

REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

Número 1

Janeiro / Junho 2007

Após muitos esforços, é com grande entusiasmo que o Ministério Público do Estado da Paraíba, historicamente, edita a sua primeira Revista Jurídica, divulgando o pensamento de diversos militantes que, no dia-a-dia, lidam com o fascinante mundo do Direito.

Em verdade, esta obra veio para se consolidar no cenário jurídico, emergindo como um ambiente oportuno à instigação e ao debate em torno dos mais variados e palpitantes temas, servindo, assim, como veículo oficial para a produção científica daqueles que, de alguma maneira, se dedicam às profundas reflexões sobre a constante e cíclica interpretação dos institutos da Ciência do Direito.

É cediço que o coordenamento brasileiro vem atravessando uma fase de mudanças e quebra de paradigmas, com alterações substanciais ocorridas nas legislações, requerendo dos juristas a intensificação da pesquisa técnica. Em tais circunstâncias, esta produção desponta como a ponte de ligação entre as idéias e criações individuais e a comunidade jurídica.

Enfm, o Ministério Público Paraibano, a partir desta iniciativa, instituiu um verdadeiro programa de disseminação científica, contribuindo para o enriquecimento do Direito, enquanto elemento de íntima conexão com o estado do bem-estar social.

A vida, tão rápida e evolutiva, testemunhe, nesta Revista, por ciência própria e não por ouvir dizer, o que foi feito em favor da comunidade jurídica.

**Janete Maria Ismael da Costa
Macedo**

Procuradora-Geral de Justiça

Risalva da Câmara Torres
Coordenadora do CEAFF

Fred Coutinho
Diretor do CEAFF



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

Revista Jurídica do Ministério Público

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

CLÁUDIO 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 DO ESTADO DA PARAÍBA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF
Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro
CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917
E-mail: ceaf@mp.pb.gov.br / ceaf.secretaria@mp.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.1. (jan./jun.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

Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho
PRESIDENTE

Antônio Hortêncio Rocha Neto
SECRETÁRIO

Bertrand de Araújo Asfora
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Guilherme Costa Câmara
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Lúcio Mendes Cavalcante
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Oswaldo Trigueiro do Vale Filho
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Adriano D' Leon
PROFESSOR

Eduardo Ramalho Rabenhorst
PROFESSOR

Marcelo Weick Pogliase
PROFESSOR

Márcio Accioly de Andrade
PROFESSOR

Rogério Magnus Varela Gonçalves
PROFESSOR

Rogério Roberto Gonçalves de Abreu
JUIZ FEDERAL

APOIO EDITORIAL

Lucelena Muniz Fernandes

CHEFE DO DEPARTAMENTO DE ESTUDOS, PESQUISA E PUBLICAÇÃO

Nigéria Pereira da Silva Gomes

BIBLIOTECÁRIA E ESPECIALISTA EM ORGANIZAÇÃO DE ARQUIVO

Edmilson Furtado Lacerda

OFICIAL DE PROMOTORIA

Franciraldo Miguel

OFICIAL DE PROMOTORIA

Maria da Conceição Morato

TÉCNICO DE PROMOTORIA

Maria Perpétua Brasileiro

TÉCNICO DE PROMOTORIA

Sérgio Túlio Bezerra Rodrigues de Lima

OFICIAL DE PROMOTORIA

Vânia Soares Beltrão

OFICIAL DE PROMOTORIA

APOIO

APMP - Associação Paraibana do Ministério Público

João Arlindo Corrêa Neto

PRESIDENTE

FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público

Guilherme Costa Câmara

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, Álvaro 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 JUSTIÇA 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, Maria Lúcia Ribeiro Firemam, 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 Carvalho, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel de 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, Eriosvaldo da Silva, 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 de Figueiredo, Wildes Saraiva Gomes Filho, Aderbaldo Soares de Oliveira, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias Vieira, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Jonas Abrantes Gadelha, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana de Azevedo Targino, 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 Edilígia 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 JUSTIÇA 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 Ferreira, 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, Gláucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Moraes, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Aldenor de Medeiros Batista, Francisco Bérqson 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 de 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 Marcos 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 JUSTIÇA 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

Caroline Freire de Moraes, João Benjamin Delgado Neto, Paula da Silva Camillo Amorim, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra, Fábica Cristina Dantas Pereira, Danielle Lucena da Costa, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Ismael Vidal Lacerda, Cassiana Mendes de Sá, Carmem Eleonora da Silva Perazzo.

SUMÁRIO

EDITORIAL	15
A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM CASOS DE AFRONTA AO DEVER DE LICITAR	17
Alba Lygia Ismael da Costa Macedo	
A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DESENVOLVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROBLEMA DAS “CIFRAS NEGRAS”	27
Guilherme da Costa Câmara	
A LIBERDADE EM DESCARTES	39
Antônio Jorge Soares	
AS MEDIDAS RESTRITIVAS DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DAS CRIANÇAS E DO ADOLESCENTE	49
Fabiana Maria Lôbo da Silva	
CIDADANIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	71
Severino Coelho Viana	
CRÍTICAS À DOCTRINA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	97
Márcia Betânia Casado e Silva	
DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL.....	109
Gardênia Cirne de Almeida Galdino	
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	141
Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior	
LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	167
Antônio Hortêncio Rocha Neto	
LEI MARIA DA PENHA: ASPECTOS CONTROVERTIDOS.....	187
Amadeus Lopes Ferreira	
LIMITAÇÕES À LIBERDADE EM FACE DA PRÁTICA DE TIPOS PENAIIS.....	195
Ricardo Alex Almeida Lins	
MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO GENÉTICO E BIOTECNOLOGIA: NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRÍNCIPIO DA PRECAUÇÃO.....	221
Talden Farias	
NORMA PENAL: CONCEITO, FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS	243
Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho	

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICA	255
Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de Queiroga	
O DÉFICIT DE EFICÁCIA DO DIREITO DIFUSO A UMA SEGURANÇA PÚBLICA DE QUALIDADE E A AÇÃO DO PODER INVISÍVEL NO BRASIL.....	281
Lúcio Mendes Cavalcante	
O AMADURECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.....	291
Luciano Gomes Félix de Medeiros	
O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PRÉ-NEGOCIAL: PERSPECTIVAS DO SISTEMA ADOTADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	307
Francisco Seráphico da Nóbrega Coutinho	
MAUS ANTECEDENTES E SUA REPERCUSSÃO NA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	327
Liana Espínola Pereira de Carvalho	
RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL LIBERAL NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	347
Fernando Antônio de Vasconcelos	
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: O NOVO PERFIL JURÍDICO-PUNITIVO DA LEI Nº 11.340/06.....	371
Ana Caroline Almeida Moreira	

Um sonho realizado. Este é o sentimento que, hoje, impera no Ministério Público da Paraíba, com a edição da presente revista. Como se sabe, o campo acadêmico é de suma importância para a atividade jurídica. A pesquisa nele desenvolvida faz crescer o conhecimento, dando uma visão mais aprofundada e qualificada acerca dos assuntos investigados. Assim, o profissional que se aperfeiçoa consegue desenvolver mais a contento os seus misteres, elevando o conceito da instituição a que pertence. É essencial também que se propicie aos demais operadores do direito o contato com o raciocínio desenvolvido na pesquisa, sua fundamentação e seus resultados, proporcionando o acesso a novos conhecimentos.

Com essa preocupação, já há algum tempo, os membros do Ministério Público Estadual ansiavam por um espaço no qual pudessem externar os seus conhecimentos jurídicos, através de artigos que abordassem as mais variadas ramificações do direito. Agora, o antigo sonho tornou-se realidade. Esta revista disponibiliza aos membros do Ministério Público Estadual a oportunidade de desenvolverem os seus pensamentos jurídicos, consubstanciados em análises sobre os assuntos mais polêmicos, controvertidos e intrigantes dos diversos ramos do direito. Possibilita também a publicação de artigos escritos por outros operadores do direito, professores e pesquisadores, criando, com isso, um verdadeiro intercâmbio entre as mais variadas esferas da atividade jurídica e o campo acadêmico. Assim, com esta publicação, os Promotores e Procuradores de Justiça do Estado da Paraíba dispõem de uma nova fonte de conhecimento e pesquisa, dotada de informações relevantes acerca de assuntos de interesse direto da instituição e da sociedade.

Com a Emenda Constitucional nº 45, que implantou a conhecida Reforma do Poder Judiciário, tornou-se mais evidente a necessidade de aperfeiçoamento dos membros do Ministério Público. Trata-se de uma exigência essencial, inclusive, no que diz respeito à promoção e remoção por merecimento, que sempre deverão obedecer a critérios objetivos. Nesse contexto, a revista busca contribuir também para a obtenção desse requisito, ao disponibilizar um novo espaço para publicação das pesquisas elaboradas pelos membros da nossa instituição. Esta é mais uma conquista que, com certeza, veio para ficar, engrandecendo, ainda mais, o Ministério Público da Paraíba.

Conselho Editorial

A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM CASOS DE AFRONTA AO DEVER DE LICITAR

Alba Lygia Ismael da Costa Macedo
Advogada

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 37, XXI, a regra da obrigatoriedade de licitação, tendo como finalidade preservar os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, eficiência, moralidade e probidade. Licitação é o procedimento administrativo através do qual um ente público, exercendo sua função administrativa, abre aos interessados que se adequem às condições fixadas no instrumento convocatório a faculdade de formularem propostas.

Dentre as propostas apresentadas, será selecionada a mais conveniente para a celebração de um futuro contrato administrativo. A Lei de Licitação também obriga as entidades privadas que estejam no exercício de função pública a cumprirem as regras ali estabelecidas. Há duas finalidades para a realização da licitação: obter o contrato mais vantajoso para a administração pública; cumprir os princípios inerentes ao procedimento licitatório.

O instrumento convocatório, que contém as regras que vigorarão durante o processo seletivo, assim como as normas que serão observadas no contrato a ser celebrado, é o meio solicitante dos interessados. A lei prevê duas formas de convocação: o edital e a carta. Para contratar, a Administração Pública deve agir na conformidade da Constituição e das leis, não cabendo a ela nenhum poder discricionário.

A Constituição Federal acolheu a regra da presunção de que a licitação prévia induz à melhor contratação, garantindo maior vantagem à Administração Pública. Entretanto, esta presunção encontra exceções na própria Constituição, quando faculta a contratação direta nos casos previstos em lei. Essa hipótese está prevista no art. 37, XXI, da Carta Magna, que foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 22, XXVII, concedeu competência privativa à União, para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação (...)”. Entretanto, este dispositivo faculta aos Estados e, por via reflexa, ao Distrito Federal a edição de normas peculiares para suas licitações e contratações futuras (art. 22, parágrafo único, e art. 32, § 1º, da Constituição Federal). Todavia, os Estados não podem contrariar as normas gerais, mormen-

te no que tange ao procedimento licitatório, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis.

Com a edição da Lei de Licitação e Contratos (Lei nº 8.666/93), a União e suas autarquias têm a obrigação de cumprir tudo o que se encontra disposto em suas regras. Já os demais entes federados da administração indireta deverão cumprir somente as normas gerais. Como explicita Maria Sylvia di Pietro¹, são “(...) normas gerais, de âmbito nacional, e normas específicas, de âmbito federal, sem qualquer critério orientador que permitisse distinguir umas das outras”.

2 Excludentes da obrigatoriedade licitatória

A supremacia do interesse público fundamenta a exigência da licitação prévia para contratações com a Administração Pública, como regra geral. Entretanto, a Carta Magna prevê hipóteses taxativas possibilitando ao ente público contratar diretamente. Em tais hipóteses dá-se a dispensa ou inexigibilidade de licitação. Porém, a Administração Pública somente poderá deixar de realizar a licitação, quando a lei a desobrigar, autorizando a sua dispensa, em decorrência de uma situação particular. Ou, no caso de ser a licitação inexigível, pela impossibilidade de sua realização. Há também a hipótese de substituição de uma modalidade por outra.

Esta exceção decorre do fato de que a exigência do procedimento licitatório pode contrariar o interesse público e não assegurar a contratação mais vantajosa. Desta forma, a Administração Pública está autorizada a adotar outro procedimento, cujas formalidades serão supridas ou substituídas por outras. Convém frisar que tal flexibilidade não foi dotada de discricionariedade.

2.1 Licitação dispensada

O art. 17 da Lei nº 8.666/93 elenca as hipóteses em que o procedimento licitatório é dispensado: são os casos de alienação de bens e direitos. Apesar de a norma legal elencar essas hipóteses como de licitação dispensada, Marçal Justen Filho² entende que alguns casos descritos no artigo referi-

¹PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 293.

²JUSTENFILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

do (o inciso I, com exceção da alínea “e”, e o inciso II, alíneas “a”, “b” e “f”) são qualifi cáveis como de inexigibilidade. Entretanto, essa posição não é consensual na doutrina.

Alienação é toda transferência voluntária do domínio de um bem ou de um direito. Apesar de o instituto de compra e venda ser de direito privado, suas regras são utilizadas nas alienações de bens públicos. É de se salientar que serão aplicados os princípios que regem o direito público sempre que o regime de direito privado for com eles incompatível.

Não se aplica também cláusula alguma ou regra peculiar a esses contratos, quando isso contrariar os princípios de direito público. No caso das alienações, inexistente para o Estado a necessidade de se obter a colaboração de terceiros, como ocorre nas obras, serviços e compras. O intuito do Estado é abrir mão da titularidade de bens ou direitos, a fim de receber a prestação econômica mais proveitosa.

As hipóteses legais são: contratação direta na alienação de imóveis; doação em pagamento; doação e permuta; investidura; alienações para a Administração Pública; concessão de direito real de uso, alienação, locação ou permissão de uso de bens imóveis; contratação direta na alienação de móveis; doação, permuta e venda de ações através da bolsa de valores; venda de títulos e de bens produzidos ou comercializados pela Administração Pública; venda de materiais e equipamentos; doação com encargo.

2.2 Licitação dispensável

A licitação dispensável permite à Administração Pública, em sua análise discricionária, abrir ou não a competição, analisar o que é conveniente ao interesse público. Isso porque, em algumas hipóteses, os custos necessários à licitação ultrapassariam os benefícios que dela poderiam advir. O art. 24 da Lei nº 8.666/93 elenca vinte e quatro hipóteses de licitação dispensável. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ reuniu todas essas hipóteses em quatro categorias:

- a) Em razão do pequeno valor, englobando os incisos I, II e parágrafo único do art. 24.
- b) Em razão de situações excepcionais, nesta incluindo-se: guerra ou grave perturbação da ordem; emergência ou calamidade pública; licitação deserta; intervenção no domínio econômico; licitação

³PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. cit., p. 294.

fracassada; risco à segurança nacional, remanescente de obras; contratações segundo acordos internacionais; e contratações vinculadas a operações militares.

c) Em razão do objeto, incluindo-se: compra ou locação de imóvel; compra de hortifrutigranjeiro; aquisição e restauração de obras de arte; contratação acessória para manutenção de garantia; padronização de material de uso militar; aquisição de bens para pesquisa científica.

d) Em razão da pessoa, nos contratos com pessoa da Administração Pública; contratação no âmbito da administração indireta; contratações especiais com a Administração Pública; instituição sem fins lucrativos; contratação com associação de portadores de deficiência; contratação de energia elétrica; contratação com organização social.

2.3 Licitação inexigível

A inexigibilidade de licitação se dá quando houver impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes, acarretando a ausência de licitação e a contratação direta. Pode acontecer em razão da natureza específica do objeto ou dos objetivos sociais buscados pela Administração Pública. Além disso, a licitação não deverá ser realizada quando a hipótese de inexigibilidade derivar da impossibilidade de solução satisfatória. Nesse caso, a licitação acarretaria desembolso inútil de recursos e perda de tempo. As exceções à regra da obrigatoriedade licitatória previstas no art. 25 têm natureza apenas exemplificativa. São elas: produtor ou fornecedor exclusivo; serviços técnico-profissionais especializados; contratação de artistas; serviços de publicidade.

2.4 Formalidades necessárias para a contratação sem licitação

A contratação direta é feita mediante um procedimento administrativo, sem o caráter rigoroso da licitação. Divide-se em duas etapas: interna e externa. Na etapa interna, a Administração Pública define o objeto fruto do contrato e as condições contratuais a serem observadas; na etapa externa, formaliza a contratação. Nesse caso, haverá uma liberdade relativa na escolha da proposta, que deve ser a mais vantajosa possível, e do contratante, que deve ser o mais qualificado.

Como a Administração Pública tem a faculdade de escolha entre realizar ou não a licitação, a ela também cabe a decisão de, querendo, promover o procedimento seletivo. Ao invés de realizar a licitação segundo uma das modalidades previstas em lei, ela anuncia seu interesse de contratar, divulga as

condições básicas de contratação e convoca os interessados para formularem as suas propostas. Em seguida, examina os documentos e as propostas, escolhendo uma delas. Essa medida expressa o princípio da transparência da atividade administrativa do Estado.

3. Lei de Improbidade Administrativa e a obrigação de licitar

A responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa tem raiz no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. Esse dispositivo prevê as sanções aplicáveis a esta prática, na forma e gradação previstas em lei, remetendo sua aplicação à lei específica. A Lei federal nº 8.429/92 estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional.

Para Alexandre de Moraes⁴, “atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública”. É, num conceito mais específico, a conduta de uma autoridade pública, que exerce o poder indevidamente, em troca de vantagem material, beneficiando interesse privado.

Como veremos adiante, a Lei de Improbidade Administrativa pretende punir, não a ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público. Portanto, há duas características essenciais para se caracterizar o ato ímprobo do agente público: a natureza civil da conduta e a tipificação em lei federal. Os atos ímprobos compreendem três modalidades, descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei Federal nº 8.429/92: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública, respectivamente. Neste estudo, será analisada apenas a segunda modalidade de ato de improbidade administrativa: o que causa prejuízo ao erário. Esse ato está previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92: “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”.

Causar prejuízo ao erário é diferente de causar prejuízo ao patrimônio público. Erário diz respeito ao aspecto econômico-financeiro, ao tesouro da

⁴MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2.610.

Administração Pública; já patrimônio público abrange, além do aspecto econômico, o histórico, o paisagístico e o artístico. Desta forma, o art. 10 da Lei nº 8.429/92 pretende proteger o conjunto de órgãos administrativos encarregados da movimentação econômico-financeira do Estado. Para sua tipificação, é preciso haver a junção de cinco requisitos, quais sejam: conduta dolosa ou culposa do agente; conduta ilícita; existência de lesão ao erário; não exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente; existência de nexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público.

O inciso VIII do art. 10 da Lei nº 8.429/92 indica uma modalidade de ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, ao dispor: “Constitui ato de improbidade administrativa frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”. A regra da obrigatoriedade licitatória exige que todas as obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, devem ser precedidos de licitação. Exige-se, também, licitação para a contratação de serviços de publicidade.

No aspecto licitatório, neste caso, é imprescindível fazer-se o estudo conjugado da Lei nº 8.666/93 com a Lei nº 8.429/92. Com base nessas duas leis, é vedado ao agente público admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo, como também as que estabeleçam preferências ou distinções sob qualquer aspecto do objeto do contrato. Há duas modalidades de fraude lesivas ao patrimônio público bastante comuns: o superfaturamento e a contratação de serviços fantasmas.

