o conceito legal de família no Brasil.

É de se notar que, não obstante a inexistência de disciplinamento específico no que tange à união de pessoas do mesmo sexo na legislação brasileira, a jurisprudência¹ pátria já vinha admitindo a união homoafetiva como forma de normalizar o estado de igualdade entre pessoas do mesmo sexo perante as lides patrimoniais, bem como de evitar discriminações de natureza sexual. Assim, a

¹ Ementa: Ação declaratória. Reconhecimento. União estável. Casal homossexual. Preenchimentos dos requisitos. Cabimento. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoafetiva, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. Embargos Infringentes acolhidos, por maioria. (Segredo de Justiça) (Embargos infringentes nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005). Disponível in http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em 25 de agos. 2006.

união de pessoas do mesmo sexo, desde que possua os requisitos de uma união estável, já vem merecendo a atenção dos nossos tribunais para regularizar uma situação de fato.

Trata-se de uma condição desvantajosa para quem conviveu de forma homossexual, com um parceiro. Isso porque, ao final da vida, via o patrimônio, muitas vezes construído com esforço mútuo, escapar-lhe às mãos, haja vista a taxatividade fria da legislação substantiva civil. Como se sabe, mesmo o Novo Código de 2002 não tratou especificamente da união afetiva estabelecida entre homossexuais.

A nossa legislação substantiva civil, mesmo com o advento do Código Civil de 2002, permanece ainda por demais conservadora e fortemente arraigada a um conceito familiar antigo em que predomina a divergência de sexos como requisito fundamental para a caracterização do casamento. Para uma observação meramente exemplificativa, basta olharmos a redação dos arts. 1517, 1535, 1565 e 1567 do Código Civil. Eles trazem toda uma carga ideológica e legalista, estabelecendo os pressupostos para a união entre sexos diferentes, silenciando assim a discussão acerca da união homoafetiva, excluindo-a de sua previsão legal.

Vale observar, nesse aspecto, o conceito de casamento formulado por doutrinadores como Modestino, Lafayette e Washington de Barros. Além de ressaltarem, em seus conceitos, a exigência da diversidade de sexos, não cogitam da possibilidade de divórcio, fato este perfeitamente aceitável, haja vista o momento histórico em que suas obras foram elaboradas. Maria Helena Diniz, por sua vez, afirma: “O casamento possui o pressuposto fático da diversidade de sexos dos contraentes, e que se duas pessoas do mesmo sexo convolverem núpcias, ter-se-á um casamento inexistente”.

Com o surgimento da Lei Maria da Penha, algo mudou no cenário legislativo nacional. E mudou de forma rápida, responsável e consciente, pois a festejada lei veio a reconhecer efetivamente uma situação fática já há muito existente e sempre marginalizada na sociedade brasileira, qual seja, a união afetiva e duradoura de pessoas do mesmo sexo. Não é por acaso que o assunto já vem sendo ventilado, de forma ampla, pela mídia televisiva, com novelas e filmes, alavancando a discussão, sobretudo no lar dos brasileiros, de forma clara e realista. Foi nesse sentido que a lei Maria da Penha, no seu art. 5º, preencheu o

fosso legislativo concernente ao assunto da união de pessoas do mesmo sexo, ao dispor:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – omissis;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Como se pode observar, a lei inclui como âmbito familiar, por constituição de vontade expressa, casais homossexuais formados por mulheres. Isso porque a “vontade expressa” aqui prevista traz toda uma carga valorativa de cunho informal, fugindo às regras da família tradicional composta por pessoas que se unem mediante os pressupostos oficiais do casamento, mais especificamente a distinção de sexos.

E que outra união humana afetiva poderia ser consolidada legalmente tão somente pela “vontade expressa”? Desconsiderar tal interpretação seria por demais ilógico e juridicamente incongruente quando, por exemplo, uma mulher sofresse de sua parceira uma violência física ou de outra natureza (psicológica, sexual, moral ou patrimonial) e não pudesse ser protegida e conforme os preceitos da Lei Maria da Penha. Sabemos que, no direito, nenhuma interpretação pode ser levada ao absurdo. Pensar dessa forma seria no mínimo discriminar, rejeitar, marginalizar, negar a uma mulher a proteção legal instituída pelo simples fato de não considerá-la casada nos termo formais da legislação civilista.

Além disso, tal tratamento seria em primeiro plano contrário ao princípio fundamental consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana. Também, estar-se-ia afrontando um dos objetivos

fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV). Como se não bastasse, haveria ainda o desrespeito ao art. 5º da Constituição Federal, quando trata dos direitos e garantias fundamentais, dispondo expressamente que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Assim, a *mens legislatoris* foi clara ao prescrever, no inciso III do art. 5º da Lei Maria da Penha, a expressão “qualquer relação íntima de afeto”. Também, na redação do parágrafo único do mesmo artigo, acrescentou: “as relações pessoais enumeradas neste artigo independem de orientação sexual”. Portanto, os legisladores pretenderam afastar qualquer interpretação contrária à inclusão da relação homoafetiva na proteção jurídica do dispositivo legal em comento.

Em verdade, os dispositivos legais aqui citados e a sua interpretação estão em perfeito alinhamento com a filosofia protetiva do art. 226, *caput*, e seu § 8º, da CF, quando tratam do âmbito familiar. A família, afinal, é a base da sociedade, possuindo especial proteção do Estado, devendo este criar mecanismos eficientes para a coibição da violência no âmbito de suas relações. A família, como base da sociedade, hoje mais do que nunca, deve ser entendida como um “núcleo de afetividade”, não se confundindo com a mera e restrita união de pessoas do mesmo sexo. Conseqüentemente, a interpretação da Lei Maria da Penha, formulada agora sob o prisma da analogia, estende-se ao núcleo afetivo de casais do mesmo sexo formados por pares masculinos.

Paulo Luiz Netto Lobo (2002, p. 95), tratando do núcleo familiar afetivo, afirma que a enumeração da Constituição Federal é meramente exemplificativa, não permitindo assim a rejeição de qualquer entidade que possua os requisitos da afetividade e estabilidade. De fato, por mais abrangente que seja o rol constitucional, este não é exauriente, uma vez que não logrou enumerar todas as composições familiares da contemporaneidade, formada a partir das relações afetivas. Dessa forma, as pessoas do mesmo sexo, que possuam uma relação estável e lastreada no afeto humano, devem merecer a efetiva proteção da lei e o reconhecimento constitucional devido.

Com foco ainda nessa nova mentalidade trazida pela Lei nº 11.340/06, houve também uma inovação e, porque não dizer, um verdadeiro marco na proteção feminina, tanto na questão das relações homoafetivas, com na já repisada

regra fundamental de regência das relações familiares quando se faz referência ao ao direito da mulher ao livre e pleno planejamento familiar. O art. 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha, ao ampliar o conceito de violência sexual, traz na sua extensa redação a figura do impedimento ao método contraceptivo escolhido pela mulher. Nesse sentido, dispõe:

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – omissis;

II – omissis;

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça coação ou uso da força, que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto, ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação, ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

O planejamento familiar, como forma igualitária de regência de uma relação familiar, funda-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Isso porque deve ser de livre decisão do casal, competindo ao Estado tão-somente propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (seja ele de forma positiva ou negativa), vedada qualquer forma coercitiva oficial ou de natureza privada.

A Lei Maria da Penha, no que tange à violência sexual, abordou um tema de fundamental importância, em especial para as mulheres de baixa renda. Trata-se do direito, dentro da filosofia da igualdade do casal nas relações familiares, de exercer o controle efetivo de seu próprio poder de concepção. Assim, amparada pela Lei Maria da Penha, a mulher pode e deve denunciar,

como ato de violência sexual, a conduta por parte de seu companheiro de constrangê-la a deixar de usar qualquer método contraceptivo.

Com isso, ganha a mulher o poder de decidir quando e quantos filhos poderá gerar. Ganha também a família, que será mais ou menos numerosa a partir de um planejamento livremente orientado. Ganha, por fim, a sociedade, que possuirá indivíduos mais saudáveis do ponto de vista físico e psicológico. Sabemos que muitas crianças nascem à revelia da vontade das mães e, além disso, não dispõem de condições mínimas de alimentação, tratamento de saúde adequado, condições psicológicas mínimas de gerar e de cuidar de um filho que não foi adequadamente planejado.

O art. 9º da Lei Maria da Penha, que trata da “assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar”, mais precisamente no seu §3º, não deixa dúvidas quanto ao intuito protetivo no que concerne ao planejamento familiar. Tal dispositivo inclui ainda como política pública a proteção à mulher, a sua assistência em situação de violência doméstica (violência sexual), o total acesso aos benefícios científicos e tecnológicos dos serviços de contracepção de emergência, profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis e AIDS, bem como outros procedimentos médicos necessários.

Um dos métodos bastante conhecidos e acessíveis para uma contracepção de emergência é o conhecido medicamento, popularmente conhecido como “pílula do dia seguinte”, cujo efeito contraceptivo é mais forte que o anticoncepcional convencional, ingerido regularmente em pequenas doses diárias pela mulher. A lei, porém, não especifica outros procedimentos médicos cabíveis em casos de violência sexual praticada contra a mulher. O importante, todavia, foi a preocupação do legislador quanto à urgência do atendimento ambulatorial em casos dessa natureza. Deve o Estado dispor de todos os meios e benefícios necessários ao conforto, segurança e à liberdade sexual da mulher.

É importante não olvidar os casos gritantes que ocorrem nas cidades do interior do país, em especial os que atingem as famílias sem qualquer assistência econômica, material ou espiritual. Muitas vezes, são carentes de orientação moral, quando os homens (maridos, companheiros, namorados etc.), quase sempre analfabetos e impregnados de uma subcultura machista e distorcida, forcem as suas mulheres a procriarem até a exaustão, cerceando-lhes o direito de se desenvolverem como pessoas plenas, aptas ao estudo e ao trabalho. Quem já não ouviu de mulheres que sofrem com os seus maridos, quando as forcem à

maternidade somente para as prenderem dentro de casa, impedindo-as de continuarem os seus estudos, prejudicando dessa forma o seu desenvolvimento e o da própria família?

O ato de impedir a mulher ao uso de métodos contraceptivos necessários a um adequado planejamento familiar, agora alçado à forma de violência sexual, revela o mérito da Lei Maria da Penha na preocupação social, ambiental e no equilíbrio familiar. Desperta também a responsabilidade das instituições públicas competentes quanto ao oferecimento de meios e métodos contraceptivos, necessários ao equilíbrio das gerações futuras. É preciso, não obstante o mérito da lei, que se criem órgãos capazes de orientar os segmentos femininos mais carentes, em especial nas comunidades mais pobres das cidades e do campo, no sentido de fazer valer, de forma efetiva, mais esse direito de liberdade sexual. Caso contrário, a lei transforma-se em letra morta e imprestável ao bom desenvolvimento da sociedade.

A Lei Maria da Penha, além de buscar pacificar entendimentos a respeito de temas tão abrangentes no âmbito doméstico e familiar em geral, veio acompanhada de uma forte valoração filosófica e cultural. Possui, além disso, o mérito de ampliar sobremaneira os horizontes legislativos tanto na esfera civil, com os seus novos conceitos e interpretações, aplicações de medidas protetivas etc. (restrição ou suspensão de visitas a filhos, afastamento da ofendida do lar, separação de corpos etc.) como na seara penal.

É forçoso reconhecer que, no patamar dos crimes contra a mulher, categoria até então inexistente no Código Penal como figura singular, pode-se agora quantificar a violência em cinco categorias: A primeira é a violência física, constituindo-se esta em qualquer conduta que cause ofensa à integridade física da mulher, independentemente da gravidade das lesões. Isso, por si só, criou novas figuras penais, previstas nos §§9º e 11 do art. 129 do Código Penal. A segunda é a violência psicológica, entendida agora como qualquer conduta que cause dano emocional, incluindo-se aí a auto-estima da mulher, dano ao seu pleno desenvolvimento, degradação de suas crenças, comportamentos e decisões, mediante ameaças, constrangimento ou humilhação de sua pessoa, manipulação ou controle psicológico de qualquer espécie, tais como isolamento, vigilância, perseguição, chantagem, ou ainda, insulto, ridicularização, exploração, limitação ao direito de ir e vir, bem como prejuízo à saúde psicológica ou de autodeterminação da mulher.

A terceira categoria é a violência sexual, já discutida neste trabalho. Com a Lei Maria da Penha, a matéria passou a ser tratada com matizes de diferentes medidas protetivas, inclusive emergenciais, necessárias à reparação do ato ilícito como um todo, na condição de crime sexual propriamente dito. A quarta é a violência patrimonial, verificada em qualquer conduta que configure a privação dos bens, valores, objetos de trabalho e pessoais da mulher, constringendo-a a sofrer pela carência do que materialmente lhe for de direito. Por fim, a violência moral, considerada como um dos maiores avanços conceituais da lei na parte criminal (juntamente com as violências psicológica e sexual). A lei garante proteção à mulher contra qualquer delito que diga respeito aos conhecidos crimes contra a honra já tipificados nos arts. 138, 139 e 140 do CP, reiterados expressamente no art. 7º, V, da Lei nº 11.340/06.

3. Considerações finais

Sem se prestar a modificar padrões comportamentais ou querer desenraizar a base da sociedade, que é a família constituída conforme todos conhecem, a Lei Maria da Penha, certamente, surge como um marco inovador do conceito familiar, pois aglutina à esfera do convívio humano uma situação fática, já existente, que é a união de pessoas do mesmo sexo.

Quando a lei fala em violência doméstica familiar contra a mulher, assunto antes envolto pelo manto da impunidade de uma sociedade ainda machista e preconceituosa, traz juntamente a ampliação do conceito de família. Nesse sentido, considera a afetividade humana como padrão de regência próprio das relações na intrínseca esfera da entidade familiar como um todo. Em sendo assim, essa interpretação está em harmoniosa consonância com a previsão constitucional de proteção à família, nos termos do art. 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Hodiernamente, a família deve ser entendida como um núcleo de afetividade. Logo, o afeto não se restringe às uniões entre pessoas de sexo oposto.

Não há mais lugar, na nossa sociedade contemporânea, para violência de qualquer tipo, seja física, sexual, moral, psicológica ou patrimonial contra a mulher, seja qual for a sua orientação sexual. Qualquer conduta desse tipo constitui

afronta aos direitos humanos, há muito, protegidos pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, e assinada pelo Brasil, reconhecendo a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Referências bibliográficas

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>). Acesso em: 27 ago. 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Identidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIBERDADE DO PACIENTE TERMINAL EM FACE DA TIPICIDADE DA CONDUTA MÉDICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Ricardo Alex Almeida Lins

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

Se a liberdade vale como condição para o homem se engajar na sociedade e no mundo, a dificuldade surge tão logo se afirma ser imanente ao processo histórico o advento de um resultado inexorável, qual seja, o mau direcionamento de tal prerrogativa, o uso da liberdade direcionada à prática dos tipos penais. Mounier (apud MARTINS, 1982, p. 72) aclara a noção de natureza confusa ou falseada pelos representantes da liberdade absoluta. Assevera que a existência não é somente um surto, uma criação, mas é, outrossim, densidade e dado, de modo que não somos somente o que fazemos, e o mundo não é somente o que queremos. Conseqüentemente, a liberdade carrega em si limites, provindos de nós, do nosso ser particular, do mundo, de necessidades e de valores.

Neste mesmo norte, Reale (1963, p. 32) entende a liberdade como “o domínio do homem sobre a sua consciência segundo uma lei, cujo valor é por ele mesmo reconhecido [...]”. Desse modo, ser livre significa obedecer à razão; não é livre, portanto, quem comanda escravos, nem há liberdade onde se estiolaram todas as virtudes. A liberdade, segundo o mesmo autor, condiciona-se a uma escolha inteligente e a uma adaptação feliz, o que resulta na eficiência dos meios idôneos e só é possível graças ao conhecimento dos fatos.

Pode-se concluir que a liberdade não é alguma coisa que é dada, mas resulta de um projeto de ação. É uma árdua tarefa cujos desafios nem sempre são suportados pelo homem, daí resultando os riscos da perda da liberdade. Os caminhos da liberdade surgem quando ela é sufocada à revelia do sujeito — no caso da escravidão, da prisão injusta, da exploração do trabalho, do governo autoritário, da violação à intimidade alheia, da prática do ilícito — ou quando o próprio homem a ela abdica, seja por comodismo, medo ou insegurança.

O comportamento delituoso, assim, é um ato preso a um desvalor, à negação do valor imposto pela norma ou, mais genericamente, imposto pelo direito como dever-ser. A jurisprudência, porém, na vivência do direito, percebeu a fragilidade do conceito psicológico de culpabilidade, que não respondia ao imperativo da individualização da responsabilidade. A teoria normativa buscou estabelecer um juízo de reprovação, relacionando a vontade do agente à vontade da lei e justificando, assim, a limitação da liberdade como punição a um anterior comportamento do agente contrário à vontade da lei. Sob essa ótica, é possível graduar a pena, determinando a censurabilidade do ato, compreendido este no contexto de sua realização. A esse respeito, assinala Carvalho (1987, p. 18):

Reconhecer seus limites é reconhecer que tudo não é possível, é reconhecer as possibilidades de outras liberdades. Reconhecer a existência de outras liberdades não é humilhação para o homem, para quem tem o sentido da relatividade das coisas do homem. O outro, longe de ser um concorrente, é um companheiro de caminhada. Sem esse conhecimento/reconhecimento, o consentimento passa a ser resignação frustradora. Aí, passamos de seres que reconhecem os outros como companheiros, a seres esmagados pelos outros. E a ignorância de seus limites é talvez a origem da tragédia humana.

Menciona-se existência humana como corolário da expressão maior do direito, pressupondo a questão da coexistência humana, ou, como querem Zaffaroni e Piarangeli (1999, p. 93), “as existências simultâneas”, em sociedade, que são asseguradas:

com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil), fazendo mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que seu próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode auto-realizar-se. Estes entes são os bens jurídicos ou direitos. A função da segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção dos bens jurídicos

(direitos) como forma de assegurar a coexistência (ibid., p. 93).

Sobre a questão, convém transcrever a lição de Toledo (1994, p. 217):

O direito penal, em sua origem, parece ser de cunho eminentemente intimidativo. Deve ter surgido, supomos nós, da amarga experiência da dor e do sofrimento humanos. Sabendo-se, por uma imediata e simples constatação empírica, que o homem foge, em geral, quanto pode, da dor e do sofrimento, as comunidades humanas, desde tempos remotos, procuraram intimidar seus membros para que não realizassem fatos que pusessem em risco a paz e a ordem, mediante a ameaça de inflição de uma dor, ou de um sofrimento, ao eventual agente desses mesmos fatos.

A história apresenta-se como um conjunto de ordenamentos normativos que se sucedem e se sobrepõem, contrapondo-se e integrando-se. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, em última análise, descobrir quais ações foram proibidas e quais foram obrigatórias e permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção preponderante que determina a vida dos indivíduos. Neste enfoque, a história das civilizações tem mostrado que os povos, em seus diversos graus de desenvolvimento, inclusive os mais primitivos, sempre se moldaram através de valores de comportamento, editando normas de condutas e atribuindo valores específicos a direitos individuais, como o direito à vida, à liberdade, entre outros. Ao definirem normas de condutas, as civilizações criaram também normas sancionadoras, ou seja, normas punitivas para serem aplicadas aos infratores da regras gerais, porém, respeitando sempre os valores maiores representados pelo homem e pelos seus direitos individuais.