4 Penalidades previstas na Lei nº 8.429/92

O art. 37, § 4º, da Carta Magna prevê as sanções aplicáveis aos agentes públicos, em caso de cometimento de improbidade administrativa. Porém, remete a sua aplicação à Lei nº 8.429/92, que trata da questão em seu art. 12. O citado dispositivo constitucional enumera três sanções: suspensão dos direitos políticos; perda da função pública e ressarcimento ao erário. Estas têm natureza civil e não excluem as sanções penais eventualmente previstas em lei para a mesma conduta. Isto advém do fato de que são três as jurisdições passíveis de responsabilidade: a administrativa, a civil e a penal, as quais atuam com uma relativa independência. O agente pode sofrer

punições nas três esferas e também por improbidade, como estabelece o caput do art. 12 da Lei nº 8.429/92. Esse dispositivo estabelece, de forma específica, as sanções aplicadas ao agente que pratica ato de improbidade administrativa, que são as seguintes:

- ressarcimento ao erário;
- perda da função pública e suspensão dos direitos políticos;
- perda dos bens acrescidos ilicitamente;
- multa civil;
- proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios diretos ou indiretos.

Para a fixação das penas, dispõe o parágrafo único do artigo 12: “Na fixação das penas previstas nesta Lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito obtido pelo agente”. O rol dessas sanções não deverá ser, obrigatoriamente, aplicado de forma cumulativa. Portanto, não está o Poder Judiciário compelido a aplicar todas as sanções em todos os casos de improbidade administrativa. Isso ocorre, devido ao princípio da individualização da pena, consagrado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Para tanto, o Poder Judiciário deverá analisar o ato ímprobo, para, nos limites e na extensão da lei, de forma flexível, equânime e criteriosa, aplicar, dentre as sanções legais, a mais adequada ao caso concreto.

5 Considerações finais

Este estudo demonstrou a necessidade de os agentes públicos estarem vinculados à idéia de irrestrita honestidade no trato da coisa pública. Significa que devem atuar, com extrema cautela, nos julgamentos que possam motivar a contratação direta, por tratar-se de exceção ao princípio constitucional da licitação. O instituto da licitação nem sempre alcança o seu fim, que é a contratação. Esta, apesar de devidamente formalizada, não está imune a fraudes e desvios. Ao contrário, pode constituir-se em uma forma mais proveitosa de se disfarçar a improbidade, entabular conluios e consumir abusos, originando um enriquecimento ilícito por parte de administradores e de terceiros desonestos.

Em face destes deslizos, o alcance e os diversos efeitos da Lei de Improbidade Administrativa na sociedade são altamente salutares e poderão proporcionar solução eficaz ao problema da fiscalização da probidade administrativa. Nesse sentido, é preciso lembrar aos operadores jurídicos que suas

tarefas, mais que tudo, ligam-se a um contexto social. Eles têm a incumbência de julgar com base na transparência e no rigor, para o controle das administrações, em todas as suas esferas.

Foi escolha da sociedade o caminho do rigoroso combate à improbidade administrativa, em caso de locupletamento ilícito, às custas dos cofres públicos. Há muito, a sociedade vem lutando pela moralidade administrativa, pelo resgate de princípios éticos de lealdade, honestidade e probidade no trato da coisa pública e no exercício das funções públicas.

Trata-se de um desafio imperioso, porém inafastável, dos que estão comprometidos com o bem-estar social e voltados a um objetivo fundamental: a promoção concreta da justiça e a implementação da igualdade e dos valores constitucionais superiores, norteando o convívio numa sociedade mais justa, mais humana e mais fraterna.

Referências

BENEDICTO FILHO, Tolosa. *Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MARINO FILHO, Pazzaglini et al. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DESENVOLVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROBLEMA DAS “CIFRAS NEGRAS”

Guilherme Costa Câmara

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Professor do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

1 Introdução

Discute-se atualmente se o Ministério Público brasileiro está ou não constitucionalmente autorizado a realizar investigações criminais autônomas. Trata-se de forte debate travado tanto no meio jurídico-acadêmico, como em diversos segmentos e instituições sociais. Essa controvérsia também é objeto de análise pelo STF¹. Demais disso, inumeráveis ensaios doutrinários já foram publicados, nos quais é possível colacionar variegados argumentos, tanto favoráveis como contrários, a uma atuação proativa do *dominus lites* no campo investigativo.

Feitas estas brevíssimas considerações, cabe advertir que os trabalhos já elaborados voltam-se - no que não se pretende retirar-lhes só por isso a validade - para uma análise positivo-legalista do problema. O presente texto, todavia, tem o propósito de lançar alguma luz sobre um ângulo ainda não esquadrinhado: “a relevância funcional da atuação ministerial na redução das impressionantes cifras negras que atingem a criminalidade estrutural”.

Como se sabe, as “cifras negras”² dizem respeito à intransparência ou opacidade de determinados comportamentos delitivos. Convém observar que, em grande medida, são produzidas pelas instâncias formais de controle social (principalmente pela polícia, instituição que desempenha intenso papel seletivo)³, traduzindo a defasagem entre a criminalidade conhecida pelo sistema penal e a criminalidade “real”⁴. Representam, assim, a criminalidade

¹Inquérito 1.968/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio. *Informativo STF-359*.

²“Cifras negras como elemento redutor dos contingentes de *deviance*”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 367. Sobre a normalidade e funcionalidade das “cifras negras”, cf. ALBRECHT, Peter-Alexis, *Kriminologie*, 2. Aufl age, Muenchen: C.H. BECK, 2002. p. 134.

³Inúmeras pesquisas lograram demonstrar que a polícia realiza constantes escolhas, selecionando as causas penais que deverão ingressar no sistema de justiça penal. Este funciona em escala bastante reduzida, menos em razão do caráter fragmentário do direito penal e mais em função do papel discricionário desempenha por aquela instância formal de controle social da criminalidade. Sobre as elevadíssimas “cifras negras” decorrentes da atividade seletiva da polícia com base em investigações realizadas na cidade de Detroit, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 445.

⁴Gassin reporta-se à distinção existente entre *chiffre noir* e *chiffre gris*. A última baseia-se no contingente de crimes em que apenas a *autoria* não foi identificada pela polícia. GASSIN, Raimond. *Criminologie*, 4. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 101. Quanto à ambigüidade que a expressão “cifra negra” carrega, cf. LÜDERSSEN, Klaus. *Strafrecht und Dunkelziffer* (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, bd. 412), Tübingen: J.C.B. Mohr, 1972. p. 6.

oculta, não registrada. Pode-se falar, portanto, de um “efeito funil”, pois apenas uma pequena parcela da criminalidade é registrada no sistema⁵.

Vale acentuar que, no tocante à “criminalidade de massas”, a vítima⁶, juntamente com a polícia, contribui para a “mortalidade” de ocorrências criminais, participando como importante fator etiológico na construção das “cifras negras”. Assim, já não é possível responsabilizar a vítima ou atribuir-lhe um papel de destaque quando se faz alusão ao fenômeno da macrocriminalidade, em que de regra comparece uma vítima abstrata ou inconsciente (processos de vitimização difusa).

Nesse domínio da criminalidade, “a intervenção da polícia tem um peso decisivo”⁷. Com efeito, a depender da área da normatividade que se manifesta no nível das “cifras negras”, o manto da invisibilidade que é lançado sobre determinadas condutas pode ter como causa primordial ora a vítima, ora a polícia.

2 As “cifras negras” e o problema da criminalidade estrutural

Nessa zona criminógena, malgrado a irrecusável importância (e a necessidade) de uma intervenção dinâmica da polícia, constata-se, inversamente, uma atuação negativa, de sentido contrário. Essa atuação negativa não se restringe, simplesmente, a um não agir, isto é, um não investigar. Também implica um ato falho ou imperfeito, decorrente de uma gama de fatores, dentre os quais merecem destaque a ascendência, a influência e o prestígio social dos presumidos delinquentes. Tal atitude se revela decisiva para a solidificação de um nível demasiadamente elevado de óbitos de casos penais. Como resultado, apenas uma ínfima parcela da ação macrodeltiva é posta nas malhas da justiça pública – e tudo o que se vê não é senão a ponta do iceberg.

Com isto, põe-se a descoberto a fragilidade da capacidade contramotivadora⁸ ou dissuasória do sistema de justiça penal relativamente a uma

⁵A visibilidade da criminalidade é um fenômeno altamente complexo, e não tendo nada de acidental ou contingente. Portanto, não se trata apenas de um fenômeno de ordem técnica (não política). Trata-se de um processo estreitamente atrelado a estratificações sociais, econômicas e políticas de uma sociedade. Nesse sentido, cf. SACK, (1993. p. 106), ALBRECHT, Peter-Alexis, 2000, p.132).

⁶Não se desconhece o papel relevante desempenhado pela vítima na produção do fenômeno em perspectiva. Como se sabe, o desinteresse pela sorte da vítima tende a desencorajá-la a dar publicidade acerca de infrações penais contra ela perpetradas. Desse modo, o desinteresse e a alienação da vítima provocam perigoso incremento da “cifra negra”. Cf. GARCÍA-PABLOS, Antonio. “La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal”, *Doctrina Penal, Teoría Y Práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires: Depalma, 1990. p.176.

⁷Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 448.

⁸O BverGE (*Bundesverfassungsgericht*) utiliza-se de uma linguagem em que aparece de modo bem destacado o aspecto positivo da prevenção geral. Fala-se, assim, em “conservação e fortalecimento da confiança na capacidade da força de estabilização e de execução da ordem jurídica”. In: MÜLLER-DIETZ, Heinz. “Integrationsprävention und Strafrecht – Zum positiven Aspekt der Generalprävention”, *Festschrift für Jescheck*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985. p. 818.

ampla faixa delinqüencial. Isso resulta em um severo comprometimento da função estabilizadora da pena. Essa fragilidade possui, todavia, aptidão para projetar-se para além do marco delitivo ora analisado, vindo a alcançar outras zonas de desvalor social. As normas protetivas também ressentem-se de uma perda de densidade contrafática, colocando-se, drasticamente, em causa a opção da maioria em atuar em conformidade com elas. Assim, a inobservância da norma em razão da não persecução de condutas delitivas que permanecem fora do âmbito de investigação policial reduz quantitativa e qualitativamente a eficácia preventiva da lei penal, mitigando sua função de garantir a paz social pela observância do direito estabelecido para a sociedade.

O elevado déficit de persecução que as “cifras negras” ocultam, máxime no campo da criminalidade estruturada, atesta, de modo contundente, a realidade empírica⁹. Esse quadro afeta tanto o prestígio (já demasiadamente comprometido) da atividade investigativa desenvolvida pela polícia brasileira¹⁰. Como, essencialmente, a própria validade das normas. Por ausência ou insuficiência de reafirmação, as normas penais podem atrair uma imagem translata. Elas próprias parecem requerer o auxílio de penas mais duras, como se sua implacabilidade pudesse de alguma forma reestabilizar o subsistema¹¹ penal, vindo a contribuir, paradoxalmente, para a construção de um “direito penal simbólico”.

Também é de uma evidência palmar que incursões episódicas e de caráter eventual no terreno extenso e fértil de uma zona delitiva, que tende ao controle social, evidencia uma atuação discricionária sensivelmente contrária ao princípio da legalidade em que ainda se fundamenta o direito penal moderno. Assim, em um mundo em que a não-criminalização é a regra e a criminalização é uma exceção (fragmentariedade), pode-se questionar, até mesmo, sua

⁹Convém lembrar que à criminologia incumbe reunir um núcleo de conhecimentos verificados empiricamente sobre o problema criminal. Cf. GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Criminologia* (trad. Luís Flávio Gomes), 4. ed., São Paulo: RT, 2002. p. 165.

¹⁰Não é de hoje que as polícias (especialmente as estaduais) encontram-se imersas em uma crise estrutural insuperável, uma vez que são reféns de um modelo autoritário e centralizador. Faltam aos seus agentes autonomia e independência, às vezes até legitimidade para atuar. Veja-se: dezesseis anos após a promulgação da Constituição da República ainda há governadores que designam, para o desempenho da função de delegado de polícia, pessoas absolutamente despreparadas, que sequer se submeteram ao crivo de concurso público (delegados comissionados). De outro lado, os baixos salários pagos não condizem com a relevância do cargo; antes servem de incentivo a incontáveis desvios de conduta e à prática de atos de corrupção.

¹¹“O controle social penal é um subsistema dentro do sistema global do controle social; difere deste último por seus fins (prevenção ou repressão do delito), pelos meios dos quais se serve (penas ou medidas de segurança) e pelo grau de formalização que exige”. Cf. GARCÍA-PABLOS, Antonio. Op. cit., p. 135.

legitimidade para resolver conflitos e promover a paz social (como o fazem, e de modo incisivo, os defensores das teorias abolicionistas)¹².

3 O Ministério Público como instituição motivadora da transparência

Comungamos da idéia de que nenhuma sociedade seria capaz de desocultar toda a delinquência. Entendemos também que a busca por uma transparência absoluta¹³, numa tentativa vã de erradicação das “cifras negras”, além de inviabilizar o sistema judiciário-penal, levaria a um Estado totalitário, de intervenção máxima, logo, contrário ao princípio da dignidade humana. Porém, não estimamos como desarrazoado buscar-se reduzir o contingente excessivo de criminalidade oculta desvendado pela investigação criminológica. Nesse desiderato, tem-se mostrado de fundamental importância o papel do Ministério Público brasileiro – o principal interlocutor do sistema punitivo do Estado.

A investigação da criminalidade “estruturada”¹⁴ – sem disputa corporativa com eventuais investigações realizadas pela polícia, antes com real desejo de que ela também passe a atuar cada vez mais em harmonia com os anseios sociais – não pode desenvolver-se de forma semelhante a um traço (linear). Especialmente porque as evidências das condutas lesivas a interesses comunitários¹⁵ valorados como essenciais ao funcionamento racional do sistema social (daí revestirem-se de um maior índice de censurabilidade) não afloram

¹²Massimo Pavarini divide o abolicionismo em: a) abolicionismo institucional, voltado para a supressão da prisão e dos manicômios judiciários como consequências jurídicas do crime; b) reducionismo penal, cuja proposta envolve uma enérgica limitação da esfera jurídico-repressiva; c) abolicionismo penal radical, que se orienta em direção a uma abolição do próprio direito penal e do sistema que o comporta. PAVARINI, Massimo. *Los confines de la cárcel*. Trad Roberto Bergalli. Montevideo: Instituto Ibero-Americano de Estudos Criminais, 1995. p. 125-126. *Apud* OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 107.

¹³Popitz afirma que “uma sociedade que estivesse em condições de descobrir e de sancionar toda a *deviance* destruiria simultaneamente o valor das suas normas”. (*Apud*, DIAS, Jorge de Figueiredo; AN-DRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 368). Todavia, é preciso lembrar que *in mediis est virtus*. Assim, não se pode recusar a idéia de que a redução da aplicação da norma a uma diminuta e insignificante expressão quantitativa pode, à *outrance*, aniquilar por inteiro a sua função contramotivadora e transformá-la numa luxuosa inutilidade.

¹⁴Esquemáticamente, como marcos distintivos, e.g., das organizações criminosas, podemos destacar as seguintes características: a) estrutura hierarquizada; b) ausência de orientação ideológica; c) número limitado de integrantes; d) estrutura adotada com finalidade de duração e permanência; e) ganhos obtidos de atividades ilícitas; f) instrumentalização da prática da corrupção colimando a neutralização do aparelho repressivo do Estado; g) divisão de trabalho (especialização); h) intenção de monopolização da atividade ilícita desenvolvida; i) discricção (opacidade, sigilo). Desta e de outras especificidades dá-nos conta LAMPE, Klaus. *Organized Crime: Begriff und Theorie organisierter Kriminalität*. In: DEN USA, (Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, v. 67), Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999. p. 162.

¹⁵Parodiando Tomás de Aquino: *Bonum commune majus est et divinius quam bonum privatum*.

no mesmo nível. E assim é pelo motivo de que se trata de uma modalidade criminógena que não germina nas ruas, na superfície do tecido social, mas nas suas camadas mais ocultas, sedimentadas nas entranhas do Estado. Nasce da prova da prática de crimes que a polícia foi condicionada a investigar (pequenos furtos, roubos, lesões corporais etc.). Tais condutas se ajustam, com frequência, ao conceito de “obra tosca da criminalidade”.

A delineação pelo Ministério Público (não raro auxiliado pela polícia) de estratégias investigativas mais elaboradas, com a intencionalidade de conferir um maior grau de eficiência preventivo-repressiva relativamente a uma zona delitiva (criminalidade organizada) – cuja plasticidade e capacidade de cooptação desafiam o próprio Estado – não pode realizar-se impunemente: só os ingênuos podem surpreender-se com os inevitáveis ataques dos contrários¹⁶.

De outra parte, alguns esquecem que o resultado das investigações – em que se não imputa qualquer acusação, logo não se atribui culpa – conduzidas pelo *Parquet*¹⁷, tanto pode resultar em um arquivamento, solicitado por seus próprios agentes (ao participar diretamente da produção da prova os órgãos ministeriais de persecução, não raro, muito melhor habilitados encontram-se para discernir relativamente à existência de justa causa para a ativação de uma futura ação penal), como ativar uma persecução criminal judicializada, agora sob o pálio dos princípios e das garantias que informam o Estado Democrático de Direito¹⁸.

Em um estágio evolutivo da dogmática pátria, no qual não paira a mínima dúvida de que o inquérito conduzido pela polícia, não obstante a sua relevância, é procedimento informativo dispensável¹⁹. Além disso, constitui apenas uma das variegadas espécies do gênero investigação criminal²⁰. Nesse

¹⁶Não queremos nos referir à boa doutrina já produzida sobre o tema, que advoga, racionalmente, entendimento diverso ao ora esposado.

¹⁷Parece-nos revelador de uma visão monocular das coisas pretender-se recusar legitimidade ativa investigativa (inconfundível, é bem de ver, com o exercício da presidência de inquéritos policiais), exatamente ao titular constitucional da ação penal pública.

¹⁸“Sistema político criminal de fi nalidade racional é aquele que se fundamenta nos princípios de um Estado Social de Direito (...). A política criminal não tem por objeto a luta contra a criminalidade a qualquer preço, senão a luta contra o delito no marco de um Estado de Direito”. ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal: el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 70.

¹⁹MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso penal*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 1988. p. 77.

²⁰Já faz algum tempo que a prática processual penal brasileira “confunde a investigação criminal com o inquérito policial, quando, na verdade, este apenas é um modo de ser daquela. (Cf. CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 55).

caso, caberia ao Ministério Público, no entender de alguns doutrinadores, permanecer imperturbavelmente contemplativo (ou seja, no lugar de exercitar uma *poese*, isto é, agir, caber-lhe-ia entoar um mantra que conduza à ataraxia, i.e., quedar-se indiferente e alheio à realidade). Dito de outro modo, os representantes do Ministério Público deveriam permanecer “incomovíveis” ou indiferentes à prática do crime e à defesa da sociedade contra a macrocriminalidade. Ou abster-se de realizar qualquer investigação minimamente operacional, mesmo quando estejam em causa interesses difusos e coletivos (e.g., patrimônio público).

Assinale-se que o Ministério Público brasileiro²¹, sem ilusionismos nem messianismos, apesar de não encontrar-se inteiramente livre da imaturidade tardia daqueles que se deixam atrair pelo enganoso desejo de provocar admiração e simpatia através do apelo da *mass media*, tem contribuído sensivelmente para a redução das extensivas “cifras negras” que assolam, por exemplo, a administração pública municipal.

4A intervenção da prática (*law in action*) no domínio da teoria

Passemos do discurso aos fatos: do Rio Grande do Sul²² ao Amapá, investigações ministeriais autônomas (sem quebra dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois estes postulados não se irradiam sobre procedimentos de cunho meramente informativo), mas com observância da cláusula de reserva de jurisdição, lograram desvendar, pela vez primeira, elevadíssimos índices de corrupção administrativa. E assim pôs-se a nu a (i)responsabilidade de centenas de prefeitos rotineiramente violadores do princípio da probidade administrativa²³. De igual modo, o combate à evasão de divisas e à sonegação

²¹Sem qualquer característica capaz de ensejar uma aproximação com as atividades desenvolvidas pelas polícias secretas de regimes ditatoriais, os órgãos do Ministério Público que se dedicam diuturnamente ao controle da criminalidade organizada, além de respeitarem o princípio da dignidade humana (não existe um único episódio indicativo da prática de coação ou tortura na obtenção de prova), contam com um notável manancial de recursos humanos – em boa proporção refratários, em razão da autonomia, independência e comprometimento social de seus membros às influências externas ou às forças contrárias ao rumo das investigações eventualmente em curso. Demais disso, o Ministério Público não exerce atividade judicante, logo não aplica punições; apenas propõe a sua aplicação, exercendo parcela da função persecutória estatal. Portanto, não se pode falar (sofismadamente) em um “superpoder”, quando estão presentes mecanismos sólidos de reciprocidade de controle, de que é espécie instrumental a própria rejeição da denúncia.

²²A título de demonstração estatística, veja-se que, apenas no ano de 2003, o MP gaúcho ajuizou sessenta e quatro denúncias contra prefeitos municipais.

²³Estes também têm-se revelado de uma obediência atávica à prática do favoritismo nepótico, em frontal violação dos princípios democráticos (não devemos perder de vista que democracia significa perfeita igualdade de oportunidades) e da moralidade administrativa.

fiscal²⁴, imprescindíveis à higidez financeira do Estado, só se tornou sistemático a partir do momento em que o Ministério Público²⁵ passou a exercer plenamente e com total independência (mas sem exclusivismos) a atribuição investigativa que lhe é inerente.

Vê-se, pois, sem muita dificuldade, que retirar do Ministério Público a competência para realizar investigações criminais autônomas²⁶, sob o insustentável argumento de que esta tarefa constitui monopólio das polícias judiciárias (ou, o que é ainda mais excêntrico, mediante o raciocínio de que todos podem investigar, menos o Ministério Público), poderá importar em um perigoso recuo do Estado. Esse enfraquecimento muito contribuirá para estabilizar e solidificar estruturas criminosas que passarão progressivamente a representar “um genuíno fator de poder”²⁷, sem que tal movimento de regresso ao passado importe em introdução de qualquer novel garantia para os investigados. E, o que é mais grave, resultará não apenas em um retrocesso, mas também (sem catastrofismo) atrairá um caos auto-esterelizador. O sentido que se quer expressar funda-se na persuasão de que o organismo social ver-se-á privado da proveitosa atuação de uma instituição - a experiência empírica tem revelado - essencial para a redução dos níveis indesejáveis de impunidade que assolam o sistema de judiciário brasileiro.

Também servirá de estímulo à polinização de condutas macrovitimizadoras (vitimização difusa e indiscriminada) que, como se sabe, atingem com maior intensidade o cidadão comum. Nesse sentido, é de fundamental relevo reconhecer-se a legitimidade social e constitucional do Ministério Público brasileiro para desempenhar funções investigativas, com ênfase no enfrentamento sistemático da criminalidade geradora de macrodesigualdades²⁸ (vitimização estrutural).

²⁴Sobre as discussões doutrinárias relativas à criminalidade econômica, cf. DEODATO, Felipe. *Direito penal econômico*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 39.

²⁵Praticamente todos os Ministérios Públicos estaduais, assim como o Ministério Público federal, possuem agências especializadas (Grupos de Atuação Especial), voltadas à prevenção e repressão de comportamentos macrodelitivos como lavagem de dinheiro, tráfico de substâncias entorpecentes, roubo e receptação de cargas, sonegação fiscal etc.

²⁶Sobre a matéria, cf. SANTIN, Walter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. São Paulo: Edipro, 2001. p. 110-121; CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Op. cit., p. 36/52.

²⁷KÜRZINGER, Josef. *Kriminologie: Eine Einführung in die Lehre vom Verbrechen*. 2. Auflage, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden: Richard Boorberg, 1996. p. 310.

²⁸Detecta-se sutil contradição no discurso acrisolado daqueles que, com alguma freqüência, advogam que a prevenção primária é a ideal (e de fato o é). Mas, de outro lado, revelam, simultaneamente, uma hiperestesia em relação ao enfrentamento firme e inabalável da criminalidade estrutural – causa primordial do desvio e da dilapidação de recursos públicos e também privados. Tais medidas, não há como objetar, não contribuem para a redução das causas sociais da criminalidade endêmica que nos engolfa.

Acrescenta-se, por oportuno, que uma atuação mais orientada à proteção de bens (jurídicos) coletivos tem sido não só admitida como considerada de superior dimensão, mesmo pela doutrina que se destaca por defender um “direito penal mínimo”. Logo está decididamente norteadada pelo princípio da *ultima ratio*, vindo a reconhecer a existência de uma “zona socialmente nociva” que precisa ser atraída para as malhas do direito penal, porquanto, “em muitos casos, é socialmente bastante mais danosas que a *deviance* criminalizada e perseguida”²⁹. Nessa seara, afirmam Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini³⁰:

O direito penal moderno deve corrigir-se com respeito à sua natural tendência à hipertrofia, mas deve ao mesmo tempo realizar uma tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, individuais e coletivos; e a doutrina penalista, precisamente no momento em que a justiça penal começa a dedicar sua atenção também às figuras imponentes da economia e da política, não pode patrocinar, nem sequer involuntariamente, um retorno ao passado, algo que outra coisa não poderia significar do que uma restauração do estereótipo do delinqüente proveniente das classes perigosas.

5 Considerações finais

Entendemos que o enfrentamento do problema criminal não pode fugir da realidade social. Por outro lado não deve divorciar-se de nosso tempo histórico, nem desperspectivar um sentido de racionalidade prática³¹. Uma interpretação jurisprudencial contrária à intervenção proativa do Ministério Público no campo investigativo – ainda que nitidamente não seja a melhor - poderá vingar em razão do nosso modo de ser e das características de nossa cultura: movediça, centrada na personalidade individual, assaz suscetível à dupla moral dos governantes, permeável às interferências metajurídicas do poder que, paradoxalmente, conseguem com relativa

²⁹BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. p. 209.

³⁰MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, Luglio/Settembre, 1999. p. 802-820, p. 819.

³¹“O mundo da juridicidade é (...) sustentado e fabricado pela razão prática”. COSTA, José de Faria. “Alinha: algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de técnica e de bioética”. *O homem e o tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira* Porto: Fundação Eng. Antonio de Almeida, 1999. p. 397-411.

facilidade penetrar a “blindagem” do pensamento positivista³² mais esterilizante³³. O mal consiste exatamente “no curto alcance de suas soluções” e no fato de desprezar a “tensão entre a norma e a realidade”³⁴, para dele valer-se e obstar as transformações necessárias ao progresso e bem-estar do conjunto da sociedade. Tudo isso trará, ao contrário do que se tem afirmado, sérias e danosas conseqüências.

A prevalecer uma orientação jurisprudencial (STF) que inviabilize o exercício do poder investigador pelo Ministério Público, divisamos nocivos efeitos não apenas no plano criminológico (disfuncional dilatação das “cifras negras”), como também no campo da dogmática processual (problema da ilicitude da prova) e ainda da política criminal (especialmente no tocante ao enfrentamento da criminalidade estruturada). O que há é a necessidade de encontrar estratégias³⁵ capazes de servir de elo entre as descobertas criminológicas e a dogmática, isto é, de compatibilizar a realidade empírica denunciadora do grave problema das “cifras negras” de que vimos falando, com futuras decisões judiciais influenciadas por um acidental precedente jurisprudencial³⁶, não vinculante, mas com aptidão, como é da natureza das coisas, de suplantar as mais consistentes lições doutrinárias.

³²Puramente normativo e incapaz de interagir com a realidade atual: polimorfa, fluida e cambiante, em que o crime apresenta-se como fenômeno em constante mutação. Sem embargo, é preciso sublinhar que argumentar-se no sentido de que a inexistência de marcos temporais (decorrente da ausência de lei regulamentadora) para a conclusão das investigações a cargo do “Parquet” inviabilizaria tal função - não se sustenta. Não prospera porque não se pode realizar interpretação que coarte a vontade da constituição; não procede, também, porque a própria ordem normativa positivada não estabeleceu qualquer prazo fatal e inultrapassável para a conclusão do inquérito policial. Tanto é assim que são raríssimas as ocasiões em que a investigação é concluída em 10 ou 30 dias. A bem de ver, o art. 16 do CPP, de modo inviduoso, permite concluir que não há um prazo certo ou inultrapassável. De qualquer modo, vale registrar que, recentemente, o Conselho Superior do Ministério Público Federal, através da Resolução nº 77, de 14 de setembro de 2004, ao regulamentar o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, estabelecem diversos procedimentos a serem observados pelos procuradores da República à frente de uma investigação criminal, com destaque para os seguintes aspectos: a preservação do princípio da impessoalidade (art. 4º, da Resolução); prazo de 30 dias para encerramento passível de prorrogação (fundamentada) em razão da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências (art. 12); adoção da publicidade no procedimento investigativo como regra (art. 13).

³³Tem como característica uma forte aptidão para engessar a realidade e domesticar a dúvida, ignorando o senso heraclítico de fluxo e mudança.

³⁴FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. Op. cit., p. 42; DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.153.

³⁵Não se objete que teremos uma reformulação do nosso modelo de atuação e investigação policial - há séculos falido - quando o Executivo for compelido a destinar maciços investimentos com o escopo de realizar uma profunda reestruturação das polícias, algo ainda inédito em nossa experiência jurídica como nação, decerto esbarraria nos limites impostos pela construção teórica da “reserva do possível” (Cf. *Informativo STF* nº. 345). Entretanto, entendemos que uma diretriz voltada para a realização de uma política de segurança pública séria, efi caz e responsável acomode-se confortavelmente no conceito de “mínimo existencial”.

³⁶Não é de hoje que se reconhece o papel normofilático (de uniformização da interpretação da legislação) desempenhado pelo STF, função que se orienta no sentido de abrandar flutuações interpretativas (jurisprudência errática).

Referências:

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie*. 2. Auflage. Muenchen: C.H. Beck, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, José de Faria. “A linha: algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de técnica e de ‘bioética’”, *O homem e o tempo*: Líber Amicorum para Miguel Baptista Pereira. Porto: Fundação Eng. Antonio de Almeida, 1999.

DEODATO, Felipe. *Direito penal econômico*. Curitiba: Juruá, 2003.

DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

GARCÍA-PABLOS, Antonio. “La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal”. *Doctrina penal, teoría y práctica em las ciencias penales*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

_____. _____. *Criminologia*. Trad. Luís Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

GASSIN, Raimond. *Criminologie*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1998.

KÜRZINGER, Josef. *Kriminologie: Eine Einführung in die Lehre vom Verbrechen*. 2. Auflage, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden: Richard Boorberg, 1996.

LAMPE, Klaus. *Organized Crime: Begriff und Theorie organisierter Krimi-*

nalität in den USA. Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999. 67 v.

LÜDERSSSEN, Klaus. *Strafrecht und Dunkelziffer: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, bd. 412. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1972.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI Emilio, “Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffré, Luglio/Settembre, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

MÜLLER-DIETZ, Heinz. “Integrationsprävention und Strafrecht: Zum positiven Aspekt der Generalprävention”. In: *Fests für Jescheck*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

OLIVEIRA, Ana Sofi a Schmidt. *A vítima e o direito penal uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999.

SANTIN, Walter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. São Paulo: Edipro, 2001.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

1 Introdução

Uma das características básicas do pensamento racionalista é sua densidade. Ela não permite que se encontre lacuna alguma em sua textura, de modo que, para as possíveis questões, já são ventiladas respostas. Todavia, há mentalidades simplistas que têm acesso às obras filosóficas dos racionalistas. Porém, não seguem os conselhos dos filósofos, dentre eles Descartes, acerca da necessidade de estudar seriamente seus escritos antes de aventurar uma opinião a respeito deles. E assim, terminam por se apressar em atribuir-lhes algo que, freqüentemente, eles efetivamente não proferiram.

Neste artigo, procuraremos explicitar a concepção de liberdade em Descartes contida na obra a *Quarta Meditação* (1641). Todavia, como o pensamento denso do racionalista Descartes não permite que se analise um aspecto desvinculado de seus princípios fundantes, faz-se necessário examinar a terceira parte de *Discurso do Método* (1637). Nessa obra, ele trata da moral provisória que adotara, da carta endereçada à Princesa Isabel, da Boêmia, onde ele trata das verdadeiras e das aparentes virtudes, e da carta dirigida ao tradutor francês do livro *Princípios de Filosofia* (1644).

Descartes, dentre outras coisas, exige que seus leitores procurem ver que tudo que escrevera era para mostrar que a boa conduta deve vir sempre assentada nos primeiros princípios. Eles estão nas *Regras para Direção do Espírito* (1625-1628), especialmente na Regra III, onde Descartes distingue a intuição da razão como duas vias de acesso aos primeiros princípios. Tal distinção é relevante para tratar da natureza da análise no âmbito do método. Pouca gente conhece a obra de Descartes. Porém, muita gente se sente encorajada a falar depreciativamente dela, notadamente no que concerne à sua concepção de universo, após o advento do princípio da indeterminação de Heisenberg, vulgarmente conhecido como “princípio da incerteza”. Muitas dessas críticas são injustas, por provirem de pessoas que “conhecem” os escritos do filósofo apenas por “ouvi dizer”. Colocam na boca de Descartes palavras e interpretações que ele efetivamente não proferiu, não obstante já houvesse alertado: “Advertirei (...) de que até os espíritos mais excelentes terão necessidade de muito tempo e de atenção de compreenderem todas as coisas que tive a intenção de abordar”¹. Mais adiante, dirigindo-se aos seus eventuais leitores, afirma:

¹DESCARTES, Renê. Carta ao tradutor francês. In: *Princípio de Filosofia*. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 21.

Nunca me atribuem qualquer opinião que não encontrem expressamente em meus escritos, e que não aceitem nenhuma como verdadeira, quer nos meus escritos quer em outro lugar, se não verificarem que é claramente deduzidas dos meus princípios².

Menos gente ainda sabe que Descartes foi um daqueles espíritos geniais que dominou o saber do seu tempo, a ponto de apresentar contribuições originais. Com efeito, desde Aristóteles, alguém não era capaz ou não ousava ser capaz de construir e de propor um novo sistema de universo; desde Euclides que alguém não criava uma área nova de pesquisa no campo das matemáticas; desde Galeno que não se ousava descrever a fisiologia humana, especialmente a do coração, da circulação sanguínea e da neurofisiologia; desde Aristóteles que um “novo” sistema filosófico não era proposto; desde os estóicos que um esforço para construir um novo sistema de lógica não era tentado; desde há muito que uma psicologia, expressa num tratado sobre as paixões da alma, não era escrita. Descartes ousou apresentar e discutir os fundamentos de tudo isto.

Mas o que pouquíssima gente sabe é que aquilo que Descartes se esforçou por mostrar ou por fundamentar estava diretamente direcionado à construção de um sistema moral, de posse do qual toda gente pudesse ser capaz de justificar seus atos e suas crenças perante os outros. Na carta endereçada ao tradutor de *Princípios de Filosofia*, após elogiar a fidelidade da tradução do latim para o francês, Descartes procura explicar o sentido da palavra “filosofia”, tomando-a como legítimo sinônimo de sabedoria. Segundo ele, “por sabedoria não se deve entender apenas a prudência nos negócios, mas um conhecimento perfeito de todas as coisas que o homem pode saber, tanto para a conduta da sua vida como para a conservação da saúde e invenção de todas as artes”³.

Descartes, nesta passagem, primeiramente retrata aquilo que o homem comum de bom senso concebe como sendo o bem mais elevado advindo da sabedoria: “prudência nos negócios”. Mas imediatamente o contrapõe ao que vem assentado num conhecimento perfeito, “para a conduta da sua vida”. Todavia, para que esse conhecimento perfeito seja obtido, é necessário deduzi-lo das causas primeiras, “de modo que, para obtê-lo - e a isso se chama filosofar – há que começar pela investigação dessas primeiras causas, ou seja, dos princípios”. Mas que princípios são estes e como deles pode ser deduzida a

²Ibidem, p. 24.

³Ibidem, p. 15.

doutrina orientadora da boa conduta? Em resposta à primeira parte desta indagação, Descartes explica:

A Filosofia é como uma árvore, cujas raízes são a Metafísica, o tronco a Física, e os ramos que saem do tronco são todas as outras ciências que se reduzem a três principais: a Medicina, a Mecânica e a Moral, entendendo por Moral a mais elevada e mais perfeita, porque pressupõe um conhecimento integral das outras ciências e é o último grau da sabedoria⁴.

Neste texto, Descartes esclarece que as causas primeiras são objetos de estudo da Metafísica, uma vez que ela é a raiz da árvore do conhecimento. Desse modo, uma incursão à Metafísica torna-se imprescindível para a compreensão dos fundamentos da Moral. Além disto, já no final do texto, Descartes enfatiza que a Moral é o fruto máximo que da sabedoria pode brotar. Diz-nos, porém, algo mais: a Moral é o mais perfeito fruto, porquanto alicerçada no conteúdo de todas as demais ciências. E esclarece: “Como não é das raízes nem do tronco das árvores que se colhem os frutos, mas apenas das extremidades dos ramos, a principal utilidade da filosofia depende daquelas suas partes que são apreendidas em último lugar”.

3 Necessidade temporária de uma moral provisória

O filósofo sabe que a possibilidade de estar de posse do integral conhecimento das demais ciências é uma grande utopia humana. Assim, enquanto esta utopia, um dia, não se tornar realidade, convém que se adote “uma moral provisória”. A esse respeito, Descartes confessa:

A fim de não ser irresoluto em minhas ações, enquanto a razão me obrigasse a sê-lo em meus juízos, e de não de viver desde então o mais felizmente possível, formei para mim mesmo uma moral provisória (...) que eu quero vos participar (...). A primeira era obedecer às leis e aos costumes de meu país (...) e governando-me (...) segundo as opiniões mais moderadas e as mais distanciadas do excesso, que fossem comumente acolhidas, em prática, pelos mais sensatos daqueles com os quais teria de viver (...). Minha segunda máxima consistia em ser o mais firme e o mais resoluto possível em minhas ações (...). Minha terceira máxima era a de procurar sempre antes vencer a mim próprio do que à fortuna, e de antes modificar os meus desejos do que a ordem do mundo (...). Enfim, para conclusão dessa moral, deliberei passar em revista as diversas ocupações que os homens exercem nesta vida, para procurar escolher a melhor⁵.

⁴Ibidem, p. 22.

⁵DESCARTES, René. Discurso do método. In : *Obras escolhidas*. 2. ed. São Paulo: Difel, 1973. p. 59-62.

Entretanto, como a boa conduta está alicerçada na moral provisória, convém, na vida com e entre os homens, distinguir a natureza da virtude, uma vez que ela será a meta que se deve almejar. Assim é que, na carta dirigida à Princesa Isabel, filha de Frederico, Rei da Boêmia, Descartes chama a atenção para o fato de que se deve ter cuidado a respeito das virtudes. Adverte que umas advêm do conhecimento - são as verdadeiras virtudes - e outras procedem de um erro ou de um pseudoconhecimento - são as virtudes aparentes. Estas, “não sendo tão freqüentes como as outras que lhes são contrárias, costumam ser mais estimadas”. Assim, como “há mais pessoas que receiam demasiado os perigos do que as que receiam pouco, é freqüente considerar-se que a temeridade é uma virtude”⁶.