O poder cria o direito e a ele se submete em suas funções de planejar e promover o bem-estar social, desempenhando, ainda, por meio de órgãos distintos, a tarefa de aplicar o direito nas relações sociais. Relativamente ao poder, o direito estabelece as condições e os limites de seu exercício. O direito positivo se apresenta na sociedade como um processo de adaptação social, isto

porque é criado como a fórmula da segurança e da justiça. Como todo processo de adaptação, o direito é elaborado em função de uma necessidade. Se não fosse a carência social de disciplina e de distribuição de justiça, razão não existiria para se cogitar sobre o direito. Este se justifica na medida em que logra efetiva adaptação, que não se obtém por qualquer conteúdo normativo. Para que o direito seja efetivo processo de adaptação, é indispensável que preencha vários requisitos, destacando-se a necessidade de ajuste ao momento histórico. Neste sentido, as normas jurídicas devem não apenas ordenar as relações sociais, como também consagrar fórmulas que expressem o querer coletivo.

Adiante, trataremos de caso paradigmático, ao estudarmos a eutanásia. Como se verá, aqueles que defendem a sua prática, comum em alguns países, bem como em alguns Estados norte-americanos, com devidas e particulares restrições, alegam que doentes incuráveis terão a escolha da morte imediata ou a escolha de uma expectativa de vida e agonia prolongada. Demonstraremos cientificamente que se trata de argumentos baseados mais na emoção do que na razão.

Por enquanto, a eutanásia, seja na esfera constitucional, seja no campo penal, é proibida no nosso sistema jurídico. A seara está em seguir um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (a dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1.º da Constituição Federal): considerar os propósitos da eutanásia digna, ou garantir o direito à vida, se não considerarmos o direito de morrer parte desse direito fundamental. Portanto, explicitaremos que não se confunde o direito à integridade física com o poder de disposição que se possui em relação à coisa que lhe pertence, objeto de seu direito. Não possui o indivíduo, em relação ao próprio corpo, um *ius utendi* e um *ius fruendi*, como possuiria em relação a um bem de sua propriedade.

2. Liberdade do querer

A Antiguidade clássica conhecia a liberdade como fundamento da responsabilidade, mas esta liberdade nada tinha a ver como livre-arbítrio. A liberdade não era um dom do homem, mas uma qualidade do seu agir (ARENDDT, 1972). Contudo, segundo Ferraz (1979), na atualidade, a liberdade deixa de

ser uma virtude pública para tornar-se uma característica do indivíduo autônomo, dotado do livre-arbítrio, independentemente dos outros.

Assim, a liberdade de um homem apenas pode ser adquirida ao preço da liberdade do outro, do mesmo modo que a soberania de um homem só se sustenta com a soberania dos outros. Nesse aspecto, o citado autor vê a infração como um ato de livre-arbítrio, na medida em que equivale à destruição da liberdade dos outros. Seguindo este raciocínio, o autor conclui que o homem não é responsável por uma infração porque sua vontade é indeterminada, mas porque a vontade de um destrói a do outro, destruindo, assim, o princípio da convivência. Por sua vez, as leis não existem porque o homem é livre, mas o homem é livre porque existem leis. Nesse sentido, acrescenta Ferraz (1979, p.63) :

Com a idéia de periculosidade, porém, a questão do determinismo entra em choque com o livre-arbítrio. Isto porque o controle sobre os indivíduos que dela decorre, acaba sendo exercido não pelo que o indivíduo faz (mundo da liberdade), mas por aquilo que ele é (mundo da natureza). A idéia de controle tende, pois, a naturalizar o ato do autor que, sob certo ponto de vista, passa a ter mais importância que a própria qualificação penal normativa do ato. De algum modo, a idéia de periculosidade se opõe veladamente ao princípio da legalidade. O princípio, é verdade, não desaparece e continua a subsistir ao nível do legislador, mas, ao nível do juiz, o fundamento da punibilidade toma outras características.

Pertinente à questão, saliente-se o magistério de Toledo (1994, p. 243):

É inegável que a má-formação do caráter e da personalidade pode conduzir à criminalidade crônica com ou pelo embotamento da consciência ética. Mas também é inegável que nenhum delinqüente consegue atingir, na sociedade moderna, um certo grau relevante de “cronicidade” sem cumprir as necessárias etapas de um aprendizado empírico,

durante o qual os envolvimento com a polícia, juizado de menores e justiça criminal se tornam muito frequentes. Com isso, apesar da astenia moral, excetuados os dementes e os débeis mentais, sabem ou acabam sabendo, perfeitamente, que seus atos criminosos encontram séria repulsa no mundo onde vivem.

De acordo com Tornaghi (1963, p.58), a liberdade pode ser admitida segundo duas concepções: positivamente, é o poder de autodeterminação; negativamente, é a ausência de constrangimento. A esse respeito, acrescenta: “Livre é quem pode agir sem coação, nem externa (como a exercida por outrem ou por um acontecimento qualquer), nem interna (como, *verbi gratia*, uma tendência invencível)”. Entretanto, nenhum homem é livre de coação interna, mesmo que seja em um grau mínimo; nenhum homem tem absoluto livre-arbítrio ou absoluta liberdade de querer e entender. Mesmo o mais perfeito ou o mais íntegro dos homens é portador de atributos naturais que o fazem sujeito a deslizos; é capaz de infringir a lei criminal em certas situações anormais com que pode se defrontar na vida (FARIAS JÚNIOR, 1996).

O homem, porém, jamais foi prisioneiro de suas paixões. Quando estas, na sua trama, impelem-no para rotas imperiosas, uma luz inextinguível, permanentemente acesa em seu espírito, ilumina os dois caminhos que se lhe abrem à frente, o do bem e o do mal, e uma força poderosa da consciência rompe os grilhões que o prendiam. Isto acontece porque, segundo Americano (1985, p. 169), mais forte que a paixão é a vontade, já que “a consciência pode resistir e dirigir a vontade para outra direção, porque outro motivo foi julgado mais importante”. Nesse poder agir reside a liberdade, princípio por meio do qual o homem se diferencia dos outros seres.

Portanto, se a liberdade consiste em cada um agir de acordo com a sua consciência, isso significa que cada um tem o direito de arbitrar. Mas, como esse direito supõe a escolha de certos valores que sirvam de critério dos juízos práticos, tem-se que isso implica exatamente afirmar que cada um tem o direito de escolher a sua verdade. A conseqüência natural é que, quando cada um pode arbitrar o que é verdade, é o mesmo que dizer que não há verdade, pois não há objetividade (MENDONÇA, 1977).

Todas essas posições que pretendem assumir a liberdade como um fato original, como um ponto de partida, na verdade, não conseguem sustentá-la através de uma concepção positiva. Julgando estar propondo o que seja a liberdade, o que fazem de fato é dizer o que ela não é. E, apesar disso, postulam o seu culto. Em consequência, na prática, redundam em subjetivismo, uma espécie de racionalização que não muda a face dos acontecimentos globais.

Na ordem dos gestos, predominam o individualismo e a centralização no “eu” que remetem à corrente liberalista que teve sua gênese no século XVII na Inglaterra, encontrando solo no pensamento pós-moderno dos dias contemporâneos. Esta absolutização do “eu” nada mais é do que o disfarce inconsciente da mais radical forma de solidão que, se por um lado destaca a aspiração de liberdade, o desejo de ser livre, a ansiedade de ser livre, por outro atesta a efetiva incapacidade de o ser.

Quando se diz que “a liberdade de um acaba quando começa a liberdade do outro”, está-se assumindo um preconceito do qual não se tem consciência, já que tal afirmação procura, no fundo, evitar o questionamento do que deva ser liberdade. A posição limita-se a considerar o seu exercício, sem maiores especulações sobre o que efetivamente possa ser considerado como liberdade. Defender a liberdade em termos de arbítrio, de ação espontânea, é colocá-la em um plano de cego voluntarismo. Uma razão que perde o sentido de orientação de sua atividade ou uma vontade que não se domina a si mesma não podem ser apanágio de verdadeira liberdade. Afinal, esta só se compreende se o homem for senhor de si mesmo, na determinação de seus atos e na construção de seu próprio ser.

O estudo da culpabilidade como elemento do crime constitui-se de dois elementos: inteligência e vontade. A inteligência é o poder que tem o homem, como ser privilegiado, de conceber idéias e dirigir sua vontade. Através da inteligência, o homem conhece a lei, prevê, pelo raciocínio, os efeitos de seu comportamento e dirige a sua vontade. Esta, por seu turno, desenvolve-se através de outras faculdades do espírito humano, predicado necessário que, às vezes, com ela se identifica, que é a liberdade. O homem é livre na sua vontade, salvo os vícios externos sobre ela. Segundo sustenta Americano (1985, p. 166), para que haja culpabilidade, é necessário que haja imputabilidade, já que “(...) só o homem capaz pode responder pelo evento como sua causa livre e consciente”.

A capacidade de querer é a liberdade. É o reconhecimento da personalidade ética do indivíduo.

3. Restrição da liberdade pela responsabilidade e a fragmentariedade do Direito Penal

Toda liberdade implica uma responsabilidade. Significa que o homem não tem apenas a oportunidade de escolher, mas, concomitantemente, a responsabilidade pela escolha feita, arcando automaticamente com as conseqüências de suas ações. Sobre a diferenciação entre responsabilidade e imputabilidade, Souto (1957, p. 85) enfatiza:

Responsabilidade é a obrigação de sentir a conseqüência jurídica do crime. É esta definição que nos mostra de modo claro e, posso dizer, quase palpável, a distinção que se deve fazer entre imputabilidade e responsabilidade. A imputabilidade não é senão a reunião de condições necessárias para que um fato seja atribuído a uma pessoa. Como aqui se trata de imputabilidade penal, sabe-se que esse fato é um crime e que tais condições são reunidas sob três títulos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. (...) Eis-nos aqui chegados à distinção prática, se assim se pode dizer, entre o que vem a ser a imputabilidade e a responsabilidade. Aquela é requisito essencial para a existência do crime, para a sua autoria, esta é requisito essencial para a aplicação da pena.

A comissão de um delito nem sempre reflete um conflito entre indivíduo e sociedade, mas sim uma contraposição entre distintos sistemas sociais e distintas formas de entender a vida. O que caracteriza precisamente uma sociedade democrática e pluralista é a possibilidade de coexistência pacífica entre distintos sistemas de valores, por vezes contraditórios, cujas divergências devem, sempre que possível, ser resolvidas por meios não repressivos. Se, apesar disso, as normas jurídico-penais, pelos seus condicionamentos históricos ou conjunturais, ou pela sua própria ambigüidade, chegarem a penalizar domínios em que é legítima

a divergência, é preciso entender que também a “convicção diferente” pode ser tratada do ponto de vista do direito positivo.

Diante da marcha contínua da evolução social, torna-se impossível o estabelecimento de marcos peremptórios, entre os quais se colocariam, segundo graus diferenciados, as inúmeras condutas classificadas como ilícitas. A danosidade de certos interesses é relativa segundo os critérios de tempo e de lugar, impondo ao exegeta das leis penais constantes interrogações sobre a validade das normas incriminatórias. Em alguns casos, a intervenção penal mostra-se despida de qualquer papel protetivo em razão do desvalor do bem.

Seguindo o entendimento de Rawls (1997), quando se discute a liberdade em conexão com limitações legais e constitucionais, ela se apresenta como uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres. Inseridas nesta seara, as pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa, quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou a não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas.

Desta forma, ao se analisar a liberdade de consciência na forma como é definida pela lei, os indivíduos têm essa liberdade básica, quando estão livres para perseguir seus interesses morais, filosóficos ou religiosos, sem restrições que exijam que eles se comprometam com qualquer forma particular de prática religiosa ou de outra natureza, e quando os demais têm um dever estabelecido por lei de não interferir. Assim, o que caracteriza qualquer liberdade básica particular é um conjunto intrincado de direitos e deveres. O dilema que se impõe ao legislador é discernir quais condutas devem ser alçadas à figura típica, ou seja, em que esferas as liberdades individuais devem ser limitadas. Ciente deste problema, manifesta-se Kelsen (1998, p. 9-10):

Para tomar uma decisão, o legislador precisaria conhecer o efeito causado pela ameaça das diversas penas sobre os homens com tendência a cometer os crimes que o legislador procura reprimir. Infelizmente, não temos conhecimento exato desse efeito nem nos encontramos em condições de adquirir tal conhecimento (...) É por esse motivo que o problema da justiça, mesmo limitado à questão da adequação

de um meio como medida social para atingir um fim pressuposto, nem sempre é solucionável de forma racional. Mesmo nos casos em que essa questão possa ter uma resposta exata, ela não consegue fornecer uma justificação total para nossa conduta, aquela justificação exigida por nossa consciência.

O injusto, para Kant (1978), não é somente a não coexistência das liberdades, ou seja, quando o exercício da liberdade de alguém afeta o exercício da liberdade de outro. Para ele, o injusto é mais do que isso. Atos injustos são aqueles que interferem, tanto de forma ativa como de forma passiva, na liberdade alheia.

Segundo esclarece Kant (1978), se uma pessoa pratica qualquer ato que não tolhe diretamente a liberdade do outro, comportando-se, portanto, de acordo com a lei universal, interditar ou proibir este ato é cometer uma injustiça. Entendemos, porém, que há um certo exagero filosófico nesta assertiva, uma vez que não parece razoável que se alcem à esfera do injusto interdições de ordem tão subjetiva. Conclui-se, pois, que as cominações penais só se justificam se tiverem em conta a restrição contida no princípio da proteção subsidiária de prestações e bens jurídicos. Analisando essa dimensão, afirma Toledo (1994, p.218):

Vale dizer: só se pode intimidar o homem, com algum proveito, com a ameaça de pena, de dor ou de sofrimento, para que deixe de praticar fatos indesejáveis (...) quando tais fatos indesejáveis são evitáveis, ou, por outras palavras, quando esteja na esfera do indivíduo membro fazer ou não fazer o que se quer evitar por meio da ameaça referida.

O princípio da lesividade do delito, o qual declara que este não pode constituir ilícito se não for ofensivo ao bem jurídico tutelado, responde a uma clara exigência de delimitação do direito penal. Tal delimitação ocorre, segundo Palazzo (1989, p. 80), porque “a afirmação do princípio da lesividade como

indicação tende a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste das balizas de um direito penal da ofensa, o que é comum a todos os ordenamentos”.

Neste quadrante, mister se considerar que, quanto mais manifesta possível for a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individualizados como objetos da tutela penal, mais eficaz e contundente será a influência da constituição no sistema penal. Desse modo, tal catálogo servirá não apenas como critério para a reforma da parte especial do código, mas também como indicação despenalizadora de ilícitos existentes e constitucionalmente insignificantes. Servirá ainda como parâmetro para eventuais declarações de inconstitucionalidade daqueles tipos com os quais o legislador, sem atender ao citado catálogo, abusa do poder punitivo em detrimento da proteção à liberdade individual.

Em síntese, da influência dos princípios constitucionais no sistema penal deve surgir uma tendência à secularização do direito penal. Segundo Palazzo (1989, p.87), trata-se de “uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico”. A realidade, porém, é que os órgãos da justiça constitucional não se preocuparam, até a contemporaneidade, em repelir do sistema de tipos aqueles que estejam em oposição ou contraste com os citados princípios. Tais órgãos têm uma posição de preferência “à clássica posição de declarações de inconstitucionalidade, e, assim, a gizar os específicos espaços de liberdade, já aludidos, pelas normas constitucionais” (ibid., p.88).

Sabidamente, a pena criminal é uma solução imperfeita, na medida em que não repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto e impõe um novo sacrifício social; assim, só deve ser aplicada como instrumento de *ultima ratio*. De fato, o sistema penal não se ocupa de todos os comportamentos ilícitos que surgem nas relações sociais, senão apenas daqueles mais intoleráveis e lesivos aos bens jurídicos. Além disso, só reconhece e sanciona esses fatos quando tenham falhado todos os demais meios de controle formais ou informais (OLIVARES, 1989, p. 60). Sob esta perspectiva, a tutela penal só se legitima quando é socialmente necessária, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana. Como lembra Mir Puig (1994), o caráter fragmentário significa que o Direito

Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos que protege, mas apenas as modalidades de ataques mais perigosos.

4. Necessidade de intervenção mínima do Estado na seara penal

A filtragem da atividade estatal não depende apenas da catalogação dos bens relevantes da sociedade, mas também de um racional equacionamento dos meios idôneos para a solução dos problemas. Assim, quando os meios menos aflictivos forem convenientes para o combate das condutas significativas de danos, deve descartar-se a punição. Significa que o Estado só deve ser chamado a intervir quando, justificando a tutela penal, os diversos mecanismos sociais e jurídicos falharem na prossecução do combate de uma determinada conduta, sendo, portanto, ineficazes na prevenção de danosidade social.

Portanto, a carência de tutela penal está ligada ao caráter de subsidiariedade do direito criminal. Assim, quando a sanção não se apresentar, na ordem de subsidiariedade, como medida idônea e adequada, a descriminalização deverá impor-se. A importância do direito criminal revela-se pelo seu papel de último remédio a ser aplicado na comunidade politicamente organizada. Está ele destinado a combater as condutas intoleráveis pela sociedade e que causem prejuízos a valores representativos (FRANCO, 1996).

Segundo Costa Júnior (2000, p. 125), ante a ameaça penal, “o Estado deverá limitar-se a assegurar as condições de desenvolvimento da personalidade individual e sua livre coexistência”. Tem-se assim, como finalidade do direito penal, assegurar uma coexistência pacífica entre os cidadãos, o que lhes garantirá a segurança. Nesta linha de pensamento, a violação dos bens jurídicos só será passível de sanção penal, quando não for possível remediar com outros meios, ofertados pelo direito civil ou pelo próprio direito público.

Entretanto, embora imprescindível para uma perfeita adequação do sistema penal, o princípio da intervenção mínima não está inscrito expressamente no texto constitucional brasileiro, nem no Código Penal. É necessário inferi-lo a partir de outros princípios jurídico-penais dotados de regras escritas positivas, identificadas com a proposta política do Estado Democrático de Direito,

convertendo-se “num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado” (CONDE, 1975, p. 61).

5. O enfrentamento da situação jurídica da eutanásia

Tendo a ciência avançado, não é mais possível o seu retrocesso, pois os conhecimentos novos que ela traz são incorporados definitivamente ao saber da humanidade. Não obstante, o direito ganha maior importância na definição dos contornos de sua liberdade de ação, já que não se deve coibir seu caráter de continuidade, nem tampouco determinar preliminarmente os limites que ela deve observar. Como então o direito poderá impor ritmo a ela? Além disso, aquilo que é ético hoje, amanhã poderá não ser mais. Por oportuno, transcreve-se a lição de Diniz (1999, p.272) a respeito dos pacientes terminais:

Estamos convencidos da finitude da vida e de que, sem amor, sem uma palavra amiga, sem esperança, sem generosidade e sem alegria, a própria vida é uma morte viva, e sabemos que a lei não pode resolver todos os problemas polêmicos (...) tidos como um *iceberg* disfarçado de tensão social, mas apenas controlá-los, reduzindo-os, sem, contudo, eliminá-los, propondo solidariedade humana ao paciente terminal, respeitando sua dignidade como ser humano, auxiliando-o a exercer o seu direito a uma morte digna. Gostaríamos de enfatizar que, nesse estado de coisas, urge a edição de normas mais humanas e eticamente aceitas, que acompanhem os avanços da medicina, apontando critérios para que o morrer dignamente seja uma realidade. A autonomia científica deverá terminar, quando estiver em jogo direito de outrem, pois há prioridade da pessoa humana sobre qualquer interesse da ciência, que somente terá sentido se estiver a serviço do homem.