Enquanto essas virtudes que apresentam algum tipo de imperfeição recebem nomes diversos e diferem entre si, as verdadeiras virtudes não diferem entre si nem recebem nomes diversos, mas um único nome: “sabedoria”. Assim, só é verdadeiramente sábio aquele que “tem a vontade firme e confiante de usar sempre a razão o melhor possível e pratica, nas suas ações, o que julga ser o melhor, tanto quanto a natureza o permite. É isto que o torna justo, corajoso e moderado”⁷.

Observemos que a vontade e a razão desempenham papel relevante. De fato, as duas são “exigidas à sabedoria”. Porém, enquanto a vontade é, em grau, algo comum aos homens, a razão ou entendimento apresenta-se melhor em uns do que em outros. Esta condição da vontade em relação à razão ou ao entendimento é extremamente importante para a compreensão da concepção de liberdade em Descartes.

Com efeito, na obra *Meditações*, Descartes nos mostra quais são os princípios primeiros e de como chegou a eles. Na Primeira Meditação, consegue pôr em dúvida os três princípios sobre os quais havia sido educado e sobre os quais forjara sua concepção de mundo e de homem⁸. Na Segunda Meditação, diz que existe como ser pensante, que tal ser tem sua existência co-extensiva ao pensamento e que o espírito é mais fácil de conhecer do que o corpo⁹. Já na Terceira Meditação, são apresentadas duas provas de que Deus

⁶DESCARTES, René. Carta ao tradutor francês. In: *Princípios da Filosofia* a. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 11-12.

⁷Ibidem, p. 12.

⁸São eles: 1) *nihil est in intellectu quod non fuerit prius in sensu* (nada há no intelecto que não tenha estado antes nos sentidos). 2) Os resultados das matemáticas são seguros e indubitáveis. 3) Há um Deus sumamente bom que tudo pode.

⁹Esta última conclusão ou verdade de Descartes aprofunda a dúvida a respeito do primeiro princípio acima anunciado. Coloca a verdade no plano da introspecção do espírito, retirando-a das propriedades dos objetos como proferira Aristóteles e toda a Escolástica.

existe, como conteúdo da idéia de perfeição e como conservador do ser pensante no tempo. E extrai, daí, uma outra conclusão: não pode haver em Deus qualquer sinal de imperfeição.

Freqüentemente, por preconceito, a filosofia de Descartes é olhada com desdém por conter um princípio metafísico sobre Deus. De fato, é, no mínimo, estranho que o pai do racionalismo aceite algo que é, por natureza, objeto de culto e de fé. Todavia, um olhar um pouco mais atento pode dissipar tal preconceito. Aliás, para quem pretende extrair a concepção de liberdade no filósofo, torna-se imprescindível demonstrar que, de fato, ela provém, dedutivamente, dos primeiros princípios, tal como Descartes exigira acima. Eis porque abriremos um espaço para dedicar algumas palavras a isto.

4 O papel do método grego de resolução

Os antigos geômetras gregos partilhavam de um método secreto de encontrar resoluções aos problemas que lhes eram propostos. Pappus de Alexandria, um antigo historiador das matemáticas, lega-nos a obra *Tesouro da Análise*, a mais completa descrição desse método. Descartes, como profundo estudioso das matemáticas, veio a conhecê-lo e, tal como Platão¹⁰, aplicou-o na fundamentação de sua doutrina. Sobre esse método afirma Richard Robinson¹¹:

A análise, então, toma aquilo que é procurado como se fosse admitido e disso, através de sucessivas conseqüências (d'a t ? e??s a??????), passa para algo que é admitido como resultado de síntese: pois, na análise, assumimos aquilo que se procura como se (já) tivesse sido feito (?e????s), e investigamos de que é que isto resulta, e novamente qual é a causa antecedente deste último, e assim por diante até que, seguindo nossos passos na ordem inversa, alcancemos algo já conhecido ou pertencente à classe dos primeiros princípios; e a tal método chamamos de análise, como solução de trás para diante (a?a pa?? ?a??). Mas na síntese, revertendo o processo tomamos como já feito o que se alcançou por último na análise, e, colocando na sua ordem natural de conseqüências o que eram antecedentes e conectando-os sucessivamente uns aos outros, chegamos finalmente à construção do que era procurado; e a isso chamamos síntese.

¹⁰Cf. SOARES, Jorge Antônio. *Educação e política: uma releitura de Platão*. São Paulo: Cortez Editora.

¹¹ROBINSON, Richard. A análise na geometria grega. In: *Caderno de História e Filosofia da Ciência*. Campinas: UNICAMP, 1983. p. 7.

Uma longa discussão foi travada a respeito da natureza da análise, se ela seria dedutiva ou não, uma vez que a natureza da síntese já estava assentada como dedutiva. A conclusão a qual se chega é de que análise não é dedutiva, pois ela repousa em uma heurística, em um processo de descoberta de passos seguidos na ordem inversa da síntese. Está, por isso, mais próxima de uma intuição criadora. O próprio Descartes refere-se a ela na Regra III: “É preciso procurar (...) aquilo que podemos ver por intuição, com clareza e evidência, ou aquilo que podemos deduzir com certeza: nem é de outro modo, com efeito, que se adquire a ciência”¹².

Ora, como o procedimento metodológico da análise não é dedutível e segue um processo de descoberta, suas “verdades” têm validades condicionadas a um princípio maior. Aristóteles¹³, referindo-se à dialética, a qual, para ele, não deriva dos princípios primeiros, dá-nos uma pista valiosa. Os “princípios” da dialética são aqueles “que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos. Em outras palavras: todos, a maioria ou os mais notáveis e eminentes”. Poderia, porém, ter Descartes tomado como princípio primeiro não um princípio primeiro, mas um “princípio” comumente aceito, como fora o caso de Deus em seu tempo? A questão é delicada e convém que a examinemos com cuidado.

Deus é, de fato, um princípio aceito por todos ou pela maioria dos intelectuais do tempo de Descartes. O próprio filósofo era um convicto praticante católico, educado num colégio jesuíta em La Flèche. Contudo, as duas provas de que Deus é, apresentadas por Descartes na Terceira Meditação, são inteiramente racionais e provêm das verdades anteriores, obtidas na Segunda Meditação pelo ser pensante.

Com efeito, ao examinar a relação entre o conteúdo de uma idéia e o ideado, objeto metafísico de onde proveria a idéia, e ao admitir que o objeto metafísico teria, potencialmente, mais realidade objetiva do que os atributos que o ser pensante concebe como inerente ao conteúdo da idéia, a idéia de perfeição, na qual residia a suma bondade, a onipotência, a onisciência, a onipresença, a eternidade e a infinitude, não poderia ser, jamais, mais perfeita, como seria natural em Platão, mas não em Descartes, do que o ideado. Logo, este ideado é perfeito e existe. Portanto, é Deus.

Na segunda prova, o filósofo afirma que o tempo é concebido como um eixo orientado e apontado para o futuro, constituído de infinitos e minúsculos

¹²DESCARTES, René. Regras para a direção do espírito. In: *Obras escolhidas*. Lisboa: Editora Estampa, 1987. p. 18.

¹³ARISTOTELES. *Tópicos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 20.

pedaços interligados, mas independentes. Desse modo, se alguém existe num tempo qualquer, nada garante que ele continuará existindo no tempo seguinte, salvo se algo o criar a cada instante. Ora, como criar a cada instante é conservar no tempo e para realizar isto deve-se ter tanto poder quanto tirar do nada, dar existência, só um deus poderia realizar tal tarefa. Logo, Deus existe, porquanto conserva o ser pensante no tempo.

Eis, porque Deus é tomado como o princípio primeiro dos princípios primeiros em Descartes, algo que, nas palavras de Porfírio¹⁴, exerce o papel de gênero supremíssimo: “Definimos gênero supremo do seguinte modo: o que, sendo gênero, não é espécie, e ainda, o que, acima do qual não pode haver outro gênero superior”. Feito este esclarecimento, voltemos ao método.

As três primeiras verdades são de caráter subjetivo e têm suas respectivas existências condicionadas ao tempo que o ser pensante permanece pensando. É por isso que elas devem ser entendidas como verdades colocadas na ordem da descoberta e não na ordem da razão. As duas provas de que Deus é, notadamente a primeira, inauguram a ordem da razão ou da justificação. Marcam o fim da análise e o início da síntese, de onde a cadeia dedutiva partirá, na ordem inversa da análise, para construir os passos da síntese, da prova propriamente dita. Eis porque, ao tratar da origem dos erros humanos na Quarta Meditação, momento em que será formulada a concepção de liberdade, Descartes o faz a partir dos primeiros princípios.

5 Liberdade

No final da Primeira Meditação, buscando colocar em dúvida um dos princípios sobre os quais erigira suas antigas opiniões, Descartes argumenta: “há muito que eu tenho no meu espírito certa opinião de que há um Deus que tudo pode”. Mas, se Deus tudo pode, pode enganar ao homem. Todavia, Deus é a suma bondade, de modo que seria uma mácula em sua bondade enganar a alguém. Entretanto, uma vez que todos os homens já experimentaram, pelo menos uma vez, o sabor amargo do erro, quem poderá garantir que Deus não os engane sempre?¹⁵

Todavia, já na Quarta Meditação e de posse das provas de que Deus é ser perfeito, nenhum sinal de imperfeição poderá conter sua natureza, de modo

¹⁴PORFÍRIO. *Isagoge*. Lisboa: Guimaraes Editores, 1994. p. 63.

¹⁵Um fato corrente no tempo de Descartes e, quiçá, tenha-o levado a formular a dúvida a respeito da possibilidade de Deus levar o homem a incorrer no erro, diz respeito à humanidade ter acreditado, induzida pela passagem bíblica, em que Josué ordenara ao Sol parar. Com isso, durante mais de dois mil anos, admitia-se que o Sol girava em torno da Terra, até o advento de Copérnico.

que o erro não poderia estar em Deus. Ademais, sendo a Suma Bondade, Deus não quis que o homem, cujas existência e presença foram dádivas e, por isso delas não pode reclamar, não fosse provido de uma natureza susceptível de compreender o erro e, também, de evitá-lo. Mas, então, de que forma o homem incorre no erro? Descartes volta à exigência acima citada a respeito da sabedoria: a distinção entre a vontade e a razão ou entendimento:

Sendo a vontade muito mais ampla e extensa que o entendimento, eu não a contenho nos mesmos limites, mas estendo-a também às coisas que não entendo; das quais, sendo a vontade por se indiferente, ela se perde muito facilmente e escolhe o mal pelo bem ou o falso pelo verdadeiro. O que faz com que eu me engane e peque¹⁶.

A vontade de estabelecer uma extensão mais ampla excita o juízo ou o julgamento para além daquilo que o entendimento garante, ao assegurar como verdadeiro somente aquilo que é proveniente dos primeiros princípios, corrompendo, desta maneira, o entendimento. Assim, os juízos descuidados que seguem os ditames da vontade correm sérios riscos de erro. Isto implica que a liberdade de julgar e de executar ações, dentro dos parâmetros da boa conduta, da conduta alicerçada nos primeiros princípios, fica restrita aos limites da razão ou do entendimento.

Entretanto, embora não cresça infinitamente a ponto de atingir a sabedoria de Deus, o entendimento humano, seguindo estudos e experiências diligentes, gradativamente pode ir sendo ampliado. Mas, ao ser gradativamente ampliado, amplia também o campo de garantia do entendimento. Dessa forma, potencialmente, juízos que não recebiam tal garantia, agora, passam a ser assegurados, alongando, assim, o campo da liberdade.

Isso significa que os estudos e as experiências diligentes são os propulsores da verdadeira liberdade. Esta é determinada pela consciência das conseqüências dos atos humanos, uma vez que toda liberdade é estabelecida não pelos atos que se pratica, mas pela potencialidade em praticá-los. Eis, pois, a liberdade concebida pelo racionalista Descartes. Pela natureza dessa liberdade, pode ser cobrada a responsabilidade do agente, em face de seus atos, e atribuir-lhe méritos e punições.

¹⁶DESCARTES, René. Meditações. In: *Obras escolhidas*. São Paulo: Difel, 1973. p. 165.

Referências

ARISTÓTELES. *Tópicos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DESCARTES, René. Carta à Princesa Isabel. In: *Princípios da Filosofia*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. Carta ao tradutor francês. In: *Princípios da Filosofia*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 1997.

_____. Discurso do método. In: *Obras escolhidas*. 2. ed. Trad. J. Guinsburg & Bento Prado Júnior. São Paulo: Difel, 1973.

_____. Meditações. In: *Obras escolhidas*. 2. ed. Trad. Antônio Reis. Lisboa: Editorial Estampa, 1987.

_____. Regras para a direção do espírito. In: *Obras escolhidas*. 2. ed. Trad. Lisboa: Editorial Estampa, 1987.

PORFÍRIO. *Isagoge*. Trad. Pinharanga Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1994.

ROBINSON, Richard. A análise na geometria grega. In: *Caderno de história e filosofia da ciência*. Trad. Roberto Lima de Souza. Campinas: UNICAMP, 1983.

SOARES, Jorge Antônio. *Educação e política: uma releitura de Platão*. São Paulo: Cortez Editora.

AS MEDIDAS RESTRITIVAS DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Fabiana Maria Lôbo da Silva

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Considerações gerais sobre o direito fundamental à liberdade de locomoção

O direito à liberdade é definido por Jean Rivero¹ como “o poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Surgiu como reação aos arbítrios e às violações das monarquias absolutistas, despontando, formalmente, no mundo moderno, com a Magna Carta de 1215. Desde então, vem sendo reconhecido na generalidade das constituições dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo da Carta Constitucional brasileira.

Em seu contorno jurídico atual, o direito fundamental à liberdade comporta diversas outras liberdades, como a liberdade de locomoção, de pensamento, de opinião, de religião, de consciência e artística. A primeira delas – a liberdade de locomoção - representa o direito que tem o indivíduo de ir, vir, ficar, permanecer, bem como de circular pelas vias públicas². Com seu indubitável caráter de direito fundamental, a liberdade de locomoção encontra-se consagrada, no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, XV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Afora esse dispositivo, há outras regras constitucionais que a tutelam, ainda que indiretamente, a exemplo do art. 5º, LXI, que veda a prisão ilegal³.

Como direito fundamental, a liberdade de locomoção possui as caracte-

¹ Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 207. Na explanação de De Plácido e Silva, liberdade vem do latim *libertas*, de *liber* (livre), indicando, genericamente, a condição de livre ou estado de livre. Significa, no conceito jurídico, a faculdade ou poder outorgado à pessoa, para que possa agir, segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando não haja regra proibitiva para a prática do ato, ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 84. 3 v.).

² Destaca Alexandre de Moraes que a liberdade de locomoção engloba quatro situações: o direito de acesso e ingresso no território nacional; o direito de saída do território nacional; o direito de permanência no território nacional; o direito de deslocamento dentro do território nacional (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 141).

³ “Art. 5º (...). LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

rísticas típicas dessa natureza de direito, tais como: a universalidade⁴, a indivisibilidade⁵, a complementaridade⁶, a interdependência⁷ e a imprescritibilidade⁸. Apresenta, de igual modo, força normativa que atinge tanto o Estado, informando suas atividades políticas, administrativas, judiciais e legislativas⁹, como os particulares, através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*).

Por outro lado, assim como todos os direitos, o direito fundamental à liberdade de locomoção não é um direito ilimitado, sendo passível de restrições e de limitações. Com efeito, em certas circunstâncias, a própria Constituição autoriza a restrição ao direito de liberdade de locomoção, quer de forma

⁴A universalidade decorre do fato de que todos são iguais e, por conseguinte, merecedores dos mesmos direitos, independentemente de raça, etnia ou religião. A respeito, John Rawls enfatiza: “*Human rights are thus distinct from, say, constitutional rights, or the rights citizenship, or from other kinds of rights that belong to certain kinds of political institutions, both individualist and associationist. They are a special class of rights of universal application and hardly controversial in their general intention. They are part of a reasonable law of peoples and specify limits on the domestic institutions required of all peoples by that law. In this sense they specify the outer boundary of admissible domestic law of societies in good standing in a just society of peoples*” (RAWLS, John. *The law of peoples*. In: “On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993”. Stephen Shute and Susan Hurley, Editors. New York: Basic Books, 1993. p. 70-71).

⁵Em face da indivisibilidade dos direitos fundamentais, resta superada a dicotomia, outrora existente, que separava os direitos civis e políticos de um lado e os direitos sociais, culturais e econômicos, de outro.

⁶Comentando a complementaridade dos direitos fundamentais, Peter Häberle afirma ser “*fácilmente demostrable que los diversos derechos fundamentales, incluso en relación a cada uno de los titulares, se condicionan recíprocamente. Al objeto del pleno desarrollo de la personalidad, debe ofrecerse al individuo la oportunidad de hacerse de una propiedad. (...) El derecho de formar asociaciones religiosas presupone de parte suya la libertad de conciencia e viceversa. (...) La relación de complementariedad en que se hallan cada uno de los derechos fundamentales es una relación de condicionamiento no sólo con referencia al conjunto de la Constitución, sino también con referencia al individuo titular de los derechos subjetivos. Todos los derechos fundamentales se encuentran en una relación más o menos estrecha ente sí. Se garantizan y se refuerzan recíprocamente*”. (HÄ-BERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Granada: Comares, 2003. p.41-43).

⁷Os direitos fundamentais devem ser entendidos e aplicados à luz de outros direitos fundamentais. Não há como dissociar o direito à liberdade religiosa, por exemplo, do direito à vida. Em razão dessa interdependência, a lesão a certo direito fundamental pode atingir outro direito dessa espécie.

⁸Para Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais apresentam a característica da indisponibilidade ativa (não são alienáveis pelo sujeito que é seu titular) e passiva (não são expropriados e limitados por outros sujeitos, dentre os quais o Estado) (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 32). Todavia, o mencionado jurista é criticado, em tal posicionamento, por Riccardo Guastini, que sustenta: “a indisponibilidade só pode caracterizar um direito fundamental quando houver previsão legal expressa”. Em sua crítica, Riccardo Guastini apresenta o exemplo da liberdade pessoal, que, embora consista em um direito fundamental, pode ser disponibilizada por ordem judicial, v.g. (GUASTINI, Riccardo. *Tres problemas para Luigi Ferrajo*. In: FERRAJOLI, Luigi *et al.* Op. cit., p.62).

⁹A vinculação de entidades públicas exige, conforme ensina J. J. Gomes Canotilho, “uma vinculação de todas as entidades públicas, desde o legislador, os tribunais à administração, desde os órgãos do Estado aos órgãos regionais e locais, desde os entes da administração central até as entidades públicas autónomas. A cláusula de vinculação de todas as entidades públicas exige, pois, uma vinculação sem lacunas: abrange todos os âmbitos funcionais dos sujeitos públicos e é independente da *forma jurídica* através da qual as entidades públicas praticam os seus actos ou desenvolvem suas actividades” (CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 439).

imediate (restrições previstas diretamente no corpo constitucional), quer de forma mediata (restrições realizadas através de autorização expressa ou tácita¹⁰ da Constituição ao legislador ordinário)¹¹, independentemente de se estar ou não em tempo de guerra¹².

Nesse contexto, é certo que as leis restritivas do direito à liberdade de locomoção, bem como as que venham restringir qualquer outro direito fundamental, devem respeitar o “limite dos limites”, que é a observância ao princípio da não-retroatividade¹³, da generalidade¹⁴, da abstração e da proporcionalidade, em seu triplo aspecto (adequação, necessidade e razoabilidade). Outrossim, tais leis devem sempre resguardar o núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental a que se refere, que consiste, na definição de Peter Häbeler¹⁵, naquele âmbito dentro do qual não há nenhum outro bem jurídico, de igual ou superior importância, que seja legitimamente limitador do direito fundamental¹⁶.