Vê-se, então, que os argumentos apresentados por aqueles que se posicionam favoravelmente à eutanásia revelam-se de todo carentes de uma

sólida fundamentação e não resistem a uma serena e imparcial análise. São, portanto, de fácil refutação. Nesse sentido, leciona Pedroso (apud FRANCO; STOCO, 2001, p. 2.125):

Exemplo clássico de homicídio privilegiado cometido por motivo de relevante valor moral, nunca olvidado pelos doutrinadores, concerne à prática da eutanásia, que é o homicídio compassivo, misericordioso ou piedoso. Na eutanásia, elimina o agente a vida da sua vítima com o intuito e escopo de poupá-la de intenso sofrimento e acentuada agonia, abreviando-lhe assim a existência. Anima-o, por via de conseqüência, o sentimento de comiserção e piedade. Nosso código não aceita nem desincrimina a eutanásia, mas não vai ao rigor – ressalta Magalhães Noronha – de não lhe conceder o privilégio do relevante valor moral.

Montero (2000), ao fazer uma abordagem do tema, questiona:

A legalização da eutanásia a pedido do paciente, longe de remeter pura e simplesmente ao âmbito da autonomia pessoal, afeta aos fundamentos mesmos da sociedade e, por isso, implica a todos os cidadãos. Desde o momento em que a prática da eutanásia necessita da ajuda de outro, neste caso a do médico, o vínculo social entra também em jogo. Quem não vê que, ao pretender investir o corpo médico do poder de praticar a eutanásia, são todos os doentes e todos os médicos que se vêm afetados pela norma permissão legal? Não deve o legislador manter a proibição e, ao fazê-lo, renunciar a responder a certas aspirações individuais, em nome de bens legítimos superiores: a proteção do vínculo social e da integridade da profissão médica, assim como a dos enfermos?

Aceitar, portanto, o princípio da eutanásia é assumir o risco de se equivococar sobre o sentido de tal pedido. Sem dúvida, a chamada para a morte deve ser distinguida do simples pedido de ajuda, de atenção; não se iguala, tampouco, à procura de alívio por parte da família. É oportuno anotar

circunstância levantada por Santos (1999, p. 275) sobre a situação dos médicos em face da incerteza legal que se vive nesse campo:

Não existindo jurisprudência sobre o tema, o médico se encontra em uma situação insatisfatória, já que, em virtude das regras gerais do Direito Penal, ele atua com dolo eventual de homicídio, isto é, aceitando a produção antecipada da morte. A falta de um limite legal claro entre a mitigação lícita do sofrimento que encurta a vida e a mitigação proibida por via do encurtamento da vida pode ser responsável pelo fato de os médicos mostrarem reservas no referente a combater as dores com opiáceos, que podem vir a debilitar a respiração em certas circunstâncias.

Diante de tudo quanto foi visto, pergunta-se: A eutanásia é ou não válida? É justa ou não sua aplicação? Cada caso deve ser analisado de per si, não se podendo generalizar as situações. Há casos em que a medicina permanece estática, e a eutanásia viria como solução. Outros existem em que não se justificaria a ação eutanásica, sendo passível de punição o seu autor.

Atualmente, vários segmentos sociais se manifestam de alguma maneira, seja contra ou a favor da eutanásia, mesmo sem entender-lhe o verdadeiro significado e finalidade, mobilizando sentimentos, filosofias, credos religiosos. Tanto existem críticas violentas à sua aplicação, quanto proclama-se sua defesa pelos que a entendem benéfica e altruísta. A questão é uma só: até que ponto é válido o médico interromper a vida de uma pessoa, já completamente sem atividade cerebral, ou vivendo em estágio vegetativo, ou em proximidade do fim? A respeito destes questionamentos entende-se que, enquanto há vida, a sua cessação abrupta constitui crime.

A prática da eutanásia deve ser permitida? Para um problema moral tão complicado, não há obviamente uma resposta fácil e, muito menos, um consenso, restando a necessidade urgente de ser o tema debatido publicamente. Estabeleceu-se, na análise da eutanásia, um tripé: o homem, o médico e o direito. Nesse trinômio, a vida humana caminha: o homem buscando o direito de bem

morrer, o médico trilhando os melindrosos caminhos da ciência em busca de novas soluções e o direito pleiteando a legalização da eutanásia.

Repugna à razão confundir a prática deliberada de um homicídio com os nobres sentimentos de solidariedade e compaixão; mas, mesmo eles, não justificam a eutanásia, de modo algum. Hoje, a pretexto de solidariedade e amor ao próximo, pretendem alguns defender tal instituto. Talvez por não verem que a dor que pretendem eliminar é antes autocompaixão e pena de si próprias; talvez por não poderem suportar o tributo de peagem que lhes é próprio nessa humana existência.

Mas, tais argumentações são de ordem moral e ética; não se inclinam às suas luzes aqueles que não querem ver. Hoje, também a pretexto dos direitos individuais, pretendem alguns defender tal instituto. Talvez por não terem percebido que defender a eutanásia é fazer apologia de um crime, preconizar o homicídio. Talvez por não terem aquilatado o real valor da vida humana, pois o homem, com senso moral das coisas e dos fatos, não trocaria todo o sofrimento de mil agonias pelo “sono de que não se acorda”. Os tribunais, contudo, já têm entendido:

Por motivo de relevante valor moral, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso de homicídio eutanásico) (TJSP – AC – Rel. Denser de Sá – RJTJSP 41/346).

Marrey Neto, sobre a matéria, enfatiza:

Em síntese, é aceitável, sob os aspectos médico e jurídico, a morte encefálica como critério de morte. Todavia, é tal a gravidade do problema, que não se deve transigir com quaisquer cuidados que a possam envolver, entre eles ressaltando-se o esgotamento de todas as providências tendentes à sua verificação e à exigência imperiosa de sua constatação por médicos especializados e do mais elevado sentido (RT, 681:437).

6. Variações do tema no tocante à ortotanásia e à distanásia

Cumpre assinalar que, com base em estudo de Schelp (2002), existem estatísticas, até então, inéditas acerca da opinião da classe médica sobre o tênue liame que divide os conceitos de eutanásia passiva, ortotanásia e distanásia. Como foi visto nos itens precedentes, a morte passou a ser considerada um evento certo a partir da parada do encéfalo, que é o conjunto abarcado pelo cérebro, cerebelo e tronco cerebral. É, pois, no ponto anterior a tal estágio, isto é, quando o encéfalo ainda funciona, que alguém pode ser submetido à chamada distanásia, conhecida como o prolongamento inútil da vida. Difere da eutanásia passiva, posto que, no caso desta, há prognósticos de melhoras, ainda que mínimos. A revista *Veja* entrevistou vinte e sete médicos que já lidaram com o problema da distanásia. Na entrevista, vinte e seis declararam-se a favor da interrupção dos chamados tratamentos inúteis, que não contribuem para curar o paciente:

Há os que acham que se podem desligar todas as máquinas e retirar os medicamentos fúteis e há os que consideram perversa a hipótese de suspender o uso do respirador (...); outros admitem o uso de sedativos tão fortes que, enquanto aliviam dores, tornam mais próximo o fim, por seus efeitos colaterais (ibid., p. 87).

No projeto de reforma do Código Penal brasileiro, está previsto um artigo regulamentando a ortotanásia. Trata-se de um meio-termo entre a distanásia e a eutanásia passiva, visto que foi excluída de tal discussão a eutanásia ativa, por seu flagrante aspecto criminoso. Se for aprovado tal projeto, não será mais crime a conduta do médico que suspender o chamado tratamento inútil, destinado a manter viva a vítima de enfermidade ou acidente, cuja cura e recuperação da consciência estão além dos limites conhecidos da medicina.

Não há notícia de condenação por prática de eutanásia no Brasil; por outro lado, não se conhece especialista que defenda publicamente a eutanásia ativa. Para os médicos, porém, a mudança na lei significará o fim de um tormento. “Deixar que um paciente morra de forma digna não tem nada a ver com eutanásia

ou com acelerar a morte”, afirma Edson de Oliveira Andrade, presidente do Conselho Federal de Medicina – CFM (*ibid.*, p.87).

Apurou-se ainda que, nos Estados Unidos, cerca de 20% de todos os gastos com saúde ocorrem nas semanas que antecedem a morte. Para tentar reduzir esse dispêndio, aprovou-se ali uma lei que permite registrar em cartório o desejo de não ter a vida prolongada artificialmente, quando não houver perspectiva de cura. Trata-se, evidentemente, de eventuais casos de distanásia, contra os quais os cidadãos podem se insurgir, quando ainda dotados de saúde.

No Brasil, uma lei estadual sancionada pelo então governador Mário Covas, de São Paulo, estabeleceu, em 1999, o direito de um doente terminal recusar o prolongamento de sua agonia e optar pelo local da morte. Dois anos depois, Covas, com câncer na bexiga, usou essa prerrogativa. Todos os médicos, contudo, segundo os estudos feitos pela Revista *Veja*, concordam que drogas para aliviar a dor e manter o doente tranqüilo nunca devem ser suspensas, ainda que apressem, como efeito colateral, a morte (*ibid.*, p. 89).

7. Perspectivas para a normatização da conduta médica em face do paciente terminal

A discussão acerca do tema apresenta-se ainda no nascedouro. Seu curso dependerá estreitamente das mudanças que, porventura, ocorrerem na legislação, bem como dos avanços progressivos da medicina. É necessário que se encontre um liame preciso para a decisão de interromper um tratamento seguramente ineficaz, única circunstância capaz de justificar a ausência de luta pela vida, privilegiando-se a ortotanásia em detrimento da distanásia. A questão sempre será não permitir que quaisquer formas de eutanásia passiva se revistam da aparência da ortotanásia. Nesses casos, entendemos que deve ser aplicada a sanção penal cabível contra aquele que, dotado de liberdade e ainda que se valendo da expressão de vontade pretensamente livre de eventuais pacientes terminais, opte por tal procedimento, praticando a conduta típica do homicídio piedoso.

O quadro exposto provavelmente demonstrou em que solo extraordinariamente complexo está se movendo ao se fazer a apreciação jurídico-penal da eutanásia. Uma “regulamentação satisfatória”, que é o que os juristas, em outras searas, têm como meta, aqui não é possível alcançar, pois a morte dolorosa de uma pessoa permanece sempre horrível. Mas é viável, ainda assim, tentar moldar o direito de tal forma que ele, na medida do possível, dê ou ofereça ajuda, ou, pelo menos, somente tolere o mal menor.

Referências bibliográficas

AMERICANO, O. I. do B. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

CARVALHO, G. B. de. Limites e possibilidades da liberdade humana. In: *Horizonte. R. Hum. Ci. Soc*, João Pessoa, no 1, n. 2, p. 16-22, abr./jun. 1987.

CONDE, F. M. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *A objeção de consciência no processo penal*. Disponível em: <<http://www.smmp.pt/conde.htm>>. Acesso em: 03 maio. 2002.

COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Direito penal: curso completo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, M. H. *Direito à morte digna: um desafio para o século XXI*. In: *Atualidades Jurídicas*, São Paulo, p. 247-272, 1999.

FARIAS JÚNIOR, J. *Manual de criminologia*. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

FERRAZ, T. S. Liberdade e responsabilidade penal. In: *Ciência penal*, Rio de Janeiro, An 5, n. 2, p. 57-64, 1979.

FRANCO, A. S. Do Princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Fasc. 2, p. 175-187, abr./jun. 1996.

FRANCO, A. S.; STOCO, R. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. 2v

KANT, I. *Introducción a la teoría del derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

KELSEN, H. *O que é justiça?: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDONÇA, E. P. de. *A construção da liberdade*. São Paulo: Convívio, 1977.

MIR PUIG, S. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MONTERO, E. *Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária: reflexões sobre a tese da autonomia*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 778, 461-475, ago. 2000.

MARTINS, A. C. *Metafísica e ética da pessoa: A perspectiva de Emmanuel Mounier*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

OLIVARES, G. O. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Marcial Pons, 1989.

PALAZZO, F. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, M. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

SANTOS, M. C. L. *Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito, a necessidade do controle social das técnicas médicas.* In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 94, p. 265-278, 1999.

SCHELP, D. Até onde prolongar a vida. In: *Revista Veja*. 1767 ed. São Paulo, ano 35, n. 35, p. 82-91, set.2002.

SOUTO, M. S. V. *ABC do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, H. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

ZAFARONI, E. R; PIARANGELI, J. H. *Manual de direito penal: parte Geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

NOÇÕES BÁSICAS DE PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

Gustavo Procópio Bandeira de Melo

Juiz de Direito na Paraíba

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa

1. Introdução

O direito ao ambiente, fruto verde da terceira geração dos direitos fundamentais, tem a sua tutela estremada a partir de três perspectivas que delimitam a sua compreensão de diferentes maneiras: a antropocêntrica, a ecocêntrica e a visão moderada. A primeira pressupõe que a defesa do ambiente se faz a partir do objetivo primordial de se proteger a vida humana. Sua fundamentação sustenta que os bens naturais são instrumentos, fontes de utilidade e meios de satisfação das necessidades e do bem-estar das pessoas. Os defensores dessa perspectiva, como Miguel Reale¹, entendem que o ecológico não é um valor absoluto. Para eles, a preservação do meio ambiente há de se dar em função da pessoa humana, a qual representa a fonte de todos os valores. Significa que a ecologia esta subordinada à antropologia, por força de uma hierarquia valorativa de precedência desta em relação àquela.

Doutro lado, os defensores da concepção ecocêntrica sustentam que a tutela ambiental é um valor próprio que se basta em si mesmo², independentemente de propiciar uma satisfação de quaisquer interesses humanos. A visão puramente ecocêntrica desconsidera o ser humano como destinatário do direito do ambiente. Com isso, põe a própria natureza ou os seus elementos como titulares de direitos, operando uma lógica jurídica exclusivamente centrada

¹ REALE, Miguel. Primado dos Valores Antropológicos. *O Estado de São Paulo*, p. A-2, 28 fev. 2004.

² DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Tutela ambiental e contencioso administrativo*: da legitimidade processual e das suas conseqüências. Coimbra : Coimbra Editora, 1997, p.22.

nos bens ambientais, com desprezo a quaisquer outros valores em questão, pois o ser humano é apenas uma espécie animal como as demais.

Uma terceira corrente advoga uma postura mais racional e moderada, condenando a postura radical e revolucionária dos movimentos ecologistas dos anos setenta, que buscaram politizar³, através de uma ideologia utópica, a questão ambiental. Nessa linha de raciocínio, Vasco Pereira da Silva⁴ posiciona-se pela idéia de um antropocentrismo, rejeitando as posturas fundamentalistas e qualquer visão meramente instrumentalizadora, economicista ou utilitária da natureza. Segundo ele, a tutela do meio ambiente pelo direito deve buscar primordialmente a preservação da natureza como meio de realização da dignidade da pessoa humana⁵.

Também defendendo uma posição moderada, Carla Amado Gomes⁶ esclarece que a espécie humana exerce uma natural ascendência sobre as outras espécies naturais e vegetais. Todavia, isso não a transforma em dona do mundo; pelo contrário, impõe-lhe um dever de zelar pelo equilíbrio do sistema ecológico que também integra. Adverte que tanto a posição antropocêntrica quanto a ecocêntrica, em suas vertentes extremas, conduzem à irrealidade e à inoperância. Idêntica advertência faz Canotilho⁷, ao alertar para os perigos da radicalização do discurso ecológico com suas visões “panteísta-xiítas”, “ecoxiítas” ou fundamentalistas ambientais.

A compreensão do ambiente baseada na harmonização dos dois conceitos tem a vantagem de apurar os excessos e possibilitar uma convivência harmônica do homem com o ambiente. É de suma importância perceber quais são os limites razoáveis de intervenção humana na natureza, para que haja uma equilibrada conjunção da ação do homem com a preservação da ecologia. A

³ Nessa época, surgiram os partidos verdes que pregavam a politização da ecologia. Nos anos oitenta, a despartidarização da ecologia propiciou que a defesa do meio ambiente passasse a ter uma dimensão social mais ampla e menos radical.

⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor do direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 19-30.

⁵ Vasco Pereira da Silva observa que, “ao fazer radicar a protecção da ecologia na dignidade da pessoa humana, mediante a consagração de direitos fundamentais, é devidamente reconhecida a dimensão ético-jurídica das questões ambientais” (SILVA, Vasco Pereira da. *Op. cit.*, p. 28).

⁶ GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n. 11-12, jun./dez. 1999, p. 65.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da ecologia ou ecologização do direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Almedina, n. 4,dez. 1995, p. 72.

tônica do equilíbrio há de ser uma nova ética direcionada para a efetividade da dignidade da pessoa humana. É preciso também não descurar do dever de preservação dos bens ambientais para a garantia de todas as formas de vida no planeta, por serem um patrimônio das presentes e futuras gerações.

2. Meio ambiente como bem jurídico

É recente a valoração e sistematização do meio ambiente, como bem jurídico de relevante e geral interesse para a sociedade. Em contraponto, observa-se que a antiga visão patrimonialista e individualista tem séculos de história e, infelizmente, ainda sobrevive no universo jurídico. Por isso, ganha relevo a advertência de José Eduardo de Figueiredo Dias⁸ de que a generalização da convicção de um direito ambiental autônomo – operada em âmbito não apenas nacional, mas internacional, dada a inevitável propensão para a mundialização dos problemas ambientais – está na base da emergência recente do ambiente como bem digno de tutela jurídica.

Esse novo modo de pensar possibilita a reparação civil do dano ambiental ou a tipificação dos crimes contra a natureza e de poluição, afastando por completo qualquer dúvida quanto à relevância do ambiente como bem jurídico independente, desvinculado de qualquer relação utilitarista relacionada ao seu proveito econômico. A respeito dessa luta pelo reconhecimento da autonomia do meio ambiente como bem jurídico digno de tutela, Harald Véase Koch⁹ relata um singular e curioso caso em que as focas do Mar do Norte protagonizaram uma ação contra a República Federal da Alemanha porque havia grande quantidade de poluição naquele mar. As focas foram representadas no tribunal por grupos ambientalistas e o caso foi rejeitado por absoluta falta de legitimação dos animais pretensamente levados a litigar.

O caso apontado serviu ao verdadeiro objetivo dos ambientalistas, no sentido de dar publicidade e chamar a atenção da sociedade para a poluição no Mar do Norte. Serviu também para demonstrar a possibilidade da ocorrência

⁸ DIAS, José Eduardo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 28.

⁹ *Apud* GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. Tradução: Lucio Cabrera Acevedo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 70.

de dano ecológico, com lesões no sistema ecológico natural, sem que haja direta violação de direitos individuais. Igualmente demonstrou que o bem jurídico ambiental não pode ser visualizado numa perspectiva exclusivamente individualista. É, portanto, pertinente a assertiva de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰ de que o ambiente deve ser compreendido como bem jurídico autônomo, objeto de uma disciplina autônoma¹¹. Esse bem jurídico deve ter na lei ou noutras fontes um título jurídico autônomo que imponha limites ou restrições ao exercício dos direitos dominiais ou da atividade econômica, privada ou pública. Como se sabe, na maioria das vezes, os efeitos da deterioração ambiental se diluem na coletividade¹², sem que seja possível individualizar a intensidade dos danos causados às pessoas¹³.

No ordenamento jurídico brasileiro, a definição de meio ambiente é estabelecida pelo art. 3º, inc. I, da Lei nº 6.938/81: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A idéia de meio ambiente, como bem jurídico, é um conceito aberto e em contínua expansão. Funda-se na concepção unitária de equilíbrio ecológico¹⁴ e tem por objetivo o bem-estar do indivíduo, a proteção da sua qualidade de vida e da dignidade humana.

¹⁰ *Apud* DIAS, José Eduardo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 49.

¹¹ Nesse sentido, Carla Amado Gomes lembra que “a autonomização não é incompatível com a transversalidade, na medida em que há um conjunto de normas que se determina a partir de exigências específicas - protecção da integridade e da capacidade regenerativa dos recursos naturais -, que vai *esverdear*, passe a imagem, vários ramos do Direito que se poderiam caracterizar como incolores ou neutros. O Direito do Ambiente surge como um ramo especial dentro, não de um, mas de vários ramos de Direito comuns” (GOMES, Carla Amado. *Op. cit.*, p. 61).

¹² José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que “é imperioso realçar a implicação ou referência sistêmico-social da noção de bem jurídico, isto é, o fato de através desta noção se pretender abranger valores ou interesses, que se apresentam em estreita relação com interesses gerais da sociedade, tomados enquanto tais e não enquanto valores de cunho estritamente individual: o bem jurídico, ainda que possua (como é o caso) dimensões individuais, deve ser sempre visto como bem jurídico da coletividade. É esta socialização do conceito que para nós tem mais interesse, já que o ambiente (apesar de também ser um direito fundamental pertencente a todos e a cada um de nós) é, sem dúvida, um interesse coletivo, com dimensão social que nunca poderá ser esquecida” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, p. 25).

¹³ CABIÉDES, Pablo Gutiérrez; CAVIEDES, Hidalgo de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, p. 368.

¹⁴ Nesse sentido, Fernando dos Reis Condesso esclarece que “todos os componentes que interferem com esse equilíbrio como tal devem merecer tutela própria por si. Bem imaterial unitário, dele fazem parte a flora e a fauna, os espaços naturais e os elementos geoquímicos (solo, ar, água etc.)” (CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 476-477).

A lei define o meio ambiente como um bem jurídico autônomo e unitário (fundado na idéia de equilíbrio ecológico), englobando “os elementos naturais, o ambiente artificial (meio ambiente construído) e o patrimônio histórico-cultural”¹⁵. Constata-se, portanto, uma interdependência entre todos os elementos que integram o conceito, inclusive o homem, com a valorização da harmônica integração entre o ser humano e o meio ambiente. Com base nesse conceito, a citada Lei nº 6.938/81, em seu art. 2º, inc. I, considera “o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”, sendo este um dos mais importantes princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Posteriormente, com o advento da Constituição Cidadã de 1988, a idéia de meio ambiente como patrimônio coletivo foi constitucionalizada, ao se definir, no *caput* do art. 225, o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um “bem de uso comum do povo”.

A lei brasileira estabelece um conceito amplo de meio ambiente que envolve a vida em todas as suas formas e os elementos naturais, culturais e artificiais. José Afonso da Silva esclarece que o objeto de direito é o meio ambiente qualificado. Assim, o que a Constituição protege não é o meio ambiente em si, mas a qualidade satisfatória, o equilíbrio ecológico do meio ambiente. É essa qualidade que se “converteu num bem jurídico”, definido pela Constituição como um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. Nesse sentido, acrescenta: “Esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada, mesmo quando seus elementos constitutivos pertençam a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade”¹⁶. A disposição da propriedade privada não alcança a degradação ambiental¹⁷, de

¹⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI Sílvia. *Direito Ambiental*. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 15.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 56.

¹⁷ Recurso especial. Faixa ciliar. Área de preservação permanente. Reserva legal. Terreno adquirido pelo recorrente já desmatado. Impossibilidade de exploração econômica. Responsabilidade objetiva. Obrigação *propter rem*. Ausência de prequestionamento. Divergência jurisprudencial não configurada. Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. Não há cogitar, pois, de ausência de nexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando

modo que a atividade econômica há de respeitar o princípio de defesa do meio ambiente (CF, art. 170, inc. VI) e a sobreposição do regime de uso comum do povo do bem ambiental (CF, art. 225, *caput*).

Como bem jurídico de uso comum do povo, o proprietário do bem ambiental não pode dispor desse bem ilimitadamente, havendo “uma camada intangível que o compõe, pois as qualidades deste bem, suas características são consideradas de titularidade difusa, que interessam inclusive às futuras gerações”¹⁸.

3. Meio ambiente como direito fundamental

O legislador constituinte se pronunciou expressamente no sentido de colocar o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um direito fundamental (art. 225, *caput*). Trata-se de um direito fundamental, porque o seu cerne encontra-se firmado “num princípio axiológico permanente e absoluto – que é a dignidade da pessoa humana”¹⁹. Além disso, essa nova vertente jus-fundamental foi recepcionada, em âmbito mundial, pela Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em junho de 1972, em Estocolmo, integrando-se, assim, como um prolongamento à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Apesar de o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado “não estar inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, não é possível afastar seu conteúdo de direito fundamental”.²⁰ Conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho²¹, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é “um verdadeiro direito fundamental, formal e materialmente constitucional”²².

o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 343741-PR, 2ª T., Rel. Ministro Franciulli Netto).

¹⁸ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁹ SILVA, Vasco Pereira da. *Op. cit.*, p. 85.

²⁰ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

²¹ *Apud* LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 90.

²² De maneira idêntica, a Constituição portuguesa e a Constituição brasileira inseriram o capítulo do meio ambiente dentro do título “Da Ordem Social”.

O direito ao ambiente, devido ao seu caráter pluridisciplinar, apresenta-se com grande complexidade. Seu tratamento projeta-se no domínio dos direitos fundamentais, não tanto “pelo seu lugar no texto constitucional”²³, mas também pela dinâmica que a matéria abarca e pelo sentido das normas que regulam o assunto. Na Constituição brasileira, por força da cláusula de abertura consagrada no § 2º do art. 5º, o sistema jus-fundamental de proteção ao meio ambiente compreende, inclusive, os tratados internacionais relacionados ao tema.

Para Robert Alexy²⁴, o direito ambiental é constituído por um feixe de posições de tipos muito diferentes. Desse modo, o direito fundamental ao ambiente pode ser visualizado em diversas dimensões interpretativas, ao se exigir, por exemplo: que o Estado se omita de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa); que o Estado proteja o titular do direito fundamental frente a intervenções de terceiros que deteriorem o meio ambiente (direito de proteção); que o Estado permita a todos a participação em procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito de participação); que o Estado realize medidas efetivas, objetivando a defesa do ambiente (direito a uma prestação fática).

Ao declarar explicitamente o direito fundamental de todos ao ambiente, a Constituição Federal de 1988 proclama, de igual modo, o dever fundamental²⁵ imposto ao poder público e à coletividade de defender o ambiente para as presentes e futuras gerações. Essa exigência, conforme esclarece Jorge Miranda, não é um mero efeito externo da previsão de um direito, pois dele a lei pode “extrair conseqüências jurídicas adequadas quer no âmbito da responsabilidade civil, quer no do ilícito de mera ordenação social, quer no ilícito criminal”²⁶.

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional* 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.269.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 429.

²⁵ Gregório Peces-Barba Martínez define deveres fundamentais como aqueles deveres jurídicos relacionados às dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial relevância, à satisfação de necessidades básicas ou que afetam setores especialmente importantes para a organização e o funcionamento das instituições públicas ou ao exercício de direitos fundamentais, geralmente de âmbito constitucional. Além disso, o autor acrescenta: o exercício de um dever fundamental não reporta benefícios exclusivamente ao titular do direito subjetivo correlativo, quando existe. De maneira abrangente, ele alcança uma dimensão de utilidade geral, beneficiando o conjunto de cidadãos e a sua representação jurídica, o Estado (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los deberes fundamentales*. *Doxa*, n. 4, 1987, p. 336). 4.v

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 540.

4. Meio ambiente como interesse difuso

O ordenamento jurídico brasileiro define interesses ou direitos difusos como sendo os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art.81, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 8.078/90). O direito ao ambiente equilibrado envolve um interesse público, difuso, unitário e pluralista. É público e difuso na medida em que não pertence apenas ao Estado, mas de igual modo à coletividade nacional. É unitário e pluralista, por ser constituído de uma pluralidade de interesses e por uma complexidade de elementos (ar, água, paisagem, patrimônio histórico e artístico etc.), constituindo uma totalidade que exige a tutela estatal²⁷.

Sobre os interesses difusos, Miguel Teixeira de Sousa explica que eles não se enquadram na dicotomia de base romanista entre o direito privado e o direito público. A esse respeito, acrescenta:

Esses interesses não são apenas públicos, porque o seu titular não é o Estado, mas todos e cada um dos sujeitos integrados numa comunidade, grupo ou classe; não são igualmente privados, porque não são exclusivos de um indivíduo, mas comuns a todos os sujeitos de um agrupamento ou categoria. São, assim, interesses supraindividuais que não se confundem com os interesses públicos a que o Estado se reserva o monopólio da tutela, resultantes, alguns deles, da massificação na produção, comercialização e consumo, que é característica das sociedades modernas, e outros da protecção jurídica, que é devida a certos interesses, como o ambiente ou o patrimônio cultural. Não há inconveniente em que a sua garantia seja compartilhada pelo Estado e por outras entidades, singulares ou colectivas, interessadas na protecção dos interesses difusos, mas, pela sua natureza, é a estas últimas que primordialmente deve incumbir a sua protecção jurisdicional²⁸.

²⁷ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989, p. 47-48.

²⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. A protecção jurisdicional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais. In: *Ambiente e Consumo, Centro de Estudos Judiciários*, 1996, p. 231-245.

5. Princípios do direito ambiental

A evolução da juridicidade dos princípios, segundo Paulo Bonavides²⁹, divide-se em três fases distintas: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Na primeira fase, os princípios tinham conteúdos abstratos e a sua normatividade era basicamente nula e duvidosa. Por isso, contrastavam com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. Na fase juspositivista, os princípios se constituíam numa fonte normativa subsidiária às grandes codificações, ou numa válvula de segurança que garantia o comando absoluto da lei. Exemplo disso está no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Na fase pós-positivista, os princípios finalmente adquirem eficácia jurídica e se transformam em elementos hegemônicos. Sobre eles todo o sistema político-constitucional moderno se alicerça, de acordo com o novo modelo de Estado constitucional, caracterizado como Estado Democrático de Direito. Os princípios deixam de ser confundidos com simples considerações de equidade ou meras regras consuetudinárias e passam a ter “valor de direito positivo: sua autoridade e sua força não se reportam a uma fonte escrita; eles existem independentemente da forma que lhes dá o texto quando a eles se refere; o juiz os declara”³⁰, estando obrigado a garantir-lhes o respeito.

Nessa fase, assume-se, majoritariamente, o entendimento de que os princípios trazem consigo uma normatividade própria. No Brasil, mormente após o advento da Constituição de 1988, constata-se a sua máxima relevância como o mais importante elemento normativo de “coerência geral do sistema”³¹. Esses princípios passam a funcionar como eficazes critérios de interpretação e de integração de todo o ordenamento jurídico, através de seu efeito irradiante por

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259 e ss.

³⁰ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 103.

³¹ A expressão é de Jorge Miranda que assim se manifesta: “a ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a

todo o sistema normativo. Na realidade, os princípios são as normas supremas de um sistema jurídico-normativo, ostentando como características principais a natureza normogênica, o caráter de fundamentalidade, a generalidade e a plasticidade. Por serem dotados dessas características, possuem grande importância para a motivação judicial e justificação do direito como um todo³².

Com a consagração doutrinária da normatividade dos princípios e o efetivo reconhecimento da sua juridicidade e positividade, operou-se uma necessária distinção entre regras e princípios como espécies distintas do gênero “norma”. A diferenciação entre princípios e regras - que não mais se contrapõem, mas apenas se completam - é culminada pela decisiva contribuição de Ronald Dworkin³³, ao enfatizar que as regras são aplicadas de modo peremptório, num jogo de “tudo ou nada” (*all-or-nothing*). Significa que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou ela é válida e, em consequência, deve ser aceita, ou não é considerada válida e, por conseguinte, não gera quaisquer consequências normativas.

Para que as regras tenham validade, pressupõe-se a subsunção jurídica, ou seja, a adequação completa entre o dispositivo e a situação fática prevista na regra. Os princípios não exigem esse cumprimento pleno, na medida em que podem ser cumpridos ou descumpridos, sem que isso afete a sua validade. Assim, no caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida e o conflito se resolve por critérios tradicionais de solução das antinomias – critério

coerência geral ao sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há-de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador não quis ou não pôde exprimir cabalmente” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional (vol. II)*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 254-255).

³² Para Robert Alexy, os princípios, como enunciados de dogmática jurídica, compõem a argumentação jurídica com importante função no âmbito do discurso jurídico. Eles possuem as características de alto nível de generalidade que, ao serem aplicados, possibilitam a “agregação de premissas normativas adicionais e, muitas vezes, experimentam limitações através de outros princípios”. Isso propicia, de acordo com as situações fáticas e jurídicas existentes, a sua introdução na justificação como descrição de situações onde eles tenham vigência e possibilitem o desenvolvimento de novas premissas a partir de seu enunciado ou das limitações decorrentes do confronto com outros princípios. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2. ed. – São Paulo: Landy, 2005, p. 252).

³³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 2004, p. 24.

hierárquico, cronológico e de especialidade. Os princípios, ao contrário, não determinam vinculativamente a decisão, mas contêm elementos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios numa dimensão de peso ou importância e o conflito de princípios é resolvido pela ponderação³⁴. A seguir, serão analisados alguns princípios que estão inseridos no conceito de direito ambiental.

a) Princípio da função social da propriedade

O princípio da função social da propriedade encontra-se declarado nos arts. 5º, inc. XXIII; 170, inc. III; 182, § 2º, e 186, todos da Constituição Federal. Segundo ele, ao proprietário incumbe o dever de exercer o seu direito de propriedade com a exigência de lhe dar uma função social. Portanto, o exercício do direito patrimonial não ocorre de maneira absoluta nem em benefício exclusivo do seu titular, mas em prol da coletividade. No que tange ao direito ambiental, pode-se falar em função socioambiental da propriedade “para designar a imposição ao proprietário de um dever de exercer o seu direito de acordo com as necessidades sociais, dentre as quais se sobressai a de preservação ambiental”³⁵.

b) Princípio ambiental da preservação

O princípio ambiental da prevenção tem por base ações prioritárias e preventivas que evitem a ocorrência “de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade”³⁶. Esse princípio estabelece a necessidade de atuação antecipada do direito ambiental. Significa que a atuação estatal deve antecipar-se à consumação do dano, porque, na maioria das vezes, sua reparação é incerta e, quando possível, mais onerosa que a sua prevenção. Um exemplo típico de atuação preventiva é efetivado com o estudo prévio de impacto ambiental que objetiva evitar a implementação de projeto tecnicamente inviável do ponto de vista ambiental.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 24 e ss.

³⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Op. cit.*, p. 28.

³⁶MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Op. cit.*, p. 29

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁷, ao aplicar judicialmente o princípio da prevenção, firmou o entendimento de que qualquer política moderna do meio ambiente deve priorizar medidas que evitem a ocorrência de atentados ao meio ambiente. Em seguida, reafirmando o dever estatal de prevenção, decidiu: “A omissão no controle e fiscalização de área de preservação ambiental, permitindo ocupações e invasões irregulares, fatos que acarretam danos ambientais, demonstra atividade negligente e ingressa no nexo de causa e efeito das degradações ambientais havidas e por elas responde a Administração Pública”. A respeito do princípio da prevenção, enfatiza Paulo Affonso Leme Machado³⁸:

O posicionamento preventivo tem por fundamento a responsabilidade no causar perigo ao meio ambiente. É um aspecto da responsabilidade negligenciado por aqueles que se acostumaram a somente visualizar a responsabilidade pelos danos causados. Da responsabilidade jurídica de prevenir decorrem obrigações de fazer e de não-fazer. Um dos grandes especialistas em direito ambiental alemão, prof. Rehbinder, acentua que o princípio deve inibir ou limitar mais adiante da margem do perigo a criação de possível de danos ambientais. Isto é, o risco residual para a poluição e para o ambiente deve limitar-se ao mínimo.

c) Princípio da precaução

O princípio da precaução foi firmado, expressamente, na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992): “Princípio 15 - 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 ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza

³⁷ TJRS, Ap. Civ. nº 598080894, 2ª Câm. Cível, Rel. Des. Arno Werlang, j. em 30/12/1998.

³⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35-36.

científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

O princípio da precaução busca evitar danos graves e irreversíveis, mesmo que não se tenha absoluta certeza de sua ocorrência. Segundo Paulo Affonso Leme Machado³⁹, existindo qualquer dúvida “sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao ambiente, a solução deve ser favorável ao meio ambiente e não a favor do lucro imediato”. Distingue-se do princípio da prevenção porque este trata de riscos ou impactos ambientais conhecidos. Já o princípio da precaução é mais abrangente, pois alcança atividades de cujos efeitos nocivos ao homem ou ao meio ambiente não se tenha uma absoluta certeza científica.

d) Princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador visa à precaução e à prevenção de atentados ao meio ambiente, cuidando também da redistribuição dos custos decorrentes da poluição. O princípio assenta-se numa base econômica, tendo sido desenvolvido por economistas. Como é cediço, a poluição tem um custo econômico que deve ser suportado pelo próprio poluidor, conforme esclarece José Eduardo de Figueiredo Dias: “A poluição que determinada empresa provoca deixa de ser tratada como uma externalidade para passar a ser internalizada nos próprios custos de produção (incluindo-se não nos custos sociais da produção, mas no seu custo privado)”⁴⁰.

Esse princípio foi incorporado na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992): “Princípio 16 - Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais”. Na legislação brasileira, o princípio encontra-se positivado no art. 4º da Lei nº 6.938/81: “A Política Nacional do Meio Ambiente visará (...): VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos

³⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de direito ambiental internacional. In: *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. Antonio Herman V. Benjamin (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 399-400.

⁴⁰ DIAS, José Eduardo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 53-54.

causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

e) Princípio do usuário-pagador

É uma evolução do princípio do poluidor-pagador. Estabelece que os preços devem refletir todos os custos sociais do uso e esgotamento dos recursos naturais. Assim, por exemplo, aquele que utiliza água para irrigação deve pagar por esse bem natural. O princípio do usuário-pagador foi positivado inicialmente no art. 4º, inc. VII, da Lei nº 6.938/81. Mais recentemente foi incorporado na Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97): “Art. 5º São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (...): IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos”.

f) Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável estabelece a variável ambiental como parte integrante na tomada de decisões das gerações presentes. Nesse sentido, para haver desenvolvimento sustentável, é preciso que as necessidades atuais não comprometam a capacidade das gerações futuras de responder às suas próprias necessidades. Nos vinte e sete princípios estabelecidos na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), em pelo menos onze delas, faz-se menção ao conceito de desenvolvimento sustentável⁴¹. Na legislação brasileira, a primeira referência ao princípio do desenvolvimento sustentável ocorreu com o advento da Lei nº 6.803/80 (diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição) que, de forma incipiente, se referiu à compatibilização das atividades industriais com a proteção ambiental.

g) Princípio da solidariedade intergeracional

No que concerne à perspectiva de preservação do ambiente num contexto intergeracional, deve-se, de partida, considerar a evidência de que a

⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de direito ambiental internacional. In: *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. Antonio Herman V. Benjamin (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 407.

degradação⁴² ambiental gera danos em cadeia. Certamente, os danos atuais irão afetar, no futuro, o ecossistema, com prejuízos a serem suportados pelos próximos habitantes do mundo. Com essa preocupação, a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento (1992) estabelece: “Princípio 3 – O direito ao desenvolvimento deverá ser exercido de forma a atender eqüitativamente às necessidades, em termos de desenvolvimento e de ambiente, das gerações atuais e futuras”.