Por fim, convém registrar que a liberdade de locomoção pode colidir com outro direito ou valor constitucionalmente protegido. Nesse caso, haverá um conflito a ser resolvido através da aplicação do princípio da harmonização ou da concordância prática. Tal princípio, por meio de um juízo de pondera-

¹⁰ Compartilhamos do entendimento de que pode haver restrições constitucionais aos direitos fundamentais não expressamente previstas na Constituição, mas necessariamente nesta inclusas. Neste aspecto, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 596.

¹¹ Para Jorge Miranda, as restrições podem deixar de fundar-se em preceitos ou princípios constitucionais, mas, indubitavelmente, qualquer restrição tem de ser consentida, explícita ou implicitamente, pela Constituição (MIRANDA, Jorge. *O regime dos direitos: liberdades e garantias*. In: Estudo sobre a Constituição. 2. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1979. p. 81. 3 v.).

¹² Discordamos do posicionamento de José Afonso da Silva, quando sustenta que o art. 5º, XV, da Constituição só autoriza leis restritivas em tempo de guerra (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 211).

¹³ Não apenas as leis restritivas totalmente retroativas (ou seja: que se aplicam a situações e relações já esgotadas) são vedadas, mas também leis restritivas parcialmente retroativas (quer dizer: que se aplicam a situações vindas do passado e ainda não terminadas) (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 339. 4 t.).

¹⁴ Entende-se por lei individual aquela que impõe restrições aos direitos fundamentais de uma pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis, ferindo, dessa forma, o princípio da igualdade.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 65.

¹⁶ Para José Carlos Vieira de Andrade, o núcleo essencial de um direito fundamental consiste nas “faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projecção da ideia de dignidade humana individual na respectiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autónoma daquele direito fundamental” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 172).

ção¹⁷, irá “coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua”, como ensina Alexandre de Moraes¹⁸.

Na impossibilidade de uma coordenação, o princípio em pauta indicará o interesse de maior peso que deverá prevalecer em determinada situação de fato, no âmbito de uma relação denominada de precedência condicionada. Como leciona Robert Alexy¹⁹, a precedência de um interesse sobre o outro se condiciona às circunstâncias do caso concreto, que, se alteradas, poderão ocasionar uma solução de precedência inversa.

2 Direito à liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes

Na qualidade de sujeitos de direitos, as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana²⁰. Dentre esses direitos se encontra o direito à liberdade, que lhes é assegurado, expressamente, pelo art. 227, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988²¹.

Regulamentando o citado dispositivo constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 15, estabelece: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. Logo em seguida, em seu art. 16, dispõe sobre vários aspectos do direito à liberdade infanto-juvenil, sendo o primeiro deles referente à liberdade de locomoção, ou seja, à liberdade de “ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”.

¹⁷Peter Häbeler se refere à ponderação de bens como o princípio através do qual se determinam o conteúdo essencial e os limites dos direitos fundamentais, bem como se solucionam os conflitos que surgem entre os bens jurídico-constitucionais, que coexistem uns junto aos outros (HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 33).

¹⁸MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 61.

¹⁹ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 90.

²⁰“Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (Estatuto da Criança e do Adolescente).

²¹“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Embora titulares da liberdade de locomoção desde o nascimento (capacidade de direito)²², as crianças e os adolescentes não podem exercitá-la livremente (capacidade de exercício), enquanto não atinjam o necessário grau de maturidade biopsicossocial. A própria lei retira a autonomia, ou a autonomia absoluta, dos menores de determinada idade. E assim o faz em caráter protetivo, à vista da sua maior suscetibilidade e fragilidade frente aos perigos da vida. As restrições legais à liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes podem decorrer do normal exercício do poder familiar ou das próprias funções do Estado. De uma forma ou de outra, é inegável que possuem, no ordenamento jurídico brasileiro, um denominador comum: o art. 227 da Constituição Federal, que consagra a proteção integral da criança e do adolescente a cargo da família, do Estado e da sociedade.

É certo ainda que, em algumas hipóteses, tais restrições possuem fins adicionais (além da proteção das crianças e dos adolescentes), como a defesa da ordem pública e dos direitos alheios, conforme se verá adiante. Em todo caso, deverão observar os já explanados “limites dos limites” dos direitos fundamentais. Devem resultar de leis não-retroativas, genéricas, abstratas e proporcionais, que preservem o núcleo essencial da liberdade da criança e do adolescente, sob pena de interposição do remédio constitucional do *habeas corpus*, utilizável sempre que alguém sofrer, ou seja ameaçado de sofrer, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder²³.

3 Restrições à liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes decorrentes do poder familiar

A família, seja ela biológica ou substituta, é co-responsável, nos termos do art. 227, *caput*, da Constituição, juntamente com o Estado e a sociedade, pela garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. A

²² Como salienta Luís Maria Díez-Picazo, com relação aos menores, não há problema quanto à titularidade de direitos fundamentais, mas sim quanto ao exercício desses direitos (DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 128). Assim, entendemos que as crianças e os adolescentes, desde o nascimento, são titulares de direitos fundamentais, que fi cam em estado de latência até a conquista da sua gradativa maturidade. Por outra via, para John Stuart Mill, o direito de autonomia só pertence aos adultos. Nesta linha, aduz: “*It is, perhaps, hardly necessary to say that this doctrine is meant to apply only to human beings in the maturity of their faculties. We are not speaking of children, or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood or womanhood. Those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury*” (MILL, John Stuart. *On Liberty*. Apud FORTIN, Jane. *Children’s rights and the developing law*. 2. ed. Londres: Lexis Nexis, 2003. p. 21).

²³ “Art. 5º (...) LXVIII- conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (Constituição Federal brasileira de 1988).

obrigação constitucional se estende a todo o núcleo familiar, composto pelos ascendentes, bem como pelos colaterais próximos. Todavia, não há como negar que os responsáveis imediatos por tal obrigação são os titulares do poder familiar²⁴. Em outras palavras, são os titulares do conjunto de poderes-deveres²⁵ irrenunciáveis, inalienáveis e originários, mediante os quais os genitores, biológicos ou adotivos²⁶, assumem a responsabilidade pelos seus filhos menores²⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a esse respeito, em seu art. 22, preceitua que são deveres dos pais para com os filhos menores os de sustento, de guarda e de educação, bem como o de fazer cumprir as determinações judiciais no interesse da criança e do adolescente. A obrigação de sustento compreende a assistência material em todos os seus aspectos. Por seu turno, o dever de educação envolve a formação moral, intelectual e espiritual do menor. Já a incumbência de guarda, como leciona Tânia da Silva Pereira²⁸, consiste na efetiva custódia e vigilância que os pais devem ter no direcionamento das ações da criança e do adolescente, como forma de protegê-los das influências nocivas à sua formação.

Observa-se, claramente, da leitura dessas definições, que do dever de educação e do dever de guarda decorre o poder-dever dos pais de restringir a liberdade de locomoção dos filhos menores, como forma de resguardá-los e de lhes garantir um sadio desenvolvimento biopsicossocial. Podem assim, nesse propósito, proibir que os filhos menores freqüentem determinados lugares ou

²⁴ Expressão adotada pelo novo Código Civil brasileiro em substituição ao termo “pátrio poder”. Para Marcos Alves da Silva, a novel terminologia é passível de críticas, “porque familiar implica referência a toda a família, e tal ‘poder’ constitui prerrogativa exclusiva dos pais” (SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10).

²⁵ É minoritária (e atualmente superada) a corrente doutrinária que sustenta a natureza de direito subjetivo do poder familiar, em detrimento da sua natureza de poder – dever.

²⁶ Impende ressaltar que, com o art. 226, § 5º, da Constituição brasileira de 1988, foi definitivamente extinta a figura do chefe de família, passando o poder familiar a ser exercido pelo pai e pela mãe em igualdade de condições. De igual modo, a Constituição, em seu art. 226, §§ 3º e 4º, veio tornar dispensável o matrimônio para fins do exercício do poder familiar, na medida em que reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas de diferentes sexos e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

²⁷ Nesse sentido, cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 17. Por outro prisma, na definição apresentada pelo jurista espanhol Luis Gómez Morán, consiste o poder familiar em: “Una suma de derechos y obligaciones que unen a los padres con sus hijos en relación recíproca, comprobándose esta bilateralidad en todos los aspectos de la organización paterno-filial, ya que dentro de ella no hay un solo derecho que no resulte compensado com el correlativo deber (MORÁN, LUIS GÓMEZ. *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*. Tesis Doctoral de las universidades de Madrid y Coimbra. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947. p. 168).

²⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 239.

que circulem nas ruas em horários avançados ou ainda desacompanhados ou em má companhia, respeitando, sempre, a gradativa maturidade dos filhos. Isso porque, nas palavras de Rosa Cândido Martins²⁹, “a função protectora dos pais deve ser inversamente proporcional ao desenvolvimento físico, intelectual, moral e emocional dos filhos”.

Assim, dentro dos limites do razoável, compete aos pais decidir sobre a medida da liberdade a ser concedida aos seus filhos, sem que haja, nesse aspecto, interferência do Estado³⁰. No entanto, em casos de abusos ou omissões, torna-se necessária a intervenção estatal, para fazer valer, em nome da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a liberdade de locomoção dos filhos³¹. Para tanto, há a previsão de tipos penais³² (como o de abandono intelectual³³ e o de cárcere privado de descendente³⁴, estabelecidos no Código Penal brasileiro) e de medidas cíveis (como as medidas de perda e de suspensão do poder familiar, estabelecidas, respectivamente, nos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil brasileiro³⁵), que punem o uso irregular ou desproporcional do

²⁹ MARTINS, Rosa Cândido. *Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?* In: Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família. Coimbra: Coimbra Editora, ano 1, n. 1, 2004, p. 70.

³⁰ Jane Fortin salienta: “*The prospect of government intervention in family life through legislation has traditionally provoked strong hostility, especially if such legislation threatens to interfere with the parent-child relationship*” (FORTIN, Jane. Op. cit., p. 08).

³¹ Antonio E. Perez Luño assinala que a ampliação da eficácia dos direitos fundamentais à esfera privada torna necessária a atuação dos poderes públicos encaminhada a “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*” e a “*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*”. (LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 23).

³² Nessa senda, Peter Häberle assevera: “*Si la libertad del individuo no fuese tutelada penalmente contra la amenaza derivada del ajeno abuso de la libertad, no habría más lugar para hablar del significado de la libertad «para la vida social en conjunto». Se impondría el «más fuerte»*” (HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Comares, 2003, p. 43-44).

³³ “Art. 247. Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comensação pública: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa”.

³⁴ “Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 1º - A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos: I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge do agente ou maior de 60 (sessenta) anos” (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

³⁵ “Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão”. “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral ou aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas cometidas no artigo antecedente”.

poder em questão³⁶. A propósito, Carla Fonseca³⁷ destaca que a família não se beneficia de maior tolerância relativamente a qualquer abuso, uma vez que, justamente em seu seio, deve ser o espaço de maior segurança, do maior afeto, da melhor compreensão dos filhos menores.

Outrossim, no nosso entender, o Estado também poderá intervir contra os abusos e omissões do poder familiar sobre a liberdade de locomoção do filho, criança ou adolescente, através da apreciação de *habeas corpus*³⁸. Nesse diapasão, Alexandre de Moraes³⁹ salienta: “Na maior parte das vezes, a ameaça ou coação à liberdade de locomoção por parte do particular constituirá crime previsto na legislação penal, bastando a intervenção policial para fazê-la cessar. Isso, porém, não impede a impetração do *habeas corpus*, mesmo porque existirão casos em que será difícil ou impossível a intervenção da polícia para fazer cessar a coação ilegal”. Por derradeiro, convém frisar que os próprios titulares do poder familiar podem recorrer ao Estado, quando divergirem entre si sobre as restrições da liberdade de locomoção dos filhos, tal como prevê o art. 1.631, parágrafo único, do Código Civil brasileiro⁴⁰.

4 Restrições à liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes decorrentes do poder estatal

O Estado tem o dever de restringir a liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes, com o intento de garantir sua efetiva proteção integral. Possui, de igual modo, a obrigação de restringir a liberdade de qual-

³⁶ Marcos Alves da Silva assevera que a família moderna não é mais vista como uma instituição, tendo adquirido uma função instrumental que possibilita uma maior ingerência do Estado, “especialmente para a proteção dos membros mais vulneráveis, como é o caso da criança” (SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p.135). Como afirma Rosa Cândido Martins, surgiu um novo modelo de família de caráter “democrático”, em substituição ao modelo “autoritário” da completa submissão dos filhos aos pais. Para a mencionada autora, “esse novo modelo das relações entre pais e filhos revela o facto de a família ter vindo a perder algumas das funções que tradicionalmente desempenhava. Esta desfuncionalização da família não se traduziu, porém, no esvaziar de sentido da comunidade familiar, muito pelo contrário. Na verdade, o processo de desfuncionalização foi acompanhado por outro processo, o da descoberta dos valores da intimidade e da afectividade” (MARTINS, Rosa Cândido. Op. cit., p. 65).

³⁷ FONSECA, Carla. *A protecção das crianças e jovens: factores de legitimação e objectivos*. In: Direito Tutelar de Menores. O sistema de mudanças. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 10.

³⁸ A Constituição brasileira de 1988, no nosso entendimento, não reduziu o pólo passivo do *habeas corpus* aos agentes estatais. Nesse sentido, há copiosos exemplares da jurisprudência brasileira, a exemplo dos seguintes: STF, HC, Rel. Orosimbo Nonato, RT 231/664; TJSP, HC, Rel. Cunha Bueno, RT 577/329; TJPR, RHC, Rel. Heliantho Camargo, RT 489/389.

³⁹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p.144.

⁴⁰ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo”.

quer pessoa, sempre que necessário, para assegurar a ordem pública e os direitos fundamentais de terceiros⁴¹. Em face dessa diversidade de fins (exclusivamente protetivos ou não), as restrições estatais à liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes são classificadas em restrições estatais de natureza puramente protetiva e restrições estatais de natureza mista. São as denominadas medidas sócio-educativas.

4.1 Restrições estatais de natureza puramente protetiva

Ao longo do texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, estão previstas várias medidas restritivas da liberdade de locomoção infanto-juvenil de cunho estritamente protetivo. Uma delas é a medida prevista no art. 83, que proíbe que a criança viaje para fora da comarca onde reside desacompanhada dos pais ou responsável ou sem expressa autorização judicial⁴². Já nos dois artigos subseqüentes, há o impedimento de que criança ou adolescente viaje para o exterior desacompanhado de ambos os pais ou na companhia de um deles, mas sem a autorização expressa do outro (através de documento com firma reconhecida) ou, ainda, sem autorização judicial. A outra proibição é a de que qualquer criança ou adolescente nascido no território nacional não pode sair do país, sem prévia e expressa autorização judicial, na companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.

Há, nesses casos, restrições diretas ao preceito contido no art. 5º, XV, da Constituição de 1988, que prevê a livre locomoção no território nacional. Porém, todas elas buscam proteger a criança e o adolescente contra perigos rotineiros, a exemplo do tráfico interestadual e internacional de menores para alimentar a prostituição infanto-juvenil e do mercado criminoso de venda de órgãos. O art. 75 do ECA, por sua vez, determina que as crianças e os adolescentes só terão acesso às diversões e espetáculos públicos, quando classificados como adequados à sua faixa etária, vedando-se a entrada de menores de dez anos, caso não estejam acompanhados dos pais ou responsável. De forma semelhante, o art. 80 proíbe a presença de crianças e adolescentes em estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou jogos de aposta.

⁴¹ A propósito, José Adriano de Souto Moura enfatiza que, nesses casos, o Estado intervém em nome da segurança do cidadão, mas, sobretudo, em nome do próprio interesse do menor (MOURA, José Adriano de Souto. *A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos*. In: Direito Tutelar de Menores. O sistema em mudança. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 108).

⁴² Estabelece o ECA que a autorização judicial não será exigida quando: “a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana; b) a criança estiver acompanhada: 1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmete o parentesco; 2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável” (art. 83, § 1º).

Em seu art. 149, o ECA veio conferir ao juiz da Vara da Infância e da Juventude o poder de disciplinar, através de portarias, ou autorizar, através de alvarás, sempre de forma fundamentada e casuística, a entrada e a permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em determinados locais, bem como a sua participação em certos eventos⁴³. Têm-se, aqui, as denominadas intervenções restritivas, que consistem, na lição de J. J. Gomes Canotilho⁴⁴, em atos ou atuação das autoridades públicas restritivamente incidentes, de modo concreto e imediato, sobre um direito.

Poder-se-ia indagar, nesse contexto, se o juiz da Vara da Infância e da Juventude tem poder para baixar portaria, restringindo a liberdade de locomoção da criança e do adolescente, fora dos casos previstos no aludido art. 149. No nosso entender, a resposta é positiva⁴⁵, desde que a intervenção judicial restritiva seja estritamente necessária, adequada e razoável para resguardar outros direitos fundamentais infanto-juvenis⁴⁶. Tal portaria, por conseguinte, encontraria seu fundamento não no artigo estatutário em comento, mas diretamente no art. 227, *caput*, da Constituição, que conclama a co-responsabilidade do Estado (inclusive Estado-juiz) pela proteção integral da criança e do adolescente. A título de exemplo, afirmamos ser legítima uma portaria do Juiz da Vara da Infância e da Juventude, que, sob os auspícios da proteção integral, venha

⁴³Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: a) púlbliestádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres; d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão; II - a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: a) os princípios desta lei; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de freqüência habitual ao local; e) a adequação do ambiente à eventual participação ou freqüência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo. § 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral”.

⁴⁴CANOTILHO, J.J.Gomes. Op. cit., p. 451.

⁴⁵Em outro sentido, Alyrio Cavallieri enfatiza: “Crianças e adolescente não podem permanecer nos logradouros públicos vedados pelas restrições legais. Estas, entretanto, não são amplas, como seria adequado. A interpretação autêntica, aquela advinda do autor da lei, é no sentido de que as restrições legais só incidem sobre os locais referidos no próprio Estatuto (...) arts. 75, 80, 83, 85 como aqueles sobre os quais caem as restrições legais. Neles não há nenhuma alusão à rua”. Apud LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 18).

⁴⁶A esse respeito, Manoel Monteiro Guedes *et al* afirmam: encontrando-se a criança ou jovem em situação de perigo, o Estado só poderá interferir na sua vida e na vida da sua família, na medida em que esta interferência seja estritamente necessária à finalidade de proteção e de promoção de direitos. Exige-se que, para a consecução do fim almejado, não seja possível adotar outro meio a não ser a restrição à liberdade do menor. Além do mais, a exigibilidade tem que ser material (a intervenção tem de promover e não limitar, excessivamente, direitos fundamentais do menor), espacial (a intervenção deve circunscrever um âmbito de atuação o mais limitado possível), temporal (a intervenção deve ser limitada no tempo) e pessoal (a intervenção deve apenas dizer respeito ao menor *in casu*) (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes *et al*. *Direito de menores: estudo luso-hispânico sobre menores em perigo e delinquência juvenil*. Lisboa: Âncora, 2003. p. 69).

coibir a permanência de menores de idade, em determinados horários, em locais públicos onde notoriamente se pratique prostituição ou se comercializem substâncias entorpecentes, mesmo que haja autorização do titular do poder familiar em sentido contrário⁴⁷.

Outra forma de restrição estatal de natureza puramente protetiva é a de acolhimento em abrigos⁴⁸ de criança ou de adolescente em situação de risco social⁴⁹, que ocorre nas hipóteses previstas no art. 98 do Estatuto: violação ou ameaça de violação aos direitos da criança ou adolescente pela falta ou omissão do Estado ou da sociedade; pela falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou ainda em razão da sua própria conduta. Quanto ao assunto, é questionável se a colocação de crianças e adolescentes em abrigo pode dar ensejo à impetração de *habeas corpus*, quando se pretenda discutir a legalidade da medida. Enfrentando questão similar, o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu que a medida de acolhimento de menor em centro assistencial não é medida privativa de liberdade, não comportando, deste modo, *habeas corpus*⁵⁰.

Em sentido contrário, entendemos que a medida protetiva de abrigo pode ser questionada via *habeas corpus*. Vislumbramos que ela incide diretamente sobre a liberdade de locomoção da criança e do adolescente, restringindo-a, limitando-a. Possui, conseqüentemente, inegável caráter de restrição de liberdade, que tem por fim exclusivo a proteção do menor de idade. Como se sabe, o *habeas corpus* é o remédio jurídico cabível sempre que a restrição ou ameaça de restrição à liberdade de locomoção seja ilegal ou abusiva, independentemente do fim que persiga. Portanto, em um fundamento lógico, havendo ilegalidade ou abuso, poder-se-á, perfeitamente, interpor *habeas corpus* contra medida protetiva de acolhimento de criança ou de adolescente em abrigo.

Já no que diz respeito à colocação de crianças e adolescentes abandonados - os conhecidos “meninos de rua” – em abrigos, a doutrina diverge sobre a possibilidade ou não de aplicação compulsória da medida. Dentre os posicio-

⁴⁷ Convém esclarecer que, de regra, deve prevalecer, sobre qualquer avaliação estatal, a avaliação dos pais quanto à medida da liberdade de locomoção de seus filhos. Apenas em casos extremos, como o acima aludido, em que a atitude permissiva, ou proibitiva, do titular do poder familiar possa causar um dano à formação moral, física ou psíquica da criança ou do adolescente, é que a restrição imposta pelo Estado deve sobrepor-se à vontade parental.

⁴⁸ “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: (...) VII - abrigo em entidade” (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁴⁹ No direito francês, é utilizada expressão equivalente a “risco social”, que é o termo “l'enfance en danger”. Trata-se da situação em que a saúde, a segurança, a moral e a educação da criança estão gravemente comprometidas em razão da delinquência ou de maus-tratos (DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Les droits de l'enfant*. Paris : Universitaires de France, 1991. p. 97).

⁵⁰ Tribunal Constitucional Espanhol. Sentença nº 94/2003, nº de registro: 20030610, julgada em 19 de maio de 2003.

namentos favoráveis, destacamos o de Carla Fonseca⁵¹. No entender da autora, o Estado tem o dever de abrigar crianças e adolescentes abandonados, mesmo contra a vontade destes. Conforme argumenta, se tais menores de idade estivessem sobre o regular poder familiar, também teriam sua liberdade de locomoção restringida.

Concordamos em parte com o referido posicionamento. De fato, o Estado possui a irrefutável obrigação de substituir os pais, quando ausentes, nos deveres de guarda, de educação e de sustento da criança e do adolescente, posto que é co-responsável da obrigação solidária de proteção integral (art. 227, *caput*, da Constituição)⁵². Nesse norte, não se pode permitir que crianças e adolescentes façam das ruas as suas moradas, expondo-se a todos os tipos de perigo. Não há dúvida de que a omissão do poder estatal dá espaço a tragédias, como a da Candelária, no Estado do Rio de Janeiro, em que oito crianças foram mortas, enquanto dormiam, por “justiceiros”. A propósito, enfatiza Luciana de Oliveira Leal⁵³ que há o direito de liberdade de locomoção da criança e do adolescente, mas há também, principalmente, o direito à vida, à dignidade, à proteção integral devida pela família, pela sociedade e pelo Estado, que autorizam as restrições daquela liberdade. No mesmo sentido, afirma Peter Häbeler⁵⁴, parafraseando Peters, que “*forma parte de la esencia misma de la libertad el que ésta venga delimitada en relación a fines más altos*”.

Ocorre que, a pretexto de proteger a criança e o adolescente, não pode o Estado trancafiá-los entre grades e cercas, cerceando, por completo, a sua liberdade de locomoção, assim como não poderia fazer o titular do poder familiar, sob pena de cometimento de crime de cárcere privado. De fato, tratar um menor abandonado como menor infrator é retroagir ao antigo cenário do Código de Menores de 1979 e da ultrapassada doutrina da situação irregular, impondo-lhe castigo a alguém que já é pela vida castigado. Entendemos, portanto, que a melhor solução reside no dever do Estado de oferecer abrigos, mas abrigos de portas abertas, em que a permanência da criança e do adolescente seja garantida pelo tratamento que lhes é dispensado, pelas alternativas que lhes são ofertadas e não pelos ferros dos portões.

⁵¹“É um direito dos cidadãos que o Estado intervenha sempre que a segurança, a saúde, a formação, o desenvolvimento físico, psíquico e emocional, o bem-estar, de uma criança ou jovem esteja em perigo” (FONSECA, Carla. Op. cit., p.12).

⁵²Nesse sentido, cf. TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 90.

⁵³LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 20.

⁵⁴HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Comares, 2003. p. 107.

4.2 Restrições estatais de natureza mista

Como visto, o Estado pode impor medidas restritivas da liberdade de locomoção da criança e do adolescente, visando a resguardar, paralelamente, a ordem pública e os direitos fundamentais de terceiros, violados ou ameaçados de violação, em face de conduta do próprio menor, que tenha contrariado os preceitos da lei penal⁵⁵.

É verdade que a inimizabilidade penal dos menores de 18 anos, consagrada pela Constituição, não afasta a responsabilidade pela prática de fatos típicos, antijurídicos e culpáveis⁵⁶. O menor, embora inimputável, é sujeito à responsabilização juvenil, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷, que ressalva, apenas, a irresponsabilidade absoluta das crianças (menores de 12 anos), às quais se aplicam, tão-somente, as medidas protetivas enumeradas no seu art. 101⁵⁸.

Assim, se um adolescente praticar conduta equivalente a crime ou a contravenção penal, será por isso responsabilizado, podendo sofrer, inclusive, restrição na sua liberdade de locomoção. Isso acontece através das medidas sócio-educativas de internamento ou de semi-liberdade, previstas ao lado das medidas sócio-educativas de advertência, de reparação do dano, de prestação

⁵⁵ Afirma Rui Epifânio que o Estado tem o dever de intervir corretivamente sempre que o adolescente revele personalidade hostil, ao ofender valores essenciais da comunidade e regras mínimas de convivência social, pois torna-se necessário educá-lo para o direito (EPIFÂNIO, Rui. *Direito de menores*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 91). No mesmo diapasão, Eliana Gersão sustenta: “Mais educativo do que ignorar as infrações praticadas, será sem dúvida chamar a atenção para as consequências danosas das mesmas e levar os respectivos autores a reparar – de acordo com a sua idade e situação concreta – as vítimas individuais e a sociedade” (GERSÃO, Eliana. *Menores agentes de infrações criminais: que intervenção? Apreciação crítica do sistema português*. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1988. p. 50).

⁵⁶ Sem tais características do ato perpetrado, não há que se falar em responsabilização do adolescente, pois não há sentido que o menor seja punido onde o maior não é.

⁵⁷ Houve a substituição do princípio da imputabilidade pelo princípio da responsabilidade juvenil, bem como do tratamento penalógico pelo tratamento pedagógico das medidas sócio-educativas. Nesse aspecto, não há, no nosso entender, que se cogitar de uma imputabilidade penal especial, tal como defendem os seguidores da doutrina do Direito Penal Juvenil.

⁵⁸ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”. Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; V - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituída. Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituída, não implicando privação de liberdade”.

de serviços à comunidade, de liberdade assistida e das denominadas medidas sócio-educativas impróprias, que são as medidas de proteção aplicadas ao autor de ato infracional⁵⁹.

As medidas sócio-educativas privativas de liberdade, bem como as demais medidas aludidas, possuem evidente caráter de sanção, embora apresentem prevalente conteúdo pedagógico⁶⁰. À vista disto, tais medidas devem se pautar nos ditames do princípio da proporcionalidade. Necessitam ser adequadas para a proteção e a reeducação do adolescente e para a preservação da ordem pública e dos direitos alheios. Devem ser estritamente necessárias, representando uma *ultima ratio*, somente aplicáveis diante da ineficácia das demais espécies de medidas. Precisam, além disso, ser proporcionais em sentido estrito, para reprimir na justa medida da gravidade do fato e da lesão jurídica produzida, atendendo às necessidades de educação e de proteção do adolescente.

À luz do princípio da proteção integral, as medidas socioeducativas restritivas de liberdade só podem ser aplicadas pelo Estado quando observadas todas as garantias constitucionais e processuais asseguradas aos imputáveis. Nesse sentido, enfatiza João Batista Costa Saraiva⁶¹: “Não pode o adolescente infrator, dependendo da natureza do ato infracional que se venha a atribuir, receber de parte da Justiça Especial da Infância e da Juventude tratamento mais rigoroso do que aquele que é direcionado ao adulto (maior de 18 anos) pela Corte Penal, sob pena de estarmos a subverter um sistema e negar vigência à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, na medida em que se nega ao adolescente a quem se atribui a prática de um ato infracional um direito que se reconhece a um adulto pelo mesmo fato”.

⁵⁹ Segundo Paulo Afonso Garrido de Paula, a medida de proteção decorrente da prática de ato infracional (medida sócio-educativa imprópria) tem natureza de sanção. Já a medida de proteção decorrente de outra situação de risco em que se encontre a criança ou o adolescente tem natureza assistencial (PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Coordenadores: Munir Cury et al. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 566).

⁶⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil. Adolescente e ato infracional. Garantias processuais e medidas sócio-educativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 22. No mesmo sentido, cf. MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Inimputabilidade penal: adolescentes infratores, punir e (re)socializar*. Recife: Nossa Livraria, 2004. p. 107-110. Em sentido oposto, Rui Epifânio, reportando-se ao similar ordenamento jurídico lusitano, afirma que a intervenção estatal educativa não visa à punição. Portanto, só deve ocorrer quando subsistir a necessidade de correção da personalidade do adolescente, no momento da aplicação da medida não-punitiva (EPIFÂNIO, Rui. *Direito de menores*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 92). Ainda quanto à finalidade pedagógica das medidas menoristas, esclarece Romano Ricciotti que, no ordenamento jurídico italiano, “*l'educazione dei minori è la funzione più elevata che l'ordinamento attribuisce alla famiglia, con la fondamentale statuizione che, «in caso di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. In questo quadro la pena assume, per i minorenni, la funzione rieducativa própria dell'emenda»*” (RICCIOTTI, Romano. *La giustizia penale minorile*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2001. p. 5).

⁶¹ SARAIVA, João Batista Costa. Op. cit., p. 43-44.

Logo, são reconhecidas aos adolescentes, dentre outras, as seguintes garantias: garantia do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, do juízo natural, da proibição de provas ilícitas, da proibição de apreensão sem que haja flagrante delito ou ordem judicial escrita e fundamentada⁶², do respeito ao princípio da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade⁶³. Acrescente-se ainda o princípio *in dubio pro libertate*⁶⁴. Deverão ainda ser respeitadas as garantias especificamente reconhecidas ao adolescente infrator pelo art. 227, § 3º, da Constituição: do pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional; de igualdade na relação processual; de defesa técnica por profissional habilitado; da observância aos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quanto às medidas de privação de liberdade⁶⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando o princípio constitucional da excepcionalidade das medidas sócio-educativas restritivas de liberdade, estabelece, em seu art. 122, que só se aplicará a medida de internação nas seguintes hipóteses: a) “Tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência contra pessoa”. Aqui, a lei foi taxativa, de modo que não é cabível a internação pela prática de atos infracionais em que não haja ameaça ou violência contra pessoa, mesmo que sejam graves, a exemplo do correspondente ao tipo de tráfico de drogas, como já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça⁶⁶; b) “Por reiteração no cometimento de outras infrações graves”. A reiteração não se confunde com a reincidência.

⁶²O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê as seguintes figuras típicas: “Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais”. “Art. 231. Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada: Pena - detenção de seis meses a dois anos”.

⁶³O ato infracional, embora típico, pode ter sido cometido sob a égide de uma das causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa ou ausência da potencial consciência da ilicitude), hipóteses em que não haverá responsabilização juvenil. Do contrário, o adolescente seria punido onde o maior não seria, conforme já ressaltado.

⁶⁴Como adverte José Carlos Vieira de Andrade, “havendo dúvidas, deve optar-se pela solução que, em termos reais, seja menos restritiva ou onerosa para a esfera de livre atuação dos indivíduos” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 299).

⁶⁵“Três são os princípios que condicionam a aplicação da medida privativa de liberdade: o princípio da brevidade, enquanto limite cronológico; o princípio da excepcionalidade, enquanto limite lógico no processo decisório acerca de sua aplicação; e o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, enquanto limite ontológico, a ser considerado na decisão e na implementação da medida” (COSTA, Antônio Carlos Gomes. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Coordenadores Munir Cury *et al.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 401).

⁶⁶“Habeas corpus. Menor. Tráfico de entorpecentes. Medida sócio-educativa. Internação. Incabimento. Art. 122 da Lei nº 8.069/90. Enumeração taxativa. Concessão da ordem. 1. A norma inserida no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, *numerus clausus*, as hipóteses de imposição da medida de internação, às quais faz-se estranho o ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes. 2. Ordem concedida, para imposição de medida protetiva diversa da internação” (Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 25253/RJ. 6ª Turma. Rel. Min. Fontes de Alencar. Data do julgamento: 23.08.2004).

A propósito, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que só se justifica a aplicação da internação quando houver reiteração por, no mínimo, três vezes⁶⁷. No entanto, discordamos deste posicionamento, por compreender que esta interpretação objetiva pode dar margem a perigosos sentimentos de impunidade e de injustiça. Nesse sentido, salienta Emílio Garcia Mendez⁶⁸: “Contribuir com a criação de qualquer tipo de imagem que associe a adolescência com impunidade (de fato ou de direito) é um desserviço que se faz ao adolescente, assim como, objetivamente, uma contribuição irresponsável às múltiplas formas de justiça com as próprias mãos, com as quais o Brasil desgraçadamente possui uma ampla experiência”.

A terceira hipótese prevista no art. 122 do ECA é: “Por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta”. É a denominada “internação sanção”, aplicada pelo prazo máximo de três meses, com a devida observância do princípio do contraditório e da ampla defesa. Nesta hipótese, não importa se a medida anterior descumprida tenha sido estabelecida em sede de sentença, que julgou a ação sócio-educativa, ou em sede de decisão homologatória ou concessiva de remissão⁶⁹.

Outrossim, o Estatuto prevê a possibilidade de decretação, mediante ordem fundamentada, de medida cautelar de internação provisória do adolescente pelo prazo máximo e improrrogável de 45 dias⁷⁰, bem como de sua apreensão em flagrante de ato infracional⁷¹. Em ambos os casos, exigem-se os pressupostos da gravidade

⁶⁷Supremo Tribunal Federal. HC 25817 / SP. *Habeas corpus* 2002/0166202-7. Min. Jorge Scartezzini. Data do julgamento: 18/08/2004. De igual modo se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “Penal. *Habeas Corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Prática de novo ato infracional equiparado aos delitos constantes nos arts. 12 da Lei nº 6.368/76 e 10 da Lei nº 9.437/97. Inexistência de laudo definitivo de exame de entorpecentes. Supressão de instância. Medida de internação aplicada. Impossibilidade. Inexistência de reiteração de conduta infracional ou descumprimento de medida educativa anterior. (...) III- A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida sócio-educativa da internação, a teor do art. 122, II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Cometidas apenas 2 (duas) práticas infracionais, como o foi na hipótese dos autos, tem-se a reincidência, circunstância imprópria a viabilizar a aplicação a referida medida” (HC nº 24349/RJ. 5ª Turma. Rel. Min. Félix Fisher. Data do julgamento: 15.06.2004).

⁶⁸Apud SARAIVA, João Batista Costa. Op. cit., p. 32.

⁶⁹“Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Parágrafo único. Início do procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo” (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁷⁰“Quarenta e cinco dias é o prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento infracional *ex vi* do art. 183 do Estatuto quando o adolescente está internado provisoriamente” (HC 597002500, 7ª CCiv. do TJRS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. Data do julgamento: 19.02.1997).

⁷¹A apreensão em flagrante do adolescente deve ser norteada pelos mesmos direitos e garantias constitucionais orientadores da prisão em flagrante do maior, como o direito à identificação do responsável por sua apreensão, o direito de permanecer calado, o direito de saber os motivos pelos quais está sendo apreendido e o direito à assistência da família e de advogado. Nestes termos, dispõe o art. 5º da Constituição Federal: “LXIII- o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.

do fato, da repercussão social, da garantia da ordem pública e da garantia da segurança do adolescente, previstos no art. 174 do referido diploma legal⁷².

Analisando tais pressupostos, afirma Antônio Fernando do Amaral e Silva⁷³ que a gravidade do fato se dá quando: o ato infracional praticado equivale a crime punido com reclusão; a repercussão social causa revolta, provocada pelas circunstâncias e conseqüências do ato; a garantia da ordem pública se reporta à necessidade de se evitar que o adolescente cometa outras infrações; a garantia da segurança pessoal do adolescente se refere à possibilidade de ameaça de vindita popular, do ofendido, ou de sua família, contra o menor.

Finalmente, devemos registrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura, em seu art. 124, vários direitos ao adolescente privado de liberdade. Tais direitos constituem, nas palavras de Emílio Garcia Mendez⁷⁴, “uma ‘Revolução Francesa’, com mais de duzentos anos de atraso, no mundo dos adolescentes privados de sua liberdade”. Dentre esses direitos, destacamos os seguintes: a) de ser tratado com respeito e dignidade; b) de ser internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável (decorre do direito fundamental à convivência familiar); c) de receber escolarização e profissionalização; d) de receber assistência religiosa; e) de realizar atividades externas, salvo expressa determinação judicial em contrário⁷⁵; f) de reavaliação periódica, no máximo a cada seis meses, sobre a necessidade de manutenção da medida; g) de não ser interno por período superior a três anos, contado separadamente para cada medida imposta, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁷⁶; h) de liberação

⁷²Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

⁷³Apud SARAIVA, João Batista Costa. Op. cit., p. 51.

⁷⁴MENDEZ, Emília Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Coordenadores Munir Cury et al. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 406.

⁷⁵As atividades externas são monitoradas no regime de internação e exercidas sem vigilância no regime de semi-liberdade.

⁷⁶A exemplo do entendimento esboçado no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 12.187-RS (2001/0176510-1) Rel. Min. Félix Fischer, DJ 04.03.2002. A propósito, corrente doutrinária majoritária, com a qual concordamos, sustenta que, se sobrevier a aplicação de uma nova medida sócio-educativa privativa de liberdade pela prática de ato infracional anterior ao início do cumprimento de medida de internação, a execução dessa nova medida ficará subsumida ao limite de 3 anos. Todavia, se a aplicação da nova medida se deu por fato praticado durante o cumprimento da medida de internação ou após este cumprimento, será fixado novo prazo de 3 anos. Neste sentido, esclarece João Batista Costa Saraiva: “Iniciado o cumprimento da internação, por fato anterior à internação, ainda que grave, não poderá ser o adolescente novamente internado após o término daquela primeira medida aplicada, e a aplicação de uma nova internação no curso da execução de medida similar imposta em procedimento diverso não importará no reinício da contagem do prazo a que se refere o art. 121, § 3º, da Lei 8.069/90” (SARAIVA, João Batista Costa. Op. cit, p. 114).

compulsória, com o implemento da idade de 21 anos⁷⁷; i) de cumprir a medida em entidades exclusivas para adolescentes⁷⁸; j) de entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público; l) de peticionar diretamente a qualquer autoridade; m) de avistar-se reservadamente com o seu defensor. Em suma, o adolescente autor de ato infracional possui todos os direitos e prerrogativas do adulto, bem como aqueles exigidos pela sua peculiar condição de pessoa em fase de desenvolvimento biopsicossocial.