Com efeito, são duas gerações a compartilhar os mesmos recursos naturais: uma com voz e a outra muda; uma que detém o patrimônio atual e a outra que o receberá com os erros e os acertos presentes, por ser a destinatária de um legado incerto. Se a geração de hoje utilizar, de maneira correta e sustentável, o patrimônio natural que detém, com certeza determinará a dignidade da existência humana em tempos vindouros. Esse princípio encontra-se expressamente insculpido no art. 225 da Constituição Federal, que impõe ao poder público e à coletividade o dever de defenderem o meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as presentes e as futuras gerações. Sobre a matéria, transcreve-se recente decisão do STF:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos

⁴² Sobre a utilização abusiva dos recursos naturais e a dedução de uma norma fundamental ecológica: “de una sencilla aplicación de todas las normas morales básicas (ya sea de la fórmula utilitarista de la mejor suerte al mayor número, o del contrato social combinado con el «velo de la ignorancia» de RAWLS, o del imperativo categórico de Immanuel KANT referido a la especie total del homo sapiens), se desprende que todas las generaciones han poder disponer de los mismos recursos naturales, de modo que toda exploración abusiva irreversible constituye una violación injustificable de los intereses de las generaciones futuras” (SCHÜNEMANN, Bern. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 207).

direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações⁴³.

A decisão do STF, claramente, sinaliza para uma necessidade real e atual de estabelecer os meios de se defender esses direitos de pessoas que ainda não existem. Dessa forma, o operador do direito deve buscar uma forma eficaz de proteger esse direito fundamental, cuja titularidade mediata é atribuível a pessoas ainda inexistentes, às gerações futuras, à civilização do porvir. E essa preocupação não se restringe ao direito brasileiro. Por exemplo, em janeiro de 1993, foi criado na França o Conselho para as Futuras Gerações, como entidade pública independente, com a finalidade de velar pelos direitos das gerações vindouras⁴⁴.

É preciso pensar que, a cada geração que se sucede, os recursos naturais vão se esgotando, que recebemos mais do que vamos deixar e que o risco de esgotamento das forças vitais do planeta é uma ameaça real. Porém, na verdade, a igualdade entre gerações ainda é um caminho a seguir, um ideal a se buscar, um valor a se tutelar em nome da sobrevivência da própria humanidade. Por isso, é importante lembrar que o estabelecimento de direitos a pessoas não nascidas não é medida nova; pelo contrário, tem precedentes antigos e bem conhecidos em nosso ordenamento jurídico: o reconhecimento de direitos ao nascituro previsto no Código Civil⁴⁵.

Em tal contexto, o aplicador do direito ambiental precisa de sensibilidade. Mais do que isso, deve ter cuidado com a excessiva dependência da positivação ou teorização das questões ambientais que, muitas vezes, perdem-se em si mesmas sem qualquer interesse prático⁴⁶. Nesse campo, o realce deve

⁴³ ADI 3.540-MC / DF, Rel. Min. Celso Mello, j. em 01/09/2005, Pleno, DJ 03/02/2006.

⁴⁴ ROTA, Demetrio Loperena. *Los principios del derecho ambiental*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 90.

⁴⁵ Art. 2º “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Art. 541. “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.” Art. 1.791. “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher e não tendo o poder familiar.”

⁴⁶ Os princípios, as leis e os tratados devem ser o resultado de grandes generalizações, ao passo que, nos níveis mais baixos, na soma de milhões de casos particulares, é onde se encontram as questões mais

ser a busca de soluções racionais, práticas, preventivas e funcionais, pois a definição da questão ambiental é urgente, é para hoje e não para o amanhã. Na dimensão preventiva intergeracional do direito ambiental, há de se privilegiar não apenas a composição dos conflitos, mas também a efetiva e completa eliminação de quaisquer riscos e perigos desnecessários⁴⁷, sejam eles presentes ou futuros.

h) Princípio da informação

Esse princípio decorre do Estado Democrático de Direito e visa a propiciar aos cidadãos pleno conhecimento das questões relacionadas à qualidade do meio ambiente. Vem expresso em vários dispositivos da Constituição Federal: no art. 5º, inc. XXIII, quando assegura o acesso a certidões; na alínea a do inc. XXIV do referido artigo, ao estabelecer o direito de petição; no art. 225, § 1º, inc. IV, quando assegura a informação ao estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Na legislação infraconstitucional, é garantido o direito à informação ambiental no art. 6º, § 3º, da Lei nº 6.938/82, o qual determina também o dever dos responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental (SISNAMA) de informar os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada. No art. 9º, incs. VII e XI, é estabelecido como princípio da Política Nacional do Meio Ambiente o dever de produzir um cadastro de informações ambientais e a garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente, obrigando-se o poder público a produzi-las, quando inexistentes.

No plano internacional, a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento (1992) estabelece o direito de acesso das pessoas às informações, o dever dos Estados de repassar as informações ambientais aos cidadãos e de notificar os outros Estados em matéria ambiental (Princípios 10, 18 e 19).

decisivas, mais quotidianas. É, portanto, nestes casos concretos, que o aplicador do direito tem de fazer valer as soluções que realmente preservem os valores ambientais.

⁴⁷ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Op. cit.*, p. 151.

i) Princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente

Trata-se do princípio 17 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) que estabelece: “Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”. Esse princípio deriva da idéia de indisponibilidade do meio ambiente e da sua qualificação como bem de uso comum do povo. No Brasil, o princípio encontra-se expressamente estabelecido no art. 225, § 1º, da Constituição Federal e no art. 2º, inc. I, da Lei nº 6.938/81⁴⁸.

6. Considerações finais

Na nova compreensão dos problemas ambientais, inexistente espaço para a linha positivista do “juiz São Tomé”⁴⁹ que só acredita naquilo que vê escrito e expresso na lei, mesmo que irrazoável e absurdo⁵⁰. Igualmente inexistente espaço

⁴⁸ Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido,

⁴⁹ A expressão foi utilizada por Mário Moacir Porto (*apud* AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. O dano moral e sua avaliação, *in Revista do Advogado*, nº 49, Dezembro, São Paulo: 1996, p.8-9).

⁵⁰ Sobre o irrazoável e o absurdo, Chaïm Perelman faz as seguintes considerações: “o razoável não remete para uma solução única, mas implica uma pluralidade de soluções possíveis; no entanto, há um limite para essa tolerância, e é o irrazoável que não é aceitável” e mais adiante cita a hipótese do funcionário de fato: “... há casos em que o respeito estrito pela letra não resulta numa solução iníqua, mas em conseqüências ridículas. É assim que o art. 191 do Código Civil permite ao ministério público atacar qualquer casamento «que não foi celebrado pelo funcionário público competente». Eis os factos tais como foram descritos de uma maneira pitoresca por Casamayor: «Cerca de 1900, na Câmara Municipal de Montrouge, o funcionário do Registo Civil que, na ausência do presidente, tinha casado uma série de jovens, era efectivamente um adjunto, mas, infelizmente!, não era o adjunto mais graduado na ordem do quadro de adjuntos presentes. Ora, a lei municipal de 1884 determina que se o presidente pode delegar expressamente os seus poderes a um adjunto ou a um vereador de sua escolha, sem ter em conta o famoso quadro, pelo contrário, na falta de delegação especial, é a ordem do quadro que define a competência. Se o presidente estiver “impedido”, é o primeiro adjunto quem casa, se o primeiro adjunto estiver impedido, é o segundo adjunto, etc. Os cônjuges tinham sido unidos pelo terceiro adjunto, por exemplo, em lugar de o terem sido pelo segundo. Drama! O procurador accionou a nulidade dos casamentos. O tempo passa, os cônjuges tornam-se concubinos, os filhos passaram a ser bastardos, mas, impávida e serena, a marcha do processo continuou até ao Supremo Tribunal de Justiça que, bem

para o teórico do direito que só visualiza os arcaicos modelos de complexas elucubrações filosóficas decorrentes de um contraproducente “academicismo prolixo”, desvinculado da realidade e pretensamente perfeito. Por fim, inexistente espaço para a manutenção de um modelo que busca valer-se de extensos e confusos conceitos ou teorias puras, estabelecidas em complicadas teses doutrinárias, muitas vezes importadas de realidades diversas daquela que se está a analisar concretamente.

Há muito, Norberto Bobbio já havia observado que “o filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade”⁵¹. Igualmente, em relação à questão ambiental, não se pode olvidar a advertência de José Joaquim Gomes Canotilho⁵² para o dever de se evitar os riscos da tentativa de “purificação jurídica” dos problemas ambientais.

Essa advertência faz sentido, mormente quando se percebe que, para a construção de um direito ambiental efetivo, traçado a partir da idéia de transversalidade abrangente dos vários ramos do direito⁵³, “o jurista de ambiente deve confessar a sua humildade e reconhecer que, sem o amparo de

inspirado, declarou idiota a instância, estimou que as coisas deviam permanecer como estavam. E, pela operação do Espírito Santo jurídico, os bastardos voltaram a ser legítimos, os cônjuges voltaram a ser casados. A realidade voltara a tomar o passo sobre a ficção. Para obter este regresso à realidade, o Supremo Tribunal teve de recorrer a uma ficção jurídica, criando a noção de «funcionário de facto». Eis o que, sobre isto, diz o senhor Rivero: Um indivíduo, no seguimento de circunstâncias que podem ser muito diversas foi levado durante um certo lapso de tempo a exercer uma função pública. Todos aqueles que trataram com ele acreditaram de boa-fé no carácter regular da sua investidura. E todavia, ele não era funcionário e nenhum dos seus actos apresentava, de direito, o menor valor. Esta qualidade que ele realmente não tinha, atribui-lha o juiz ficticiamente, e trata como se emanassem de um verdadeiro funcionário as decisões que interessam aos administrados de boa-fé (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução: João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 388-390).

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 19ª reimpressão. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 24.

⁵² Assim se manifesta o autor: “os perigos da ‘purificação jurídica’ dos problemas ambientais estão à nossa vista: quando os juristas se interessam pelo ambiente, há sempre riscos de, em vez de se conseguir a ecologização do direito, se terminar numa ambígua juridicização da ecologia” (CANOTILHO, *Juridicização da ecologia ou ecologização do direito*, 1995, p. 72).

⁵³ Sobre a idéia de transversalidade, Carla Amado Gomes, com base em Prieur, esclarece: “O Direito do Ambiente é um Direito traçado a partir de uma série de círculos concêntricos que abrangem vários ramos do Direito” (GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n. 11-12, jun./dez. 1999, p. 60).

outros ramos do direito, não é possível edificar um corpus teórico suficientemente autônomo para abarcar todas as multidimensionalidades dos problemas ambientais”⁵⁴.

Quanto ao posicionamento do juiz, é igualmente oportuna a advertência de Vera Lúcia Jukovski⁵⁵ de que, na resolução dos conflitos ambientais, o papel do magistrado deve ser pautado pela prudência e pelo bom senso. Além disso, não se pode descurar da sensibilidade aos valores em questão e à gravidade da sua missão estabelecida pelo ordenamento jurídico de dizer a última palavra em casos de alegada lesão.

Compete ao magistrado proceder à análise dos fatos e dos valores sob exame e, à luz dos princípios regentes, realizar uma ponderação ecológica⁵⁶ de todos os interesses em jogo. Deve buscar obter uma justa e equilibrada conjugação dos bens e valores em colisão, com especial atenção para o princípio da proporcionalidade, fazendo uma minuciosa análise dos subprincípios da necessidade, da adequabilidade e da razoabilidade da providência jurisdicional decretada.

Por fim, o juiz não pode, por timidez ou por caprichosa acomodação, deixar de aplicar, quando cabíveis, os princípios ambientais e de esgotar todos os poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico na busca da efetividade do processo de tutela jurisdicional do ambiente.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da ecologia ou ecologização do direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Almedina, n. 4, dez. 1995, p. 76.

⁵⁵ JUKOVSKI, Vera Lúcia R. S. O papel do juiz na defesa do meio ambiente: Lusíada. *Revista de Ciência e Cultura*, p. 491-502, 1999.

⁵⁶ Sob a perspectiva de que as relações jurídicas ambientais são poligonais ou multipolares é mister que se faça uma ponderação ecológica de bens e interesses nas decisões jurídico-ambientais, onde todos os interesses públicos e privados afetados devem ponderados, estando o bem ambiente como “dimensão ineliminável de uma ponderação materialmente adequada” (CANOTILHO, *Relações Jurídicas Poligonais Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo*, 1994, p. 55-67).

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2. ed. – São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CABIEDES, Pablo Gutiérrez; Hidalgo de CAVIEDES. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

_____. Juridicização da ecologia ou ecologização do direito. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Almedina, n. 4, p. 69-79, dez. 1995.

_____. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, p. 55-67, jun. 1994.

CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Tutela ambiental e contencioso administrativo: da legitimidade processual e das suas consequências*. Coimbra : Coimbra Editora, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 2004.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. Tradução: Lucio Cabrera Acevedo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n. 11-12, p. 43-68, jun./dez. 1999.

JUKOVSKI, Vera Lúcia R. S. O papel do juiz na defesa do meio ambiente. *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, p. 491-502, 1999.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Princípios gerais de direito ambiental internacional. In: *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. Antonio Herman V. Benjamin (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 395-408, 1993.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. *Doxa*, n. 4, p. 329-341, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 1v.

_____. *Manual de direito constitucional* 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 2v.

_____. *Manual de direito constitucional* 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 3v.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução: João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

_____. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. Primado dos valores antropológicos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A-2, 28 fev. 2004.

ROTA, Demetrio Loperena. *Los principios del derecho ambiental*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

SCHÜNEMANN, Bern. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor do direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001.

SOUSA, Miguel Teixeira de. A proteção jurisdicional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais. In: *Ambiente e Consumo, Centro de Estudos Judiciários*, p. 231-245, 1996.

ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: DESVIRTUAMENTO DE SEUS OBJETIVOS NAS PARCERIAS COM O PODER PÚBLICO

Luciara Lima Simeão Moura

Promotora de Justiça no

Estado da Paraíba

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo traçar um panorama sobre a disciplina legal e jurídica das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP. Trata-se de uma denominação conferida a determinadas pessoas jurídicas de direito privado, mediante procedimento administrativo vinculado junto ao Ministério da Justiça. Hodiernamente, nota-se o crescente interesse que o tema desperta nos meios acadêmico e jurídico, em face da proliferação de entidades com tal qualificação. Existe também interesse em relação às parcerias formadas com o poder público, aspecto que chama a atenção dos profissionais do direito e que merecerá enfoque especial neste trabalho.

Num segundo momento, abordar-se-á o aspecto controvertido das diversas parcerias entre Estado/OSCIP, sobretudo no que concerne à contratação indireta de pessoal, terceirização de mão-de-obra e gestão integral das áreas de saúde e educação. Observa-se-á também como tais vínculos, invariavelmente, podem gerar ilegalidade e fraude, num claro desvirtuamento dos objetivos a que se propõem tais entidades.

2. Lei do Terceiro Setor: regulamentação legal das OSCIP

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público tiveram sua disciplina legal estabelecida através da Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho do mesmo ano. As OSCIP são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por particulares para o desempenho de atividades e serviços sociais especificados na lei. Recebe a fiscalização do poder público e, sobretudo, seu apoio e incentivo, havendo, por esse motivo, ação conjunta entre as esferas pública e privada.

Impende ressaltar, de forma preliminar, que não se trata de novel modalidade de pessoa jurídica, mas de qualificação especial outorgada à pessoa jurídica de direito privado que se enquadrar nas hipóteses legais, por meio de procedimento administrativo vinculado, disciplinado pela citada lei. A OSCIP não pode, portanto, ser entendida como uma instituição em si mesma. Trata-se de entidade incluída no que os estudiosos denominam “terceiro setor”¹, em oposição aos primeiro e segundo setores: aquele representado pelo Estado e este pelo mercado. O terceiro setor, no qual também se incluem as organizações sociais², serviços sociais autônomos e entidades de apoio, é composto por entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, que desempenham atividades de interesse público pela iniciativa privada.

Outros teóricos utilizam a terminologia “entidades paraestatais”, querendo com isso significar pessoas jurídicas de direito privado que desempenham certas atividades de interesse público em colaboração com o poder público. Há, ainda, os que utilizam a expressão “paraestatal” para referir-se a entidades de direito privado que integram a administração indireta, bem como os serviços sociais autônomos. Há divergências terminológicas e imprecisão entre os estudiosos sobre o correto enquadramento dessas novas modalidades de entidades, dentre elas, em especial, as OSCIP.

O posicionamento da doutrina sobre o acerto desta ou daquela denominação, bem como sobre a localização da OSCIP entre os entes da administração pública indireta, não é de capital importância, porquanto o que se

¹ Terceiro setor é uma terminologia sociológica que dá significado a todas as iniciativas privadas de utilidade pública com origem na sociedade civil. A palavra é uma tradução de *third sector*, vocábulo utilizado para definir as diversas organizações sem vínculos diretos com o primeiro setor (público, o Estado) e o segundo setor (privado, o mercado). Podem-se atribuir às organizações que compõem o terceiro setor as seguintes características: a) formalmente constituídas – alguma forma de institucionalização, legal ou não, com um nível de formalização de regras e procedimentos, para assegurar a sua permanência por um período mínimo de tempo; b) estrutura básica não-governamental – são privadas, ou seja, não são ligadas institucionalmente a governos; c) gestão própria – realizam sua própria gestão, não sendo controladas externamente; d) sem fins lucrativos – a geração de lucros ou os excedentes financeiros devem ser reinvestidos integralmente nos objetivos sociais, não havendo distribuição de dividendos ou lucros aos seus dirigentes; e) trabalho voluntário – possui algum grau de mão-de-obra voluntária, ou seja, não remunerada.

² José dos Santos Carvalho Filho (in *Manual de Direito Administrativo*, 13 ed., p. 273) relaciona os aspectos que diferenciam as organizações sociais (também uma qualificação outorgada à pessoa jurídica) das organizações da sociedade civil de interesse público: “são semelhantes os sistemas de parceria

tenciona é focalizar no regime jurídico a ela aplicado e aos problemas dali decorrentes.

3. Requisitos para qualificação

A pessoa jurídica que desejar obter a qualificação de OSCIP deverá habilitar-se perante o Ministério da Justiça e comprovar o preenchimento de todos os requisitos exigidos em lei. Um dos requisitos é que não poderá ter fins lucrativos, entendendo-se como tal aquela que distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades. Significa que deverá aplicar integralmente os recursos na consecução de seus objetivos sociais (art. 1º, §1º, da Lei nº 9.790/99).

Esses objetivos vêm especificados no citado diploma legal e consubstanciam atividades de inegável interesse público. Daí o fomento e o estímulo proporcionados pelo poder público, por meio de parceria. A respeito da matéria, leciona Maria Sylvania Zanella di Pietro³:

Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas, que, observados os requisitos legais, se disponham

ensejadores das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. O núcleo central de ambos é a parceria Estado/entidade privada na busca de objetivos de interesses comuns e benéficos à coletividade. Logicamente, existem pontos específicos que distinguem os regimes. Um deles é a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade: enquanto é ela exigida nos Conselhos de Administração das organizações sociais, não há esse tipo de ingerência nas organizações da sociedade civil de interesse público. Outro aspecto é a formalização da parceria: com aquelas entidades é celebrado contrato de gestão, ao passo que com estas é firmado termo de parceria. Enfim, nota-se que as linhas da disciplina jurídica das organizações sociais colocam-nas um pouco mais atreladas ao poder Público do que às organizações da sociedade civil de interesse público. Ambas, porém, retratam novas formas de prestação de serviços públicos”.

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 468.

a exercer as atividades indicadas no artigo 3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas.

São as seguintes as atividades desempenhadas pelas OSCIP, elencadas no art. 3º da Lei nº 9.990/99:

- promoção da assistência social;
- promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação;
- promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação;
- promoção da segurança alimentar e nutricional;
- defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- promoção do voluntariado;
- promoção do desenvolvimento econômico e social, e combate à pobreza;
- experimentação não-lucrativa de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações, bem como conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades já mencionadas.

De acordo com o art. 2º, independentemente de qual seja o objetivo social, não podem ser qualificadas como OSCIP: as sociedades comerciais; os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não-gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não-gratuito e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal⁴.

Para a obtenção da qualificação, como OSCIP, a entidade deve ser regida por estatuto, cujas normas disponham sobre: a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, com competência para opinar sobre o desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas; a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação de OSCIP, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica com a mesma qualificação, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social.

O estatuto da entidade deve também prever: a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos; as normas

⁴Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo, a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das normas brasileiras de contabilidade; a determinação de se dar publicidade, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; a realização de auditoria, inclusive externa, sobre a aplicação dos eventuais recursos públicos. Por fim, nos termos do art. 4º, a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas OSCIP será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal⁵.

O pedido de qualificação deverá ser encaminhado ao Ministério da Justiça. Somente em caso de ausência de documentos⁶, de não observância do disposto nos arts. 3º e 4º (objetivos sociais e normas do estatuto, respectivamente), e enquadramento no art. 2º (pessoas jurídicas proibidas de se qualificarem como OSCIP), é que o pedido poderá ser indeferido (art. 5º, §3º). Como se observa, trata-se de procedimento administrativo vinculado, haja vista não haver espaço para a discricionariedade da administração pública. A Lei do Terceiro Setor é expressa ao estabelecer, de modo taxativo, as únicas hipóteses em que o pedido de qualificação poderá ser negado, não cabendo análise meritória da necessidade, essencialidade ou utilidade da futura OSCIP. Existe aqui uma opção do legislador em favorecer a criação de OSCIP, com uma disciplina legal mais flexível e desburocratizada. Não por outro motivo, várias pessoas jurídicas ingressaram com pedido de qualificação desde a edição da lei, e outras tantas foram e vêm sendo criadas com este único propósito.

⁵Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

⁶Conforme o art. 5º da Lei nº 9.790/99, são os seguintes os documentos obrigatórios que a pessoa jurídica deve encaminhar com o pedido de qualificação de OSCIP: I-estatuto registrado em cartório; II - ata de eleição de sua atual diretoria; III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício; IV - declaração de isenção do imposto de renda; V - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.

4. Termo de parceria

Termo de parceria é o instrumento por meio do qual se firma o vínculo entre a pessoa jurídica qualificada como OSCIP e o poder público. Por sua natureza jurídica, pode ser enquadrado na categoria de convênio administrativo, uma vez que as partes envolvidas possuem interesses comuns e visam à mútua cooperação, sendo uma delas o poder público, representado por alguma de suas pessoas jurídicas ou algum de seus órgãos. O termo de parceria está sujeito ao controle de legalidade pelo Tribunal de Contas. São cláusulas obrigatórias no termo de parceria, segundo art. 10, §2º, da Lei nº 9.790/99:

- o objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela OSCIP;
- a estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;
- a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados;
- a previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando, item por item, as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos;
- o estabelecimento das obrigações da OSCIP, entre as quais a de apresentar ao poder público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados;
- a publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a OSCIP, de extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira.

Com relação ao projeto a ser implementado, governo e OSCIP devem negociar um programa de trabalho que envolva, dentre outros aspectos, objetivos, metas, resultados, indicadores de desempenho e mecanismos de desembolso.

Além disso, antes da assinatura do termo de parceria, o órgão estatal deve consultar o Conselho de Política Pública da área de atuação do projeto, caso ele exista (art. 10, §1º).

O monitoramento e a fiscalização da execução do termo de parceria devem ser feitos pelo órgão estatal parceiro que o assinou, além do Conselho de Política Pública da área a que está afeto. É importante que o órgão estatal mantenha esse Conselho informado a respeito de suas atividades de acompanhamento do termo de parceria. O Conselho de Política Pública, por sua vez, deve encaminhar suas recomendações e sugestões ao órgão estatal, para que este adote as providências (art. 11 da Lei nº 9.790/99).

5. Fiscalização das atividades das OSCIP

A Lei nº 9.790/99 traz, de forma expressa, a possibilidade de qualquer cidadão postular, administrativa ou judicialmente, a perda da qualificação de OSCIP da pessoa jurídica, havendo indícios de fraude ou malversação de bens públicos (arts. 7º e 8º). Dispensável dizer que o Ministério Público é parte legítima para propor tal medida. O interesse público que norteia as atividades das OSCIP, sua parceria com o poder público, ou seja, com o erário tornam indispensável o controle pelo *Parquet*.

À parte o controle social e a fiscalização exercidos pelo Ministério Público, deve, ainda, o ente público, através do órgão competente com o qual se firmou o termo de parceria, estar atento ao cumprimento das obrigações nele estampadas, mormente em decorrência da liberação de recursos públicos. É dever do ente público dar ciência ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas de quaisquer irregularidades observadas, sob pena de responsabilidade solidária (art. 12).

A lei prevê, ainda, em seu art. 13, a possibilidade de seqüestro judicial dos bens da entidade qualificada como OSCIP, bem como os de seus dirigentes. Prevê, além disso, a possibilidade de tornar esses bens indisponíveis, em casos de malversação de bens ou recursos de origem pública. Em tais medidas, podem ainda enquadrar-se agentes públicos e terceiros que, de qualquer forma, tenham-se beneficiado através do enriquecimento ilícito, ou causado dano ao erário. Prevê também o art. 13, de forma expressa, a possibilidade de aplicação das demais

sanções estabelecidas na Lei Federal nº 8.429/92, a qual trata da improbidade administrativa⁷.

6. A explosão de OSCIP no Brasil: contratação indireta de pessoal

Desde a edição da Lei nº 9.790/99, centenas de pessoas jurídicas requereram a qualificação de OSCIP perante o Ministério da Justiça, além de que inúmeras outras já foram criadas com este único propósito. Há, portanto, uma verdadeira explosão de OSCIP, sendo cada vez mais corriqueira a parceria com os poderes públicos, sobretudo com os municípios, em especial, nas áreas de saúde e educação.

O que poderia ser uma notícia alvissareira vem-se revelando, na realidade, como prática espúria. O que se nota é a utilização irregular e fraudulenta de tais organizações, por parte do poder público, como forma de escapar a diversos mandamentos e princípios constitucionais intrínsecos à administração pública, em especial, o que estabelece a obrigatoriedade de concurso público. Nesse sentido, observa Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁸:

Na prática vem ocorrendo desvirtuamento das Oscips, tendo em vista que os termos de parceria com elas firmados nem sempre observam os seus fins institucionais, que são *atividades privadas de interesse público*. (...) Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão-de-obra, porque isto contraria os objetivos da lei que disciplina a matéria. Elas devem atuar *paralelamente ao Estado* em seu próprio âmbito de

⁷Além do seqüestro e indisponibilidade dos bens, a Lei de Combate à Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) traz, como sanções aos agentes ímprobos, a reparação dos danos, a suspensão dos direitos políticos por período de tempo determinado, segundo o tipo de ato de improbidade cometido, a perda da função pública, imposição de multa, graduada também conforme o tipo de improbidade cometida, e a proibição de contratar com o poder público, em diversas modalidades, por determinados períodos de tempo, conforme, igualmente, os atos ímprobos perpetrados.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 469.

atividade, com ajuda do Estado e não substituir-se à Administração Pública. (grifos no original).

Na Paraíba, vinte e quatro municípios vêm sendo investigados pelo Tribunal de Contas do Estado⁹ por celebrarem termos de parcerias nas áreas de saúde e educação, havendo indícios de verdadeira intermediação de mão-de-obra de atividades-fim do Estado, numa acintosa burla ao concurso público por meio de contratação indireta de pessoal.

Em outros Estados, a situação é semelhante. Em Pernambuco, o Tribunal de Contas Estadual já imputou débito a vários prefeitos municipais¹⁰ pela total irregularidade na utilização de OSCIP para intermediação de mão-de-obra nas áreas da saúde, educação, administração, assistência social e urbanismo. A principal irregularidade é que o Município provê todos os recursos, desde a instalação, aos equipamentos, até o numerário. E assim, fica a cargo da OSCIP a mera intermediação de pessoal, na grande parte das vezes de apadrinhados políticos, que são, invariavelmente, contratados diretamente pela prefeitura, apenas assinando contrato de gaveta com a OSCIP.

Quase sempre, as funções exercidas por esse pessoal intermediado pela OSCIP envolvem o exercício de cargos efetivos já existentes na estrutura administrativa do Município, o que tornaria, por conseguinte, obrigatória a realização do certame público. Acrescente-se, ainda, que tal expediente ilegal também resulta, no mais das vezes, em afronta aos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Isso porque os gastos efetuados com a pessoa jurídica qualificada de OSCIP para recrutamento de mão-de-obra são excluídos do cálculo com despesas de pessoal, cujos limites¹¹ são expressamente estabelecidos

⁹ São eles: Alagoinha, Bayeux, Caaporã, Cachoeira dos Índios, Esperança, Itaporanga, João Pessoa, Lagoa Seca, Livramento, Lucena, Mataraca, Nazarezinho, Patos, Pitimbu, Puxinanã, Remígio, Santa Luzia, São João do Rio do Peixe, São José de Lagoa Tapada, Soledade, Sousa, Taperoá, Teixeira e Uiraúna.

¹⁰ O TCE de Pernambuco já imputou débito e multa aos gestores dos municípios de Carnaubeira da Penha, Serrita, Verdejante, Pombos, dentre vários outros. Na quase totalidade dos casos, houve contratação irregular de OSCIP para fornecimento de mão-de-obra em diversos setores públicos, mais especialmente, na área de saúde. No site www.tce.pe.gov.br, podem-se consultar os acórdãos e decisões referentes à problemática das OSCIP.

¹¹ LC 101/2000. Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração, e em cada ente da Federação, não poderá exceder os

no texto da Lei Complementar n° 101/2000. Outrossim, em diversos casos, observa-se que a pessoa jurídica qualificada como OSCIP sequer tem existência, por ter deixado de vigorar o termo de parceria. Extinto este, perdem seu objeto e única fonte de recursos.

Podem-se estipular as seguintes características dessas entidades qualificadas como OSCIP que têm por objetivo precipuo a burla à legislação:

- buscam intermediar repasses de verba entre entes públicos e destinatários, em troca de parte dos valores repassados: são meras intermediadoras de mão-de-obra;
- encomendam planos de trabalho fictícios (modelo-padrão), quando o fazem;
- utilizam-se de falsos contratos de prestação de serviços ou falsos termos de adesão a trabalho voluntário para descaracterizar a relação de emprego¹²;
- somente existem em razão dos recursos repassados pelos parceiros públicos – normalmente não têm qualquer instalação própria, funcionando, em boa parte dos casos, em salas alugadas;
- são criadas, geralmente, por pessoas ligadas a falsas cooperativas ou a gestores públicos (escritórios e assessorias) que facilitam a obtenção de termos de parcerias com cifras volumosas.

Uma verdadeira OSCIP tem existência própria e objetiva desenvolver atividades de cunho social, detendo os meios de produção dos trabalhos que realiza e dos serviços que presta. Para tanto, elabora e executa planos reais de

percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I- União: 50% (cinquenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento). Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: I – *omissis*; II – *omissis*; III – na esfera municipal: a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas do Município, quando houver; b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

¹² O termo “voluntariado” ou “voluntário” costuma aparecer nos diversos termos de parcerias firmados hodiernamente entre OSCIP e governo. Todavia, o pessoal intermediado pela entidade não representa verdadeiramente o que se entende por voluntário, uma vez que recebe valores significativos, como verdadeira remuneração pelos serviços prestados. Nesse aspecto, observa-se, mais ainda, o desvirtuamento do propósito legal atribuído a essas entidades qualificadas como OSCIP.

trabalho. É constituída por pessoas verdadeiramente engajadas, que trabalham em prol da entidade, em seus horários livres. Não raro, essas entidades iniciam suas atividades com poucos recursos e projetos simples, alcançando, com o decorrer do tempo, mais adeptos e colaboradores.

7. Participação das OSCIP na promoção da saúde e educação

Consoante especifica o art. 3º da Lei nº 9.790/99, dentre os objetivos sociais da pessoa jurídica qualificada como OSCIP, encontra-se a promoção gratuita da saúde e da educação, observada, sempre, a participação complementar ao Estado. Destarte, à iniciativa privada cabe complementar as atividades nos setores de educação e saúde, não podendo substituir, em hipótese alguma, a responsabilidade do Estado. As entidades do terceiro setor podem e devem, segundo o espírito da lei, atuar em áreas inoperantes, em que a atuação do Estado seja insuficiente ou mesmo inexistente, tendo como parceiro e incentivador o poder público.

Porém, uma análise superficial dos muitos termos de parceria firmados entre municípios e OSCIP demonstra que os repasses de verbas públicas alcançam cifras volumosas. Esse fato configura verdadeira gestão integral pela iniciativa privada da saúde e educação, deveres inarredáveis do Estado, estatuídos na Carta Magna. Com efeito, não é preciso muito esforço hermenêutico para concluir que o constituinte conferiu à iniciativa privada a possibilidade de atuar *ad latere* de um sistema público que já exista.

A participação de quaisquer entidades do terceiro setor deve possuir, portanto, o caráter de acessório, coadjuvante, com o propósito de auxiliar, reforçar, completar, ajudar, expandir as funções do Estado. Por isso mesmo, tem a natureza de atividade subsidiária. Esclarece, nesse ponto, José Alfredo de Oliveira Baracho¹³: “A colaboração do Estado, com as comunidades e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade”. É que, apesar de ser possível a participação da iniciativa privada

¹³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 59-60.

na promoção das atividades de saúde e educação, a obrigação do Estado não é afastada, por ser compulsória, conforme determina a Lei Maior¹⁴.

É interessante ressaltar que a lei federal estipula como objetivo social da OSCIP a promoção gratuita da saúde e da educação. Entende-se gratuita como não sendo possível a cobrança de qualquer numerário pela prestação do serviço, não sendo admissível falar em remuneração ou pagamento pelo serviço por parte do poder público. Ademais, a OSCIP deverá prestar o serviço conforme sua capacidade instalada, utilizando seus recursos, suas instalações e seu próprio pessoal, na forma de verdadeiro voluntariado.

A título de exemplo, suponhamos uma entidade não-governamental, qualificada como OSCIP, cujo objetivo fosse a promoção gratuita da educação na modalidade de acompanhamento de crianças com deficiência na leitura e escrita. Tal entidade deveria ter suas instalações (sede física) para recebimento de alunos fora do horário normal de aula, para reforço escolar, em especial no aprendizado da leitura e da escrita, utilizando, para tanto, seus próprios recursos. A mão-de-obra seria a própria comunidade, composta de voluntários, com experiência pedagógica ou não, conforme a possibilidade. É, em suma, um trabalho voluntário que pressupõe desprendimento, abnegação e sacrifício em prol de uma meta elevada.

Sendo do interesse do Estado o aperfeiçoamento da educação na comunidade, um termo de parceria com determinada OSCIP seria bem-vindo. Nesse caso, o poder público pode repassar recursos a tal entidade, por exemplo, com alguma verba para gastos com material a ser utilizado, como cadernos, canetas, lousas, etc. No exemplo dado, vemos que a atuação do Estado não foi dispensada, mas sim complementada da forma como desejou o legislador. A iniciativa privada se une à atividade pública, no sentido de oferecer uma educação de melhor qualidade à população carente. Este, sim, foi e é o escopo da lei.

Entretanto, o que provavelmente ocorreria seria a contratação da OSCIP com o objetivo de intermediar a contratação de professor para as

¹⁴O artigo 199, § 1º, da Constituição preconiza: “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Verifica-se, portanto, que a participação de entidades particulares no Sistema Único de Saúde ostenta nítido caráter de *complementaridade*, somente sendo admissível quando o poder público não dispuser de meios e recursos suficientes para realizar prestações de saúde.

referidas aulas de reforço, utilizando, para tanto, a própria sede da escola e todo o material do estabelecimento de ensino. A pessoa contratada estaria exercendo verdadeiramente a função de professor, cargo existente na estrutura administrativa do município, de caráter efetivo, sem, no entanto, ter realizado concurso público. Além disso, o valor despendido com o pagamento do professor não seria computado nos gastos com pessoal, ocorrendo, assim, a afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal.

8. Da burla à exigência constitucional do concurso público

O art. 37, II, da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade do concurso público de provas ou provas e títulos para o ingresso aos cargos e empregos públicos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. Outra exceção constitucional diz respeito às contratações temporárias por excepcional interesse público, as quais devem vir disciplinadas em lei editada pela entidade contratadora (federal, estadual ou municipal).

A necessidade do concurso público não se relaciona apenas com o provimento originário no serviço público, mas também com as investiduras derivadas, tais como promoções, remoções, transferências para outros cargos ou categorias funcionais, e transformação de cargos. Assim, ilegal também é a mudança de cargo de determinado servidor para outro diverso daquele para o qual fora legitimamente nomeado, sem novo certame público.

A obrigação do concurso público é mandamento constitucional que tem por corolário a observância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência. Sobre a matéria, José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ enfatiza:

Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 484.

disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.

Portanto, as parcerias firmadas com OSCIP com o objetivo de contratação de pessoal e intermediação de mão-de-obra para atividades-fim do Estado revelam acintosa e cristalina burla à obrigatoriedade de concurso público. Ora, como conceber possível a celebração de termo de parceria entre município e OSCIP para intermediação de mão-de-obra de médicos e enfermeiros para o hospital local? Ou para contratação de garis para serviço de limpeza urbana? Como pode o município celebrar parceria com OSCIP para contratar professores para suas escolas? Ou, caso mais freqüente, agentes de saúde? Todos os exemplos citados consubstanciam atividades-fim do Estado, das quais não pode se eximir.

Tais profissionais, para que possam ingressar no serviço público e prestar os serviços ao município, deveriam submeter-se a concurso de provas ou provas e títulos. Nos exemplos citados, médicos, enfermeiros, garis, professores e agentes de saúde são cargos normalmente de natureza efetiva, de atividades-fim do poder público (seja União, Estado ou Município), comuns na estrutura administrativa de cada ente federativo.

9. Considerações finais

O objetivo da lei, ao criar a novel figura da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, é louvável. Em nosso atual estágio de desenvolvimento, o Estado, não raras vezes, vê-se desaparelhado e impotente para promover o bem-social, seu fim precípua. A iniciativa privada pode vir em auxílio do poder público, porém nem sempre dispõe dos meios legais ou financeiros suficientes. A parceria poder público/iniciativa privada é bem-vinda, mas carece de uma disciplina jurídica e legal mais abrangente, flexível e encorajadora.

Entretanto, o que se observa é o desvirtuamento na utilização dos termos de parceria com entidades qualificadas como OSCIP. Muitos gestores públicos enxergaram na Lei do Terceiro Setor mais um meio de burlar a lei e ferir a Constituição Federal. As ilegalidades se avolumam, desde a fraude ao concurso público até a afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal. É preciso também mencionar a questão, ainda controvertida, da necessidade ou não de licitação para contratação da OSCIP, aspecto não abordado neste trabalho e que, por certo, merece linhas próprias.

Faz-se imprescindível o controle social das atividades das OSCIP, em conjunto com o controle exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público. Maus gestores e más entidades não-governamentais não podem comprometer as organizações interessadas na promoção do bem-estar social, com pessoal verdadeiramente engajado. Do contrário, as organizações da sociedade civil de interesse público não passarão de uma simples boa idéia no papel.