⁷⁷ A alteração da maioridade civil de 21 para 18 anos, trazida pelo novo Código Civil brasileiro, não afeta o limite etário estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente para a liberação compulsória do interno, como já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “Criminal. HC. ECA. Paciente que atingiu 18 anos cumprindo medida sócio-educativa. Consideração da data do ato infracional praticado. Novo Código Civil. Liberação compulsória. Inocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso desprovido. (...) II. A liberação obrigatória do adolescente somente deverá ocorrer quando o mesmo completar 21 anos de idade, nos termos do art. 121, § 5º, do ECA, dispositivo que não foi alterado com a entrada em vigor do novo Código Civil” (Superior Tribunal de Justiça. RHC 16105/RJ. 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. Data do julgamento: 03.06.2004).

⁷⁸ A internação deve ser feita em estabelecimento próprio. Entretanto, o Estatuto permite que o adolescente possa ficar, excepcionalmente, por 5 dias, em estabelecimento prisional comum, desde que em cela especial, separado dos adultos. Neste aspecto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Habeas corpus. Adolescente. Ato infracional cometido mediante violência a pessoa. Homicídio qualificado por motivo torpe (CP, art. 121, § 2º, I). Medida sócio-educativa de internação imposta a adolescente com quase 17 anos de idade (ECA, art. 122, I). Possibilidade de a internação, em tal hipótese, estender-se até após a maioridade penal (ECA, art. 121, § 5º). Ausência, na comarca, de estabelecimento próprio para adolescentes. Custódia provisória em cadeia pública, motivada por razões excepcionais de caráter material. Admissibilidade extraordinária de tal recolhimento, desde que efetuado em local completamente separado dos presos adultos. Laudo de avaliação psicossocial inteiramente desfavorável ao paciente. Pedido indeferido. (...) Situações de natureza excepcional, devidamente reconhecidas pela autoridade judiciária competente, podem justificar, sempre em caráter extraordinário, a internação de adolescentes em local diverso daquele a que refere o art. 123 do ECA, desde que esse recolhimento seja efetuado em instalações apropriadas e em seção isolada e distinta daquela reservada aos presos adultos, notadamente nas hipóteses em que a colocação do adolescente em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida seja desautorizada por avaliação psicológica que ateste a sua periculosidade social” (HC 81519 / MG - MINAS GERAIS. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 19/11/2002. Órgão julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ DATA-02-05-2003 PP-00048).

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *Estatuto: o novo direito da criança e do adolescente e a justiça da infância e da juventude*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Les droits de l'enfant*. Paris: Universitaires de France, 1991.

DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

EPIFÂNIO, Rui. *Direito de menores*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FONSECA, Carla. *A protecção das crianças e jovens: factores de legitimação e objectivos*. In: “Direito Tutelar de Menores. O sistema de mudanças”. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FORTIN, Jane. *Children's rights and the developing law*. 2. ed. Londres: Lexis Nexis, 2003.

GERSÃO, Eliana. *Menores agentes de infracções criminais: que intervenção? Apreciação crítica do sistema português*. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1988.

GUASTINI, Riccardo. *Tres probelmas para Luigi Ferrajo*. In: FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Comares, 2003.

LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MARTINS, Rosa Cândido. *Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?* In: *Lex Familiae*. Revista Portuguesa de Direito da Família. Coimbra: Coimbra Editora, ano 1, n. 1, 2004.

MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Coordenadores Munir Cury *et al.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. *O regime dos direitos, liberdades e garantias*. In: *Estudo sobre a Constituição*, 2. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1979. 3 v.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORÁN, LUIS GÓMEZ. *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*. Tesis Doctoral de las Universidades de Madrid y Coimbra. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947.

MOURA, José Adriano de Souto. *A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos*. In: *Direito tutelar de menores. O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Coordenadores Munir Cury *et al.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

RAWLS, John. *The law of peoples*. In: On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993. Stephen Shute and Susan Hurley, Editors. New York : Basic Books, 1993.

RICCIOTTI, Romano. *La giustizia penale minorile*. 2 ed. Padova: CEDAM, 2001.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. Garantias processuais e medidas sócio-educativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 3 v.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes *et al.* *Direito de menores/Derecho de menores. Estudo luso-hispânico sobre menores em perigo e delinquência juvenil*. Lisboa: Âncora, 2003.

1 Introdução

O ser humano, na essência de sua espiritualidade, traz consigo um enigma indecifrável, denotando, nas linhas deste labirinto insondável, um paralelismo entre luz e escuridão; um permanente antagonismo entre as forças do bem e do mal; a crença na dualidade de seu tempo: se uma lâmpada acesa com um fio efêmero ou uma tocha brilhante nos prados da eternidade.

Enquanto isso, na sua existência materializada, define-se como um ser racional, porque tem cérebro; cheio de angústia, porque sente dor; cercado de emotividade pelas lágrimas originárias dos olhos; direcionado por um coração recheado de auréolas da sensibilidade; dominado por uma carga elétrica de necessidades. Além disso, carrega um baú lotado de vontade, desejo, ansiedade, perspectiva. Esses sentimentos o levam aos encontros e desencontros, derrotas e vitórias, ilusões e decepções, tristezas e alegrias, sonhos e esperanças.

A abordagem deste tema delinea-se na visão de um mundo em que a cidadania insere o homem em várias dimensões: o homem como uma criatura divina; o homem como um ser natural; o homem com sua personalidade jurídica; o homem com sua cidadania; o homem com sua dignidade humana; o homem como centro do poder político; o homem como construtor da sociedade.

Há também o cidadão excluído do contexto social; o cidadão como um lutador de suas conquistas; o cidadão como um sonhador da igualdade social; o cidadão com a sua solidariedade humana; o cidadão com confiança na existência de uma sociedade justa e solidária; o cidadão com sua dignidade no campo dos direitos humanos.

2 Dignidade da pessoa humana e filosofia

Revolvendo a história da antiguidade, não encontramos um conceito preciso de dignidade da pessoa humana. Porém, os filósofos tentaram o desenvolvimento do tema, conforme se verá a seguir. O homem, para a filosofia grega, era um animal político ou social. Em Aristóteles, a cidadania estava no fato de pertencer ao Estado, que estava em íntima conexão com o cosmos, com a natureza. Jaeger Zeller, citado por Batista Mondin, chega a afirmar que “na filosofia antiga falta até mesmo o termo para exprimir a personalidade”, já que o termo “persona” deriva do latim.

O conceito de pessoa como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o cristianismo, com a chamada filosofia patrística, que foi depois desenvolvida pelos escolásticos. A proclamação do valor distinto da pessoa humana teria como consequência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem. Reconheceu-se que, na vida social, o homem não se confunde com a vida do Estado. Isso veio provocar um deslocamento do direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, na busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.

Para Kant¹, na sua investigação sobre o verdadeiro núcleo da teoria do conhecimento, o sujeito torna-se o elemento decisivo na elaboração do conhecimento. Propôs, assim, uma mudança de método no ato de conhecer, que ele mesmo denomina “revolução copernicana”. Ou seja, em vez de o sujeito cognoscente girar em torno dos objetos, são estes que giram em redor daquele. Não se trata mais, portanto, de que o nosso conhecimento deve amoldar-se aos objetos, mas que estes devem ajustar-se ao nosso conhecimento. Trata-se, como comenta Georges Pascal, de uma substituição, em teoria de conhecimento, de uma hipótese idealista a hipótese realista.

KANT, Immanuel. *Os princípios da metafísica prática*. São Paulo: [s.n.], 1981. p. 21.
ibidem.

Porém, o sujeito kantiano, o sujeito transcendental, a consciência enquanto tal, a razão universal é “uma estrutura vazia”, que, separada da sensibilidade, nada pode conhecer. O pensamento humano é, pois, dependente da sensibilidade. Segundo Manfredo A. de Oliveira, “a teoria é, para Kant, a dimensão da auto-alienação da razão”. Só através da práxis, a razão se libertará da auto-alienação na teoria, porquanto, no domínio da prática, a razão está a serviço de si mesma. Significa que não se podem procurar as normas do agir humano na experiência, pois isso significaria submeter o homem a outro homem. Assim, o que caracteriza o ser humano e o faz dotado de dignidade especial é o fato de que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo.

Segundo Kant², a razão prática possui primazia sobre a razão teórica. A moralidade significa a libertação do homem e o constitui como ser livre. Pertencemos, assim, pela práxis, ao reino dos fins, que faz da pessoa um ser de dignidade própria, em que tudo o mais tem significação relativa. “Só o homem não existe em função de outro e por isso pode levantar a pretensão de ser

¹ KANT, Immanuel. *Os imortais do pensamento universal*. São Paulo: [s.n.], 1981. p. 21.

² *Ibidem.*

respeitado como algo que tem sentido em si mesmo”. No pensamento de Kant, o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo. E, justamente por isso, tem dignidade, é pessoa.

A Bíblia Sagrada³, no livro de Gênesis, conta a história da origem do homem. Depois do caos, a força poderosa da natureza, que nós chamamos de Deus, ordenou: “Façamos o homem à nossa imagem e semelhança”. Em seguida, “colocou-o no jardim do Éden para cultivar e guardar, dando toda liberdade, mas proibindo de comer da árvore do conhecimento do bem e do mal”. Assim, captamos, na doutrina cristã, o passo inicial para a edificação de uma idéia de sujeito como pessoa e, portanto, mensageiro de especial dignidade. As Escrituras Sagradas revelam no homem a imagem e semelhança do próprio Deus. E isso nos concede a liberdade e inteligência, distinguindo-nos dos demais seres que compõem a natureza.

Biologicamente, na linha do cientificismo, o feto é um embrião humano, uma criatura animada, enquanto permanece no ventre materno, completando a evolução que possibilitará sua vinda à luz. Mas a pessoa natural, o homem fisicamente considerado, é um animal e, ainda, como tal, não seria um ente jurídico. A personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. Explica a doutrina civilista: “Sendo a pessoa natural sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade. A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que se estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade”⁴.

É tanto que, nos termos do art. 2º do Código Civil, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A doutrina que melhor discorre sobre a personalidade da pessoa na lei civil afigura-se nos ensinamentos de Miguel Reale Jr.⁵:

O novo Código Civil começa proclamando a idéia de pessoa e os direitos da personalidade. Não define o que seja pessoa, que é o indivíduo na sua dimensão ética, enquanto é e enquanto deve ser. A pessoa é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal

³Bíblia Sagrada. Gênesis 1: 20-20; 2:15-17.

⁴DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵REALE JR., Miguel. Os direitos da personalidade. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 10 nov.2006.

fundamento do ordenamento jurídico; os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais, como bem soube ver Ives Gandra da Silva Martins. O importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos. É em razão do que representa nosso corpo que é defeso o ato de dele dispor, salvo por exigência médica, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, salvo para fins de transplante. Estatui o Código Civil que é válida, com o objetivo científico, ou altruísta, a disposição gratuita do próprio corpo, para, depois da morte, ninguém podendo ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Eis aí os mandamentos que estão liminarmente na base dos atos humanos, como garantia principal de nossa corporeidade, em princípio intocável. Vem, em seguida, a proteção ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome, não sendo admissível o emprego por outrem do nome da pessoa em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. É o mesmo motivo pelo qual, sem autorização, é proibido o uso do nome alheio em propaganda comercial. São esses os que podemos denominar direitos personalíssimos da pessoa, assim como a inviolabilidade à vida privada da pessoa natural, devendo o juiz, a requerimento do interessado, adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Nada mais acrescenta o Código nem poderia enumerar os direitos da personalidade, que se espraiam por todo o ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal que, logo no artigo 1º, declara serem fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Enquanto titular desses direitos básicos, a pessoa deles tem garantia especial, o que se dá também com o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, e outros mais que figuram nos arts. 5º e 6º da Carta Magna, desde que constituam faculdades sem as quais a pessoa humana seria inconcebível.

3 Cidadão e cidadania

O cidadão caracteriza-se quando está no gozo dos direitos civis e políticos. A preocupação com o reconhecimento e a efetivação plena da cidadania constitui uma das aspirações supremas do nosso tempo. A cidadania trata de afirmar que todos os seres humanos têm dignidade. Esta se expressa, individual e coletivamente, através de valores como a liberdade, a justiça, a igualdade, a solidariedade, a cooperação, a tolerância, a paz, etc. Estes são elementos cruciais para definir o que chamamos cidadania.

A cidadania expressa, além do mais, a consciência sobre os deveres e os

direitos de cada um e de todos. Implica uma vontade permanente de aperfeiçoar, propiciando uma religação do ser humano com o sentido de comunidade, partilha, participação e solidariedade. É uma qualidade de cidadão, isto é, daquele que está em pleno gozo dos seus direitos civis e políticos outorgados ou assegurados pela Constituição.

Cidadania é um processo que começou nos primórdios da humanidade, não sendo algo pronto, acabado. Ela se efetiva num processo de conhecimento e conquista dos direitos humanos. A sua existência pressupõe não somente a reivindicação de direitos, mas também a própria identificação de deveres individuais e coletivos. Inúmeros são os direitos que deveriam ser naturais a todo ser humano: o direito à vida, à igualdade, à liberdade etc., independentemente de cor, raça, sexo, religião ou nacionalidade.

Ser cidadão significa ser nascido ou naturalizado num Estado e estar sujeito a direitos e deveres desse mesmo Estado. Cidadão é, pois, aquele que está apto a participar da vida em sociedade. Ser cidadão é participar das decisões da sociedade e melhorar sua vida e a de outras pessoas, especialmente das pessoas que mais necessitam. É respeitar as minorias, extirpar o preconceito, eliminar a discriminação e construir uma sociedade de respeito à liberdade individual.

A cidadania consiste no gesto de não jogar papel na rua, não pichar os muros, respeitar os sinais e placas, respeitar os mais velhos (assim como todas as outras pessoas), não destruir telefones e bens públicos. Consiste ainda em saber agradecer, pedir desculpas, usar as expressões, “por favor” e “bom dia”. É também combater o abandono e a exclusão das pessoas necessitadas; defender o direito das crianças carentes e colaborar para a solução de outros grandes problemas que enfrentamos em nosso país. É pedir desculpa quando errar e corrigir-se para não errar novamente. É ter civilidade, é ser educado.

No âmbito político, a cidadania é a filha obediente da democracia. Ensina Afonso Arinos de Melo Franco⁶ a respeito da cidadania: “Entre as noções de soberania e de representação, introduz-se, logicamente, a de cidadania, ou seja, a de capacidade para o exercício dos direitos políticos, como processo de transformação do poder soberano em poder representativo”. No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷ arremata:

A cidadania, em sentido estrito, é o status de nacional acrescido dos direitos políticos, isto é, poder participar do processo governamental, sobretudo pelo voto. A nacionalidade, no direito brasileiro, é

⁶FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 112, 2 v.

⁷FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 99.

condição necessária, mas não suficiente de cidadania. A cidadania é um status ligado ao regime político. Assim, é correto incluir os direitos típicos do cidadão entre aqueles associados ao regime político, em particular, entre os ligados à democracia.

O valor moral da dignidade da pessoa humana foi consagrado como princípio constitucional na Declaração de Direitos de Virgínia, que precedeu a Constituição norte-americana de 1787, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que resultou da Revolução Francesa. Neste aspecto, ambos os documentos se fundamentavam nas doutrinas de Locke, Montesquieu e Rousseau, influenciadas pela noção humanista de reserva da integridade e da potencialidade do indivíduo.

A Constituição Brasileira de 1988, já no seu preâmbulo, acentua o caráter político do Estado instituído em termos de “Estado Democrático”. Busca criar uma sociedade caracterizada como “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias”. Como valores supremos da sociedade, são destacados “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. Cabe, portanto, ao Estado assegurá-los, bem como garantir o exercício dos direitos sociais e individuais. Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁸ explica os paradigmas do preâmbulo da Constituição, à luz de um raciocínio prático e objetivo:

Tomemos o elenco de valores. Pelo seu enunciado, aparece, pela ordem, a liberdade como o primeiro deles. O valor “liberdade” integra a personalidade como seu contorno essencial, de início no sentido positivo da criatividade, de expansão do próprio ser da pessoa, da capacidade de inovar e, em seguida, num sentido de não ser impedido; no sentido positivo, a liberdade tem relação com a realização do homem, com sua participação na construção política, social, econômica e cultural da sociedade; no sentido negativo, refere-se à autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso, de não submeter-se à vontade dos outros. Pela ordem, a liberdade é seguida da segurança, que, como valor, tem a ver com os destinatários da ordem jurídica. Significa exigência de tratamento uniforme dos endereçados. Exige, pois, que todos, nas mesmas condições, tenham o mesmo tratamento. Segurança exclui, portanto, tratamentos arbitrários, ou seja, não só os que não são uniformes, mas também os que ocorrem à margem do direito. Num primeiro momento, enquanto valor tipicamente liberal, a segurança exige a

⁸FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito e cidadania na Constituição*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 nov.2006.

submissão do Estado à lei da qual é também o guardião. O sentido legítimo da segurança exige a organização legal do Estado como ordem normativa, limites claros de sua atuação como instituição. Mas, numa extensão mais ampla, configura não apenas a repulsa ao tratamento arbitrário do Estado contra o cidadão, mas a de cidadão contra cidadão, sugerindo uma forte dimensão social. Como valor amplo alcança, também, as arbitrariedades decorrentes de situações legalmente conformes, mas socialmente injustas que são, então, juridicamente repelidas pela sua inclusão, no artigo 6º, como um direito social.

A Constituição incluiu expressamente a cidadania entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito de que se constitui a República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º, inciso II). O princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana, e a pessoa humana pressupõe, acima de tudo, uma condição objetiva: a vida. De fato, sem vida, não há pessoa, e sem pessoa não há dignidade. Embora a vida esteja relacionada a qualquer espécie de ser que habita a natureza, fundamentando a tutela holística ao direito ambiental e ao direito dos animais, ninguém pode negar que a vida humana deve merecer atenção especial do direito.

Dignidade humana é um dos fundamentos da ordem constitucional, portanto, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Este princípio não é fácil de ser compreendido, muito difícil de ser vivido, mas possível de ser praticado. Basta somente querer. Nas palavras de Jorge Miranda⁹, compreender, nos dias atuais, o que é o princípio da dignidade da pessoa humana é ter como premissa que o ser humano, como fim de tudo, é um ente real, cujas necessidades mínimas concretas não podem estar sujeitas aos modelos abstratos tradicionais. Acrescenta o citado autor:

Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Em todo o homem e em toda a mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.

Acerca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, José Cláudio Monteiro de Brito Filho¹⁰, cuidando da questão da

⁹MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: [s.n.], 1988. 2 v.

¹⁰BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho com redução à condição análoga de escravo e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br>>. Acesso em: 10 nov.2006.

redução do homem à condição análoga de escravo em matéria de relações de trabalho, acentua:

É que não se pode falar em dignidade da pessoa humana se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar em dignidade sem direito à saúde, ao trabalho, enfim, sem o direito de participar da vida em sociedade com um mínimo de condições? Dar trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade. Quando se fala em trabalho em que há a redução do homem à condição análoga a de escravo, dessa feita, é imperioso considerar que foi violado o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há trabalho decente se o homem é reduzido a essa condição, como entende, com perfeição, a OIT. O controle abusivo de um ser humano sobre outro é antítese do trabalho decente.