Referências bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e amp. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PRINCIPAIS INOVAÇÕES DA LEI DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: (LEI FEDERAL N° 11.340/2006)

Márcio Gondim do Nascimento

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Professor da Escola Superior do

Ministério Público

1. Introdução

A Lei Federal n° 11.340 de 2006 – que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher – alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais. Com essas alterações, possibilitou, dentre outros mecanismos, a prisão em flagrante ou prisão preventiva dos agressores, bem como a vedação de penas de prestação pecuniária: “cestas básicas”. Demais disso, a lei aumentou o tempo máximo de detenção previsto de um para três anos, no tocante à lesão corporal leve no âmbito doméstico e familiar e, principalmente, trouxe medidas de proteção que podem ser requeridas pela própria ofendida.

Malgrado a legislação não possuir denominação específica, a citada norma passou a ser cunhada como Lei Maria da Penha, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica cearense, vitimada pelo marido Marco Antonio Hereda Viveiros. Em 1983, por duas vezes, o marido tentou assassiná-la, inicialmente, com arma de fogo, deixando-a paraplégica e, em seguida, por eletrocussão. Todavia, só foi preso depois de dezenove anos de julgamento e ficou apenas dois anos em regime fechado.

A própria Maria da Penha relatou seu caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, ensejando o Relatório n° 54, de 2001, que apontou as falhas do Estado brasileiro no combate à violência contra a mulher. Como resultado, o Brasil firmou convenções internacionais, dentre elas a Convenção de Belém do Pará, com o compromisso de fazer cumprir o teor dos tratados, culminando com a elaboração da Lei Federal n° 11.340 de 2006. Em 25 de fevereiro de 2005, por indicação da Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres, Maria da Penha recebeu o prêmio “Mulher Cidadã Bertha Luz”, como símbolo da defesa dos direitos e interesses da mulher no Brasil.

2. Abrangência

O art. 1º da Lei nº 11.340/06 (Lei de Violência Doméstica e Familiar) é deveras claro no tocante à destinação dos institutos e mecanismos legais, pois se destina, unicamente, às mulheres em situação de violência:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Cabe notar que parte da doutrina se inclina pela inconstitucionalidade da lei sob comento, alegando-se que ela viola o princípio da isonomia previstos nos arts. 5º, inc. I, e 226, § 8, da Lei Fundamental:

Art. 5º (*omissis*)

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art. 226 (*omissis*)

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

Frise-se o teor das lições doutrinárias:

Como se vê, a pretexto de proteger a mulher numa pseudopostura “politicamente correta” a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento do homem e

mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação da casta feminina¹.

Entretentes, há que se interpretar a inovação legal nos moldes da *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa²: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam”. É óbvio que as mulheres se encontram em posição de inferioridade em relação aos homens no atinente ao quadro de violência doméstica e familiar. Como se sabe, na maioria dos casos, a mulher é a principal vítima nesses ambientes, segundo lembra Camilo Pileggi³:

Numa primeira leitura, podemos incidir no erro de pensar que a nova lei, ao se dirigir especificamente à mulher, estaria ferindo frontalmente a igualdade formal posta na Constituição (artigo 5º e seus incisos). A intenção do legislador foi forçar e provocar a mudança social (e da mentalidade de seus membros) por meio de uma lei, que contém aspectos administrativos, civis, trabalhistas e especialmente penais. É uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica, como também o é a reserva de vagas em universidade para negros e pobres, vagas destinadas a deficientes em concursos públicos, dentre outras.

¹ CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Violência doméstica: Lei Maria da Penha*, Lei nº 11.340/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

² BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmoccos.html>>. Acesso em: 19 set. 2007.

³ PILEGGI, Camilo. *Lei Maria da Penha: acertos e erros*. Disponível em: <<http://www.epm.sp.gov.br/NR/rdonlyres/535A268E-D6D0-48CA-BF8D-88FC7E9E1BC4/2055/ArtigoLEIMARIADAPENHA.doc>>. Acesso em: 20 set. 2007.

As pesquisas comprovam que, a cada quinze segundos, uma mulher é agredida no Brasil, conforme se observa nessa análise:

A cada 15 segundos, uma mulher é agredida no Brasil - WMulher 07/03/05. Com o apoio da Fundação Ford e junto com o Ibope, o Instituto Patrícia Galvão fez em setembro de 2004 uma pesquisa sobre a violência contra a mulher. Foram 2.002 entrevistas pessoais em todos os Estados brasileiros. Um estudo anterior, da Fundação Perseu Abramo, revelou que a cada 15 segundos uma mulher é agredida no Brasil, estimando-se que mais de 2 milhões de mulheres são espancadas a cada ano por maridos, namorados ou 'ex'. Não existe pesquisa a respeito, mas calcula-se que 50% das brasileiras assassinadas foram mortas por companheiros ou 'ex'⁴.

Portanto, é descabida qualquer ilação quanto à inconstitucionalidade material da norma em comento. Ademais, a legislação pátria, em diversos dispositivos, trata de forma distinta homens e mulheres, *v. g.* o art. 100, inc. I, do CPC, que estabelece o foro especial para ação de separação e divórcio. A Lei nº 11.340/2006 relaciona, no art. 5º, incs. I, II e III, a modalidade de violência que pretende coibir, haja vista que a violência dirigida contra a mulher, por si só, não determina a incidência da lei. A esse respeito, dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se

⁴ Disponível em: <<http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=122>>. Acesso em: 18 set. 2007.

consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Desse modo, percebe-se que a lei se destina a coibir a violência perpetrada tanto no âmbito doméstico (definido como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas), como na esfera familiar (a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa). Por outro lado, nos termos do parágrafo único do art. 5º, independem de orientação sexual as relações entre mulheres. Portanto, a mulher homossexual também é resguardada pela Lei Maria da Penha.

Essa delimitação é pertinente, uma vez que busca alcançar as destinatárias da lei, sendo clara a intenção de proteger as relações domésticas e familiares. Assim, a violência cometida contra empregada doméstica ou hóspede é compreendida na inovação legal, conforme enfatiza Camilo Pileggi⁵:

Assim, sujeito passivo é a mulher. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que inserida no conceito de violência doméstica ou familiar. Insere-se o filho que agride a mãe; marido que agride a mulher; neto que agride a avó; empregador que agride a empregada doméstica; companheiro que agride a companheira. O importante é que exista o requisito de existência previsto na lei: âmbito doméstico ou familiar. O fato de vizinhas se agredirem em razão de desentendimento de vizinhança não se enquadra na nova lei

No mesmo sentido é a lição de Fabrício da Mota Alves⁶:

⁵ PILEGGI, Camilo. *Ibidem*.

⁶ ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 20 set. 2007.

A violência será ainda compreendida como doméstica se a ação ou omissão a que se referiu o *caput* ocorrer no “espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas” (inc. I). Como se pode observar, no âmbito doméstico, o agressor pode não ter relações familiares com a vítima, mas deve necessariamente conviver, de forma continuada, com ela. Essa definição abrange, inclusive, os empregados domésticos, ou seja, os “esporadicamente agregados” – assunto, aliás, muito debatido no Congresso Nacional. O termo “esporadicamente” aqui dá uma noção de relacionamento provisório, típica da relação de emprego doméstico.

3. Formas de violência

O art. 7º da Lei Maria da Penha descreve as modalidades de violência praticadas contra a mulher em situação familiar, ao dispor:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer

método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Como se observa, a lei não criou nem trouxe novas figuras típicas, salvo no que tange à modificação do art. 129, § 9º, do Código Penal, que trata da lesão corporal leve. Esta, inclusive, pode ter como sujeito passivo o homem, como enfatiza Rodrigo da Silva Perez Araújo⁷:

Portanto, não há interpretação extensiva de norma penal incriminadora, mas interpretação estrita do art. 44 da Lei Maria da Penha, que alterou apenas a pena cominada à lesão corporal do § 9º do art. 129 do CP. Não houve qualquer referência à exclusão do homem de seu âmbito de proteção. E nem poderia mesmo haver, pois tal operação implicaria situação absurda - vedada por conhecida regra de hermenêutica - consistente em, por exemplo, tratamento penal diferenciado para filhos que agridam mãe ou pai idoso. Não há discrímen jurídico razoável que permita admitir este tratamento penal, pois ambas as vítimas estariam na mesma situação de hipossuficiência física em relação ao agressor, que se beneficiou das relações domésticas de coabitação para perpetrar o ilícito⁸.

⁷ ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. Violência doméstica: lesão corporal leve de filho contra pai idoso. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9688>>. Acesso em: 20 set. 2007

⁸ No mesmo sentido: “Entendemos, porém, que a qualificadora (e, por consequência, a pena a ela imposta), se aplica independentemente do sexo da vítima” (CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Violência doméstica: Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141).

Todavia, o operador do direito deve lançar mão da descrição legal atinente à violência doméstica e familiar e cotejá-la às infrações penais existentes, com o desiderato de aplicar os institutos da lei em análise. Assim, o crime de ameaça (art. 147 do Código Penal), praticado no âmbito doméstico ou familiar contra mulher, amolda-se à violência psicológica, aplicando-se os preceitos da Lei Maria da Penha. Em suma, toda violência moral, patrimonial, sexual, psicológica (*vis compulsiva*) e física (*vis corporalis*) praticada contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar, é considerada abrangida pela Lei Maria da Penha. Por conseguinte, não se rege pela legislação ordinária, mas pela Lei Federal n° 11.340, de 2006.

4. Fase policial

Antes do advento da Lei n° 11.340/2006, a violência contra mulher, na maioria dos casos, era investigada por intermédio de termo circunstanciado de ocorrência⁹, pois os crimes de lesão corporal leve e ameaça (arts. 129, § 9°, e 147, ambos do Código Penal) eram considerados de menor potencial ofensivo. Nesses casos, no máximo, o juiz poderia determinar como medida de cautela o afastamento do agressor do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima, segundo prevê a Lei Federal n° 10.455/02. Porém, com a promulgação da Lei Maria da Penha, os crimes envolvendo violência doméstica e familiar passaram a ser investigados tão-somente por intermédio de inquérito policial, independentemente da pena cominada, nos moldes dos arts. 10 a 12.

De igual sorte, é cabível a prisão em flagrante de quem pratica crime de violência doméstica, além da representação da prisão preventiva, mesmo em delitos apenados com detenção, em consequência da modificação do art. 313 do Código de Processo Penal. Demais disso, a Lei Maria da Penha trouxe a regra programática de criação de delegacias especializadas ao atendimento nas hipóteses da lei, contudo, sem atendimento obrigatório pelo poder público (art. 8°, inc. IV).

É oportuno destacar a mais alvissareira das inovações, isto é, a possibilidade aberta à autoridade policial de remeter ao juízo, dentro de quarenta

⁹ Art. 69 da Lei Federal n° 9.099/95.

e oito horas, o pedido de medidas protetivas urgentes, sem a necessidade de intermediação de advogado (art. 12, inc. III; §1º, incs. I, II e III). Nesse ponto, a própria ofendida indicará as medidas protetivas que almeja. Cabe ao delegado de polícia autuá-las em apartado, remetendo-as ao magistrado que poderá analisá-las sem prévia oitiva do *Parquet*.

5. Medidas protetivas

As medidas protetivas (arts. 22 a 24) cingem-se às providências de caráter urgente, com o escopo de evitar que a decisão principal não surta efeitos ao ser proferida. Portanto, têm nítido cunho cautelar. Essas medidas têm caráter exemplificativo e dividem-se em dois grupos: a) medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor; b) medidas protetivas de urgência à ofendida. O quadro abaixo apresenta os dois grupos:

6. Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

O art. 14 da citada lei estabelece a possibilidade de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência para processamento e julgamento de feitos cíveis e penais nas esferas federais e estaduais, dispendo:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desde logo, é importante dizer que, salvo na hipótese de incidente de deslocamento de competência previsto no art. 109, V-A, da Constituição Federal e em caso de foro especial por prerrogativa de função, a regra é que os feitos atinentes à violência doméstica e familiar contra a mulher serão

Medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor	Medidas protetivas de urgência à ofendida
<p>Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:</p> <p>I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;</p> <p>II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;</p> <p>III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:</p> <p>a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;</p> <p>b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;</p> <p>c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;</p> <p>IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar.</p>	<p>Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:</p> <p>I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;</p> <p>II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;</p> <p>III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;</p> <p>IV - determinar a separação de corpos.</p> <p>Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:</p> <p>I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;</p> <p>II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;</p> <p>III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;</p> <p>IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.</p> <p>Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.</p>

Na realidade, seria mais didático dividi-las em medidas protetivas da integridade física e saúde da mulher e seus dependentes (arts. 22 e 23) e medidas protetivas do patrimônio da mulher e da sociedade conjugal (art. 24). Essas medidas serão analisadas pelo Juizado da Violência Doméstica e Familiar ou, caso ainda não esteja criado, pelo juízo criminal, *ex vi* do art. 33 da Lei nº 11.340/06.

processados e julgados pela Justiça Comum Estadual. Nesse sentido, o magistério de Rogério Sanches Cunha¹⁰:

Vale dizer, os crimes tratados nesta lei são, a princípio, de competência da justiça estadual, mas porque etiquetados como “formas de violação dos direitos humanos”, podem ensejar, eventualmente, o deslocamento da competência para a justiça federal mediante iniciativa do chefe do parquet federal. Daí a cautela do legislador quando à adjetivação da violência doméstica e familiar perpetrada contra mulher.

De outra banda, o art. 33 determina que, enquanto não estiverem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Todavia, parte da doutrina inclina-se pela inconstitucionalidade do citado artigo, entendendo que fere o art. 125, § 1º, da Constituição Federal¹¹, uma vez que invade competência legislativa dos Estados em matéria de organização judiciária. A esse respeito, afirma Marcelo Lessa Bastos¹²:

Tocante ao art. 33 da Lei Maria da Penha, uma ponderação deve ser feita, em homenagem ao pacto federativo que, ultimamente, tem sido muito maltratado. É que a lei federal, ao pretender atribuir às Varas Criminais a competência transitória para o processo e julgamento dos crimes praticados em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, dispôs sobre competência de juízo, invadindo, deste modo, a competência legislativa dos Estados em matéria de organização judiciária, ressalvada pelo art. 125, § 1º, da Constituição Federal.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Op. cit.*, p. 36.

¹¹ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

¹² BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha. Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 20 set. 2007.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 86 do Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, publicado no DOE/RJ de 11/09/2006: “É inconstitucional o artigo 33 da Lei nº 11.340/2006 por versar sobre matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual (artigo 125, § 1º, da Constituição Federal)”.

No entanto, salvo por manejo de ação direta de inconstitucionalidade ou alegação de inconstitucionalidade por via de exceção, o dispositivo legal deve ser cumprido, assegurando-se a competência das varas criminais para medidas protetivas de urgência, mesmo tendo clara natureza cível. Alerta-se, ainda, que o rito a ser seguido nas ações penais variará consoante o procedimento estabelecido para cada crime no âmbito do Código de Processo Penal. Isso porque o art. 41 elidiu a aplicação da Lei dos Juizados Especiais nos crimes cometidos na modalidade de violência doméstica e familiar.

Outra nota importante é a impossibilidade de aplicação da pena alternativa de pagamento de cestas básicas como punição pelo crime de violência doméstica e familiar, por força do art. 17. Contudo, é importante observar a ausência de técnica legislativa nesse dispositivo, pois é cediço que inexistente essa modalidade de pena no direito penal. O art. 32 do Código Penal enumera, unicamente, as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Destaca-se, contudo, a *voluntas legis* de evitar a aplicação de pena restritiva de direitos na modalidade de prestação pecuniária, comumente utilizada no âmbito dos JECRIM, que deu ensejo a uma conjuntura de impunidade da violência contra mulher.

7. O art. 41 da Lei de Violência Doméstica e Familiar

Sem dúvida, este artigo é o mais polêmico dentre os dispositivos da Lei nº 11.340/06:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Desse modo, nos crimes perpetrados contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, não se aplicam os institutos da LJE, ou seja, composição civil, transação, suspensão condicional do processo e o rito sumaríssimo. Acrescente-se também a inaplicabilidade do artigo no tocante às contravenções penais, porque a disposição é expressa quanto aos crimes, espécie das infrações penais.

É bem verdade que há posições doutrinárias, assegurando a inconstitucionalidade do citado dispositivo por violação ao art. 5º, inc. I, da Constituição Federal. Apesar disso, é importante repetir que a lei poderá tratar os desiguais na medida de sua desigualdade. Assim, em consonância com a realidade brasileira, o entendimento é pela constitucionalidade do art. 41. Nessa perspectiva, assinalam Nucci¹³ e Bastos¹⁴:

Na realidade, com outras palavras, firmou o entendimento de que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o quanto da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei 9.099/95, afastando, inclusive o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da referida Lei do JECRIM. Embora severa a disposição do art. 41, em comento, é constitucional.

Em resumo, não há o menor problema com o art. 41 da Lei Maria da Penha. Não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo nem composição civil dos danos extintiva de punibilidade, não se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado auto de prisão em flagrante e,

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1061.

¹⁴ BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha. Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 20 set. 2007.

se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado inquérito policial (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.340/06), a denúncia deverá vir por escrito, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal, em se tratando de lesão corporal leve a ação penal será de iniciativa pública incondicionada etc.

8. Lesão corporal leve na esfera da violência doméstica

Parte da doutrina, numa análise isolada do art. 41 da Lei Federal nº 11.340/06, entende que a lesão corporal no ambiente familiar passou a ser de ação penal pública incondicionada. Eis, a respeito, o entendimento de Maria Berenice Dias¹⁵:

São crimes de ação pública incondicionada, não havendo exigência de representação e nem possibilidade de renúncia ou desistência por parte da ofendida. Somente nas hipóteses em que o Código Penal condiciona a ação à representação é possível, antes do oferecimento da denúncia, a renúncia à representação.

Sobre a matéria, enfatiza Ana Caroline A. Moreira¹⁶:

A exigência de representação da vítima na lesão leve e culposa vem insculpida no art. 88 da Lei nº 9.099/95. Assim, a ação penal em tais crimes, quando a vítima é mulher, nas condições constantes na Lei nº 11.340/06, passou a ser pública incondicionada, ou seja, não demanda mais representação da vítima. A contrario sensu, o dispositivo citado se aplica tão-somente quando o ofendido

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *A violência doméstica na justiça*. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/images/a_violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 10 ago.2007.

¹⁶ MOREIRA, Ana Caroline Almeida. Violência doméstica contra a mulher: O novo perfil jurídico-punitivo da Lei nº 11.340/06. *Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba*. João Pessoa, n. 1, p. 415-425 jan/jun, 2007.

for homem ou, em sendo mulher, o fato se dê fora do ambiente doméstico, nos termos da lei.

Entretantes, é imperioso fazer-se uma análise sistemática da lei estudada, haja vista o teor do art. 16. Tal dispositivo é claro quanto à representação, inclusive com a previsão de aprazamento de audiência para retratação da representação posta. Portanto, a lesão leve no âmbito familiar continua com a condição de procedibilidade da exordial acusatória, ou seja, representação. Dispõe o citado dispositivo:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Nessa vereda de raciocínio, está a doutrina mais festejada:

Segundo entendemos, a Lei nº 11.340/2006 não pretendeu transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar. Público e incondicionado o procedimento policial e o processo criminal, seu prosseguimento, no caso de a ofendida desejar extinguir os males de certas situações familiares, só viria piorar o ambiente doméstico, impedindo reconciliações. O propósito da lei foi o de excluir da legislação a permissão da aplicação de penas alternativas, consideradas inadequadas para a hipótese, como a multa como a única sanção e a prestação pecuniária, geralmente consistente em “cestas básicas” (art. 17). O referido art. 88 da Lei nº 9.099/95 não foi revogado nem derogado. Caso contrário, a ação penal por vias de fato e lesão corporal comum seria também pública incondicionada, o que consistiria em retrocesso legislativo inaceitável. Além disso, de ver-se o art. 16 da

Lei nº 11.340/2006: não teria sentido falar em renúncia à representação se a ação penal fosse pública incondicionada¹⁷.