Fábio Konder Comparato¹¹, tratando do atualíssimo tema da clonagem de seres humanos, e ainda fulcrado no preceito kantiano de que o ser humano jamais deve ser considerado como coisa, também ressalta a necessidade de se atualizar a concepção de dignidade da pessoa humana:

Que pensar disso tudo, à luz do princípio supremo do respeito à dignidade humana em qualquer circunstância? Em tese, a única prática aceitável, sob o aspecto ético, parece ser a de clonagem humana para fins terapêuticos (por exemplo, tratamento de doenças neurodegenerativas, como o mal de Parkinson, ou o de Alzheimer), no próprio sujeito cujas células foram clonadas. Todas as outras práticas de fecundação artificial ou de engenharia genética violam, claramente, o princípio kantiano de que a pessoa humana não pode nunca ser utilizada como simples meio para a obtenção de uma finalidade alheia, pois ela deve sempre ser tida como um fim em si.

4 Aspecto jurídico da dignidade humana

A dignidade situa o ser humano no centro de todo o ordenamento jurídico. Torna-o protagonista, tanto no âmbito do direito público como na esfera do direito privado, repelindo qualquer atentado proveniente de outras pessoas e dos poderes públicos. Nesse diapasão, afirma Alexandre de Moraes¹²:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹² MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129.

pretensão de respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Esse alcance do conceito da dignidade humana foi um processo de conquista ao longo da história da humanidade; foi resultado de uma luta permanente que teve início com o homem da caverna e chegou ao cume com o homem da contemporaneidade, até ser consolidado como um princípio fundamental. Numa visão resumida afirma Nelson Rosenvald¹³:

A consolidação da noção de dignidade como mola mestra de todo o ordenamento resultou de desastrosas intervenções do Estado sobre a liberdade e a integridade corporal do ser humano, a ponto de alcançar o genocídio como o crime contra a humanidade. A visão de direitos humanos como o direito a ter direitos é desafiada quando o Estado recusa a condição humana da diversidade e discrimina grupos, raças e etnias. Muitas vidas custaram para a inserção da dignidade nas legislações contemporâneas.

É por isso que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação às atrocidades que, infelizmente, marcaram a experiência humana. Essas experiências históricas resultaram, cabalmente, na aniquilação do ser humano, por exemplo, a inquisição, a escravatura, o nazismo, o fascismo, o stalinismo, os genocídios éticos. Sobre a matéria, afirma Rizzatto Nunes¹⁴:

A dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência. Mas, acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha - ou tem o direito de ganhar - um acréscimo de dignidade. Ele nasce com a integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento, em que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento - isto é, sua liberdade, sua imagem, sua intimidade, sua consciência - religiosa, científica, espiritual etc. de tudo compõe a dignidade.

A história dos direitos humanos no Brasil está vinculada, de forma direta, com a história das constituições brasileiras. Portanto, para falarmos a

¹³ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13-14.

¹⁴ NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

respeito deste assunto, abordaremos, resumidamente, a história das várias constituições do Brasil e a importância que elas deram aos direitos humanos. A primeira constituição brasileira já surgiu provocando o repúdio de inúmeras pessoas. A Constituição Imperial de 1824 foi outorgada após a dissolução da Assembléia Constituinte. Por essa razão, houve protestos em vários Estados brasileiros, como Pernambuco, Bahia, Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte.

Essas reivindicações de liberdade culminaram com a consagração dos direitos humanos pela Constituição Imperial. Apesar de autoritária (por concentrar uma grande soma de poderes nas mãos do imperador, o denominado poder moderador), revelou-se liberal no reconhecimento de determinados direitos. O primeiro alvo normativo da Constituição Imperial brasileira de 1824 foi a inviolabilidade dos direitos civis e políticos. Estes se baseavam na liberdade, na segurança individual e, como não poderia deixar de ser, na propriedade (valor, de certa forma, questionável).

No dia 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a primeira Constituição Republicana. Tinha como objetivo, segundo Herkenhoff¹⁵, “corporificar juridicamente o regime republicano instituído com a Revolução que derrubou a coroa”. Foi essa Constituição que instituiu o sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República. No entanto, o seu contexto estabeleceu também que os mendigos, os analfabetos, os religiosos, entre outras categorias, não poderiam exercer esses direitos políticos. Em contrapartida, ela aboliu a exigência de renda como critério para o exercício dos direitos políticos.

O sufrágio direto estabelecido pela Constituição de 1891 não modificou as regras de distribuição do poder. Isso porque a prioridade da força econômica nas mãos dos fazendeiros e o estabelecimento do voto aberto contribuíram para que estes pudessem manipular os mais fracos economicamente, de acordo com seus interesses políticos. Embora de forma embrionária, podemos afirmar que a primeira Constituição Republicana ampliou os direitos humanos, além de manter os direitos já consagrados pela Constituição Imperial. No ano de 1926, com a reforma constitucional, procurou-se, em primeiro lugar, conter os abusos praticados pela União, com as intervenções federais nos Estados. Entretanto, a reforma não veio atender, de forma plena, as exigências daqueles que entendiam que a Constituição de 1891 não se mostrava adequada à real instauração de um regime republicano no Brasil.

¹⁵ HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos: a construção universal de uma utopia*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 76.

A Revolução de 1930 provocou um total desrespeito aos direitos humanos, que foram praticamente esquecidos. O Congresso Nacional e as Câmaras Municipais foram dissolvidos. A magistratura perdeu suas garantias, suspenderam-se as franquias constitucionais e o habeas corpus ficou restrito a réus ou acusados em processos de crimes comuns. Não foram poucos os que se rebelaram contra essa “prepotência”, culminando com a Revolução Constitucionalista de 1932. Como resultado, o governo provisório nomeou uma comissão para elaborar um projeto de Constituição. Essa comissão, por reunir-se no Palácio do Itamaraty, recebeu o nome pejorativo de “a comissão do Itamaraty”.

A participação popular ficou reduzida, em razão da censura à imprensa. Apesar da existência de censura, a Constituição de 1934 estabeleceu algumas franquias liberais, como, por exemplo: determinou que a lei não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; vedou a pena de caráter perpétuo; proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas; criou a assistência judiciária para os necessitados (assistência esta que, ainda hoje, não é observada por grande parte dos Estados-membros brasileiros); instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão ou detenção ao juiz competente para que a relaxasse, se ilegal, promovendo a responsabilidade da autoridade coatora, além de estabelecer várias outras franquias.

Além dessas garantias individuais, a Constituição de 1934 inovou, ao estatuir normas de proteção social ao trabalhador, tais como: proibiu a diferença de salário para um mesmo trabalho, em razão de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; proibiu o trabalho para menores de 14 anos de idade, o trabalho noturno para menores de 16 anos e o trabalho insalubre para menores de 18 anos e para mulheres; estipulou um salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador; instituiu o repouso semanal remunerado e a limitação de trabalho a oito horas diárias que só poderiam ser prorrogadas nos casos legalmente previstos, além de inúmeras outras garantias sociais do trabalhador.

A Constituição de 1934 não esqueceu os direitos culturais. Tratava-se de uma Constituição que tinha como objetivo primordial o bem-estar geral. Quando instituiu a Justiça Eleitoral e o voto secreto, essa Constituição abriu os horizontes do constitucionalismo brasileiro, como lembra João Batista Herkenhoff¹⁶, para os direitos econômicos, sociais e culturais. Além disso, estabeleceu o respeito aos direitos humanos. Vigorou pouco mais de três anos, até a instalação do chamado “Estado Novo”, em 10 de Novembro de 1937, que introduziu o autoritarismo no Brasil.

¹⁶HERKENHOFF, João Batista. Op. cit., p. 77.

Na vigência do “Estado Novo”, foram criados os tão polêmicos tribunais de exceção, que tinham competência para julgar os crimes contra a segurança do Estado. Além disso, foi declarado estado de emergência no país, ficaram suspensas quase todas as liberdades a que o ser humano tem direito, dentre elas, a liberdade de ir e vir, o sigilo de correspondência (uma vez que as cartas eram violadas e censuradas) e de todos os outros meios de comunicação, fossem orais ou escritos, a liberdade de reunião etc. Os direitos humanos deixaram de ser respeitados durante os quase oito anos em que vigorou o “Estado Novo”.

Com a Constituição de 1946, o país foi redemocratizado, já que essa Constituição restaurou os direitos e garantias individuais, sendo estes, até mesmo ampliados. Restaurou também os direitos sociais. De acordo com esses direitos, foi proibido o trabalho noturno a menores de 18 anos, estabeleceu-se o direito de greve, foi estipulado o salário mínimo capaz de atender às necessidades do trabalhador e de sua família, dentre outros direitos. Os direitos culturais também foram ampliados. Essa Constituição vigorou até o surgimento da Constituição de 1967. Todavia, sofreu várias emendas e teve inúmeros artigos suspensos por força dos atos institucionais de 9 de abril de 1964 e de 27 de outubro de 1965, por força do golpe, autodenominado “Revolução de 31 de março de 1964”. Apesar da ocorrência de todas essas mazelas, podemos afirmar que, durante os quase dezoito anos de vigência, a Constituição de 1946 garantiu os direitos humanos.

A Constituição de 1967, porém, trouxe inúmeros retrocessos, suprimindo a liberdade de publicação, tornando restrito o direito de reunião, estabelecendo foro militar para os civis, mantendo todas as punições e arbitrariedades decretadas pelos atos institucionais. Teoricamente, a Constituição determinava o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. Porém, na prática, tal preceito não existia, pois era letra morta, com a implantação do regime de tortura. No que dizia respeito aos demais direitos, os retrocessos continuaram: a Constituição reduziu a idade mínima de permissão ao trabalho para 12 anos; restringiu o direito de greve; acabou com a proibição de diferença de salários, por motivos de idade e de nacionalidade; restringiu a liberdade de opinião e de expressão; recuou no campo dos chamados direitos sociais etc.

Essa Constituição vigorou, formalmente, até 17 de outubro de 1969. Porém, na prática, vigorou apenas até 13 de dezembro de 1968, quando foi baixado o mais terrível ato institucional, o que mais desrespeitou os direitos humanos no país, provocando a revolta e o medo de toda a população, acarretando a ruína da Constituição de 1967. O AI-5 trouxe de volta todos os poderes

discricionários do Presidente da República estabelecidos pelo AI-2. Além disso, ampliou as arbitrariedades, dando ao governo a prerrogativa de confiscar bens. Suspendeu, inclusive, o habeas corpus nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Foi um período de arbitrariedades e corrupções. A tortura e os assassinatos políticos foram praticados de forma bárbara, com a garantia do silêncio da imprensa, que se encontrava praticamente amordaçada, e as determinações e “proteções legais” do AI-5. Na verdade, a Constituição de 1969 somente começou a vigorar, com a queda do AI-5, no ano de 1978. A Constituição de 1969 retroagiu, ainda mais, quando foram incorporadas ao seu texto legal as medidas autoritárias dos atos institucionais.

A lei da anistia, promulgada em 1979, não aconteceu da forma como era esperada, já que anistiou, em nome do regime, até mesmo criminosos e torturadores. Apesar disso, não podemos negar que representou uma grande conquista do povo brasileiro. Para João Batista Herkenhoff¹⁷, a luta pela anistia representou “uma das páginas de maior grandeza moral escrita na História contemporânea do Brasil”, juntamente com a convocação, a instalação e o funcionamento de uma Assembléia Nacional Constituinte.

5 Dignidade e Constituição cidadã

A Constituição de 1988 veio para proteger, talvez tardiamente, os direitos do homem. Tardiamente, porque isso poderia ter se efetivado na Constituição de 1946. Tratava-se de uma Constituição eminentemente democrática, mas, logo em seguida, foi derrubada, com a ditadura instaurada no país. Ulisses Guimarães afirmava que a Constituição de 1988 era uma “Constituição cidadã”, ao estabelecer que o homem tem uma dignidade. Mas essa dignidade precisa ser resgatada, para expressar-se, politicamente, como cidadania.

A Constituição de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de redemocratização do Estado brasileiro, a consolidar a ruptura com o regime autoritário instalado em 1964. O regime militar foi caracterizado pela supressão de direitos constitucionais, pela hipertrofia do Poder Executivo em relação aos demais Poderes e pelo centralismo federativo na União, em detrimento da autonomia dos Estados. As Forças Armadas passaram a exercer controle direto das principais funções governamentais, consolidando a fusão entre os militares e o poder.

¹⁷ HERKENHOFF, João Batista. Op. cit., p. 88.

Após o longo período de vinte e um anos de autoritarismo militar, que perdurou de 1964 a 1985, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Esse processo iniciou-se, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário, em face de dificuldades encontradas para solucionar problemas internos. Com isso, os segmentos de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas.

A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sob as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo ordenamento jurídico, que refizesse o pacto político-social. Esse processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional. Nascia assim a Constituição de 05 de outubro de 1988. A nova Carta Magna pode ser considerada como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduziu indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, situando-se a Constituição de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.

O direito à dignidade da pessoa humana vem tratado na Constituição de 1988, já no preâmbulo, quando este fala da inviolabilidade à liberdade. É retomado no art. 1º, com os fundamentos da República e, ainda, no inciso III (a dignidade da pessoa humana), e mais adiante, no art. 5º, quando fala da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à igualdade. Mas o que significa essa dignidade? Significa que o homem não pode ser tratado como um animal qualquer, pois ele tem a sua individualidade. Tem uma essência, que é própria dele. Cada indivíduo é totalmente diferente de outro e o que nos identifica é essa essência de ser pessoa. A única coisa capaz de garantir a dignidade da pessoa humana é a justiça! A dignidade é um valor supremo. O homem é digno, pelo simples fato de ser racional, o que o diferencia dos outros animais. A dignidade é, portanto, um valor fundamental.

Flávia Piovesan¹⁸ ensina que “a ordem constitucional de 1988 apresenta um duplo valor simbólico, ela é o marco jurídico da transição democrática, bem como da institucionalização dos direitos humanos no país. A Carta de 1988 representa a ruptura jurídica com o regime militar autoritário que se

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max, 2003. p. 206.

estabeleceu no Brasil de 1964 a 1985”. Com a Constituição de 1988, houve uma espécie de “redefinição do Estado brasileiro”, bem como dos direitos fundamentais do cidadão. Quando lemos os dispositivos constitucionais, podemos deduzir o quanto foi acentuada a preocupação do legislador em garantir a dignidade, o respeito e o bem-estar da pessoa humana, de modo a se alcançar a paz e a justiça social.

Logo no seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. No entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito. Como se observa, a Constituição de 1988 consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, nos seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º), princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito com os direitos fundamentais. Evidencia-se que os direitos fundamentais são os elementos básicos para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora. A esse respeito, afirma Jorge Miranda¹⁹: “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no art. 3º da Carta de 1988. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva²⁰: “É a primeira vez que uma Constituição assegura, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: [s. n.], 1988. 4 v. p. 166.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 94.

eles uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.

6 O poder político afastado do cidadão

O poder no Brasil sempre se estruturou à margem do cidadão. Na verdade, não é que o povo seja marginal ao poder estatal brasileiro. Este é que nunca quis “se misturar” com o povo e fez a sua própria história à margem da sociedade. Planos, projetos, órgãos estatais nada funciona em termos de direitos fundamentais. O poder público no Brasil tem sido, tradicional e infelizmente, muito pouco público, muito pouco do povo. Ele é exercido não pelo povo ou em seu nome e interesse, mas por uns poucos grupos que o dominam desde os primórdios, em seu nome e em seu próprio e único interesse.

Desde o “descobrimento” do Brasil (que não estava, aliás, “encoberto”), o país foi colonizado por um poder exercido no interesse do colonizador, cujo grupo compunha o núcleo do comando, que os portões dos palácios não sabem daqueles que não têm teto. Quem joga caviar fora não pode imaginar a fome dos que não têm sequer um naco de pão velho para se alimentar. Quem pisa em tapetes persas custa a saber do embate dos que lutam por um pedaço de chão onde pisar sem medo e sem se esconder. Nesse aspecto, afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha²¹:

O fantástico descompasso entre uma Constituição, contra a qual alguns insurgem ao argumento exatamente de que reconhece e “assegura direito demais” e uma sociedade na qual se reconhecem violações constantes e gravíssimas dos direitos humanos tem causas diversas e uma história comum: a história de um Estado no qual o autoritarismo dominou e continua a porjar nas mais diferentes estruturas do poder. Do “guarda da esquina” ao ocupante do mais alto cargo político da organização, a distância do cidadão comum e a condição de um poder sem controle e acima de tudo – inclusive do direito – todos os quadrantes da organização social e política brasileira são tocados por um arbítrio que não conhece ou faz por desconhecer os limites negativos e positivos que os direitos fundamentais do homem impõem. Mudam-se as leis, mas quem as cumpre e tem nas veias – de seu próprio corpo e dos corpos e órgãos de que participam – o mesmo sangue com que se alimentavam antes do seu advento. As estruturas autoritárias não mudam. Sem o conhecimento e a certeza de seus direitos, as pessoas –

²¹ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos humanos*. Disponível em: <www.cjf.gov.br>. Acesso em: 10 out.2006.

especialmente aquelas de classes sociais mais pobres – desconfi am mais que confiam nos seus direitos fundamentais, os quais, aliás, consideram mais favor quando se lhes reconhecem as prerrogativas que lhes são devidas. A lerdeza das instituições e dos institutos em assegurar ao cidadão punição dos que ameaçam ou violam direitos torna-o perigosamente cúmplice pelo silêncio com que prefere se haver quanto atingido.

Dentre os chamados direitos humanos fundamentais, encontram previsão legal, nos arts. 1º e 55 da Carta das Nações Unidas, os princípios da autodeterminação dos povos, da não discriminação e da promoção da igualdade. De acordo com o princípio da autodeterminação dos povos, o direito dos povos à livre determinação é um requisito prévio para o exercício de todos os direitos humanos fundamentais.

O princípio da não discriminação, por sua vez, determina que o pleno exercício de todos os direitos e garantias fundamentais pertence a todas as pessoas, independentemente de raça, sexo, cor, condição social, genealogia, credo, convicção política, filosófica ou qualquer outro elemento arbitrariamente diferenciador. Segundo esclarece Flávia Piovesan²², “discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil, ou em qualquer outro campo. Logo, discriminação significa sempre desigualdade”.

Conforme determina a Declaração Universal dos Direitos Humanos, qualquer espécie de discriminação deve ser eliminada, de modo a assegurar a todos os seres humanos o pleno exercício de seus direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Nossa Magna Carta, em seu art. 5º, inciso XLI, determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Dessa forma, havendo injustificada diferenciação no tratamento entre os indivíduos, estará caracterizada a discriminação. No entanto, não basta apenas não discriminar; é preciso, também, criar normas que possibilitem a esses grupos, já tão marginalizados, sua inclusão no contexto social do país, por meio da participação em instituições públicas ou privadas, a fim de garantir a verdadeira e completa implementação do direito à igualdade.

Com relação a esse assunto, Flávia Piovesan²³ enfatiza: “Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão – exclusão.

²²PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 210.

²³Ibidem.

Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação”.

Linete Adma de Oliveira²⁴ relaciona os vários tipos de exclusão social, enfatizando que, quando nós pensamos na palavra “exclusão”, logo nos vem à mente sua relação com pobreza, ou a posse ou não de riquezas. Num contexto de globalização, revolução tecnológica e alteração no papel do Estado, que está deixando de lado