Outra questão é: qual a natureza jurídica da ação penal no caso de lesão corporal leve, oriunda de violência doméstica? Sem delongas: continua sendo de ação penal pública condicionada à representação (art. 88 da Lei nº 9.099/95)¹⁸.

Destarte, é forçoso concluir que a lesão corporal leve, nos moldes da Lei Federal nº 11.340/06, continua a ser de ação penal pública condicionada à representação. Significa que a propositura da denúncia sem a necessária condição de procedibilidade deve ser rejeitada por falta de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal, como anuncia o art. 43, inc. III, do Código de Processo Penal.

Por fim, é importante destacar a inclusão de nova agravante no art. 61, inc. II, alínea *f*, do Código Penal, no que toca à violência “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”. Essa agravante se aplica, por exemplo, no caso do crime de ameaça praticado contra a mulher nas relações domésticas, não se aplicando, entretanto, na hipótese prevista no art. 129, § 9º, do Código Penal.

¹⁷JESUS, Damásio de. *Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br>. Acesso em: 12 ago. 2007.

¹⁸ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro. p. 158.

Referências bibliográficas

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 20 set. 2007.

ARAÚJO, Rodrigo da Silva Perez. Violência doméstica: lesão corporal leve de filho contra pai idoso. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9688>>. Acesso em: 20 set. 2007.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmoc.html>>. Acesso em: 19 set. 2007.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha. Alguns comentários*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 20 set. 2007.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Violência doméstica. Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A violência doméstica na justiça*. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/images/a_violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2007.

JESUS, Damásio de. *Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br>. Acesso em: 12 ago. 2007.

MOREIRA, Ana Caroline Almeida. Violência doméstica contra a mulher: O novo perfil jurídico-punitivo da Lei nº 11.340/06. *Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba*. João Pessoa, n.1, p. 415 - 425, jan./jun. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PILEGGI, Camilo. *Lei Maria da Penha: acertos e erros*. Disponível em: <<http://www.epm.sp.gov.br/NR/rdonlyres/535a268e-d6d0-48ca-bf8d-88fc7e9e1bc4/2055/artigoleimariadapenha.doc>>. Acesso em: 20 set. 2007.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Anotações preliminares à Lei nº 11.340/06 e sua repercussão em face dos juizados especiais criminais*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/lei11340pedrorui.doc>>. Acesso em: 19 set. 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dulcerita Soares Alves de Carvalho
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

João Manoel de Carvalho Costa Filho
Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1. Introdução

A matéria atinente à responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil está prevista tanto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 3º, quanto no art. 3º da Lei n.º 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais). Apesar disso, é ainda hoje tema tormentoso, por gerar polêmicas e dúvidas no mundo jurídico, principalmente quanto à sua aplicabilidade.

Sobre o assunto proposto, percebe-se através da atual legislação, mormente da legislação ambiental, que é possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. No entanto, é preciso fazer algumas observações necessárias e desde que também se busque a responsabilização da pessoa física co-autora do delito ambiental.

2. Teorias acerca da responsabilização da pessoa jurídica no âmbito penal

Várias são as teorias sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, algumas a negando, outras a admitindo. A primeira delas, hoje superada, é a teoria da ficção jurídica, defendida por Savigny. Tal teoria não admite a responsabilidade penal do ente social (*societas delinquere non potest*). Segundo entende, a pessoa jurídica não tem existência real, mas apenas fictícia. Desse modo, não pode praticar delito, pois não possui capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de autodeterminar-se. Com base nesse entendimento, seria impossível que um ente fictício viesse a praticar uma conduta que gerasse efeitos na esfera penal. Para isso, seria necessário o atributo da vontade, requisito essencial para que haja, também, a culpabilidade.

René Ariel Dotti¹, posicionando-se contrariamente à responsabilização penal da pessoa jurídica, afirma que só a pessoa humana tem capacidade genérica de entender e querer. Portanto, a potencial consciência de ilicitude, isto é, a culpabilidade em si é uma qualidade exclusiva da pessoa física e impossível de ser encontrada no ente jurídico. Assim, por ser desprovida da capacidade de ação, a pessoa jurídica não seria capaz de praticar uma conduta infratora, pois não poderia ser-lhe atribuída a culpabilidade inerente à pessoa natural.

As principais objeções à responsabilidade penal da pessoa jurídica são: a) ela não tem vontade suscetível de configurar o dolo e a culpa, indispensáveis presenças para o direito penal moderno e democrático, que é o direito penal da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*); b) a Constituição Federal não autoriza, expressamente, a responsabilidade penal, de modo que o disposto no art. 225, § 3º, seria uma mera declaração do óbvio; c) as penas destinadas à pessoa jurídica não poderiam ser privativas de liberdade, que, na essência, constituem a característica principal do Direito Penal; d) as penas são personalíssimas². São adeptos dessa teoria os seguintes doutrinadores: Pierangelli, René Dotti, Régis Prado, Silva Franco, Miguel Reale Júnior, dentre outros.

A respeito da matéria, cabe destacar a posição de alguns estudiosos. De acordo com José Cretella Júnior³, “a responsabilidade individual do dirigente da empresa será civil ou penal. Sem prejuízo da responsabilidade do dirigente, a lei estabelecerá a responsabilidade da empresa, que será necessariamente patrimonial, a única compatível com sua natureza de pessoa jurídica irresponsável penalmente (...)”. No mesmo sentido manifesta-se Miguel Reale Júnior⁴, para quem “a redação constante do art. 225, § 3º, não autoriza a conclusão no sentido de que a Lei Maior admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica”.

A segunda teoria é a da realidade ou da personalidade real que admite a responsabilidade da pessoa jurídica (*societas delinquere potest*). Essa corrente é integrada por Damásio de Jesus, Roque de Brito Alves, Fausto Martins de Sanctis, Paulo Affonso Machado, Gilberto Passos, dentre outros. Os favoráveis

¹ DOTTI, René Ariel. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id379.htm>. Acesso em: 26 dez. 2007.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

³ *Apud* DELMANTO, Roberto et al. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴ *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.*

à responsabilização penal da pessoa jurídica entendem que a natureza desta deve ser conceituada através da teoria da realidade técnica, pela qual a noção de personalidade é própria do campo ideológico e jurídico.

Sob este prisma, aceita-se o ente corporativo como um ser titular de direitos e, conseqüentemente, de obrigações, separadas da de seus sócios. Significa que, se esse ente possui uma personalidade própria da de seus sócios, também possui voluntariedade independente de seus membros. Esse fato torna perfeitamente aceitável a caracterização da conduta criminosa e sua conseqüente responsabilização penal. Para os adeptos dessa corrente, a teoria da personalidade real é a adotada no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Constituição de 1988 (art. 225, § 3º) e a posterior Lei de Crimes Ambientais admitem, de forma expressa, tal responsabilização.

Divergindo das duas teorias apresentadas, Luiz Flávio Gomes⁵ esclarece que “a única interpretação possível do art. 3º da Lei 9.605/1998 consiste em admitir que a responsabilidade da pessoa jurídica não é propriamente “penal”, no sentido estrito da palavra. É mais uma hipótese de direito judicial sancionador”. Guilherme de Souza Nucci⁶, por sua vez, traz solução ao tema, aduzindo o seguinte:

Cremos estar a razão com aqueles que sustentam a viabilidade de a pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei 9.605/98, que cuida dos crimes contra o meio ambiente. (...) Além disso, é preciso considerar que a condenação na esfera penal – pouco importando se a pena é somente restritiva de direitos ou multa - é moralmente, mais efetiva que pronunciamentos judiciais em outras áreas.

Portanto, atualmente, admite-se a responsabilização penal do ente societário pela prática de crime ambiental, passando-se agora à análise da atuação ministerial nesses crimes.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade “penal” da pessoa jurídica*. Disponível em: <http://www.blogdolf.com.br>. Acesso em: 24 nov.2005.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*

3. O Ministério Público e a responsabilização penal da pessoa jurídica

Dessume-se da explanação esboçada que não há qualquer dúvida sobre a aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. No entanto, o órgão ministerial, responsável pela ação penal pública incondicionada, ao atuar nesses casos, deve agir com cautela para não gerar contratempus, responsabilizando sujeitos alheios à prática delituosa. Nessas hipóteses, deve-se adotar a teoria da dupla imputação. Com base nessa teoria, sempre que se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, de forma obrigatória, deve-se também processar a pessoa física que, dentro da empresa, praticou o crime, porquanto jamais poderá a pessoa jurídica praticar o crime sozinha. Tal entendimento está fundamentado no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98⁷, que admite a persecução também das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do crime ambiental.

Com isso, pode-se afirmar que também houve plasmação e consagração na Lei nº 9.605/98 (art.3º) da chamada teoria da responsabilidade penal por ricochete (de empréstimo, subsequente ou por procuração). Portanto, a responsabilidade “penal” da pessoa jurídica depende da prática de um fato punível por alguma pessoa física, que atua em seu nome e em seu benefício. É uma responsabilidade por ricochete, porque prioritariamente deve ser incriminada a pessoa física. Por reflexo, a pessoa jurídica acaba também sendo processada, desde que preenchidos os requisitos legais (atuação em nome da pessoa jurídica, benefício da pessoa jurídica etc.). Quando não se constata nenhum benefício para a pessoa jurídica, não há que se falar em processo contra ela (TRF 2ª Região, MS nº 7.745, quinta turma, j. 30.04.2002)⁸.

Por isso, o representante do Ministério Público, ao formular a peça acusatória, deverá, obrigatoriamente, denunciar tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física responsável pelo ato praticado pela pessoa jurídica, visto que esta, por ser ente jurídico desprovido de vontade própria, sempre age através de um sócio. Sobre o assunto, transcreve-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

⁷ “Art. 3º. (...) Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Ibidem*.

Habeas corpus. Direito processual penal. **Crimes** contra o meio **ambiente**. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Caracterização.

1. Deve a denúncia, à luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a definição da conduta do autor, sua qualificação ou esclarecimentos capazes de identificá-lo, bem como, quando necessário, o rol de testemunhas.

2. A exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, enquanto uma das condições da validade da acusatória inicial, de que depende necessariamente o interrogatório, tem, entre outras não menos essenciais, a função de viabilizar o exercício da ampla defesa, assegurado, como garantia ao direito de liberdade de locomoção, pela Constituição da República, no inciso LV de seu artigo 5º.

3. Quando se afirme a possibilidade da responsabilização penal de **pessoa jurídica** e a dispensabilidade, pela sua só admissão pela Constituição, de disciplina legal do processo respectivo, a actio poenalis requisita, para a sua possibilidade, imputação simultânea à **pessoa jurídica**, e às pessoas naturais que integrem seus órgãos e praticaram, por si ou por terceiros, o fato-**crime** por função de sua qualidade ou de suas atribuições estatutárias, sem o que não há falar, de nenhum modo, em **crime** de **pessoa jurídica**, até porque nullum **crime** sine actio.

4. E evidenciado que os denunciados o foram por função exclusiva das suas condições de Diretores-gerentes na **pessoa jurídica** e, por isso, se deixou de precisar a conduta estatutária de que resultou o agir criminoso imputado, o que invalida a denúncia duplamente, quanto às pessoas físicas e quanto à **pessoa jurídica**, impõe-se o trancamento da ação penal.

5. É causa legal de rejeição da demanda penal a atipicidade dos fatos atribuídos ao denunciado (Código de Processo Penal, artigo 43, inciso I).

6. Ordem concedida.

Ressalte-se que, sendo impossível, no momento da formulação da peça acusatória, a indicação da pessoa física que agiu em co-autoria com o ente social, deve o representante do *Parquet* especificar tal omissão, sob pena de inépcia da inicial, fazendo ressalvas para o futuro aditamento de denúncia para inclusão de co-réu (pessoa física).

Hodiernamente, é inaceitável o oferecimento de peça acusatória inicial, de forma indistinta, contra todos os sócios do ente social praticante de delito. Em tal hipótese, seria admitir a responsabilidade objetiva no direito penal e a responsabilidade por fato de terceiros. Portanto, a denúncia deve nominar e especificar a conduta delitiva praticada pela pessoa física que culminou com o ato criminoso da pessoa jurídica. Ressalte-se, nesse aspecto, que não é o fato de o indivíduo ser dirigente ou sócio majoritário que, automaticamente, o levará à responsabilização penal, visto que ninguém pode ser conduzido à responsabilidade por fato de outrem.

Por derradeiro, não se pode deixar de discorrer sobre as hipóteses de delitos de menor potencial ofensivo praticados pelo ente jurídico. Nesses casos, antes de qualquer providência, para a audiência preliminar, deve haver o chamamento do agente individual que praticou o ato delituoso e ainda do ente jurídico, através de seu representante legal.

Pode haver dificuldades para apontar o responsável individual, ante a simplicidade dos termos circunstanciados que trazem poucos elementos sobre a individualização da conduta dos indivíduos, ou muitas vezes, nem citam o nome do ente individual em seu bojo. Nesses casos, deve-se buscar a melhor pormenorização do ocorrido, através de instauração excepcional de inquérito policial, já que não é praxe do Juizado Especial, ante os princípios que o regem a instauração do inquérito policial.

Ainda em sede de Juizados Especiais Criminais, após a individualização dos responsáveis, deve-se propor a transação penal e demais institutos, de forma especificada, tanto para a pessoa jurídica, levando-se em conta a natureza peculiar do agente ativo, quanto para o sócio. A transação penal proposta para a pessoa jurídica deve consistir, em regra, na prestação pecuniária, devendo o *quantum* basear-se em critérios específicos.

O Ministério Público, ao fazer a proposta, pode tomar por alicerce, por exemplo, o faturamento mensal da empresa. Isso faz com que a transação

penal não perca seu conteúdo educativo, ante a exigüidade da proposta lançada pelo Ministério Público, estimulando mais ainda a prática de delitos contra o meio ambiente.

Com relação ao agente individual, o sócio praticante do delito ambiental, em co-autoria com a pessoa jurídica, devem ser observadas as regras da Lei nº 9.099/95. A instrução processual penal perante os Juizados Especiais Criminais, após cessadas as propostas de benefícios penais (transação penal), já que é incabível a suspensão condicional do processo para a pessoa jurídica, em decorrência da natureza peculiar do agente ativo, segue os moldes da Lei nº 9.099/95, até a condenação, se for o caso.

Finalizando e reforçando tudo que já foi explanado, deve-se sempre ter em mente que o Ministério Público, nessas hipóteses de responsabilização penal da pessoa jurídica, deve tomar todas as cautelas legais. Como se sabe, tais procedimentos penais apresentam algumas particularidades capazes de provocar certas dúvidas no que concerne à individualização das condutas, principalmente, das pessoas físicas.

4. Considerações finais

A despeito de o direito penal clássico, por diversas razões, adotar teorias incompatíveis com a responsabilidade da pessoa jurídica, deve-se sempre lembrar que a realidade social e principalmente a criminalidade moderna necessitam de novos conceitos que levem à punição da pessoa jurídica, mormente fundados na Constituição Federal e na Lei de Crimes Ambientais.

Embora passada mais de uma década da edição da Lei de Crimes Ambientais, na prática, muitos operadores do direito ainda rejeitam a responsabilização penal da pessoa jurídica. E o fazem, muitas vezes, não por desconhecimento da lei, mas por medo de inovar e ousar, principalmente diante da dificuldade prática da aplicabilidade da lei e identificação dos responsáveis pelo crime ambiental.

Somente o Ministério Público, interessado na proteção do meio ambiente como maior herança a ser deixada para as futuras gerações, poderá mudar a realidade prática existente hoje da irresponsabilidade penal do ente jurídico, ao enfatizar que a opção pela responsabilização criminal da pessoa jurídica é a estratégia mais eficiente para a preservação do meio ambiente. Sua

responsabilização penal, no caso de prática de crimes ambientais, surge como imperativo legal, como forma de punir e prevenir práticas criminosas, que, se reiteradas, podem causar males irreversíveis ao meio ambiente e principalmente à humanidade, que anseia por proteção.

Por tudo isso, cabe ao Ministério Público a incriminação dos verdadeiros responsáveis pelos eventos danosos, o que, muitas vezes, é tarefa árdua, ante a diluição da responsabilidade dos entes sociais que, não raro, é buscada deliberadamente, mormente para mascarar o verdadeiro responsável pelos danos ambientais.

Diante desses argumentos, percebe-se que é um caminho sem volta a responsabilização penal da pessoa jurídica como forma de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para que sirva de legado para as futuras gerações. E o Ministério Público, através de sua diligente atuação, é o ponto de partida para a preservação ambiental.

Referências bibliográficas

DELMANTO, Roberto et al. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id379.htm>. Acesso em: 26 dez. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade “penal” da pessoa jurídica*. Disponível em: <http://www.blogdolf.com.br>. Acesso em 24 set.2005.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. Atlas, 2005.

MOARES, Márcia E. B. *Seletividade das instâncias de controle ambiental penal*. Disponível em: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/artigo%20revista%20ampem%20Marcia.doc>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Crítica à “responsabilidade penal” da pessoa jurídica*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br>. Acesso em: 17 mar.2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. União Européia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.160, p. 2-3, mar. 2006.

SILVA, José Geraldo da et al. *Leis penais anotadas*. Campinas: Millennium, 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5713>.

**ENUNCIADOS APROVADOS NA 1ª JORNADA DE PROCESSO CIVIL
E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS QUE TEVE O INÍCIO EM 23/11
E TERMINO NO DIA 01 DE DEZEMBRO DE 2007
REALIZADA PELO CEAFF**

ENUNCIADO 01

É possível a responsabilização de agente público por ato de improbidade administrativa, ainda que sujeito a processo especial de responsabilização político-administrativa.

ENUNCIADO 02

A decretação da indisponibilidade dos bens do agente público em ação civil pública de improbidade administrativa é viável, ainda que para garantir apenas a execução da multa civil.

ENUNCIADO 03

Em obediência ao princípio constitucional da soberania popular (CR, art. 1º, inc. I), é recomendável que o Órgão de Execução do Ministério Público, quando entender oportuno, submeta à apreciação popular, por meio de Audiência Pública, minuta de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta que vise a recuperação ou a indenização de bens ambientais lesados, antes de tomar formalmente por termo o compromisso do poluidor.

ENUNCIADO 04

É vedado ao Órgão de Execução do Ministério Público, no curso de Ação Civil Pública Ambiental, tomar por termo Compromisso de Ajustamento de Conduta que implique disponibilidade, parcial ou total, do direito material ambiental.

ENUNCIADO 05

O Conselho Superior do Ministério Público não deve homologar termo de compromisso de ajustamento de conduta em que o bem jurídico ambiental lesado não seja integralmente recuperado, quando pode sê-lo, em respeito ao princípio da indisponibilidade dos direitos materiais constitucionais ambientais.

ENUNCIADO 06

Deve o Ministério Público atuar necessariamente como fiscal da lei em todos os feitos consumeristas particulares que veiculem direitos individuais homogêneos com reflexo coletivo (inteligência do art. 92 do CDC cumulado com o art. 82, inciso III, do CPC).

ENUNCIADO 07

É recomendável, em sede de ação civil pública, que o Ministério Público requeira a concessão de tutela antecipada, ainda que não haja receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sempre que o réu abusar do direito de defesa, procrastinando indevidamente o feito, a teor do disposto no art. 273, inciso II, do CPC.

ENUNCIADO 08

É recomendável, em sede de ação civil pública, que o Ministério Público requeira a aplicação do parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil.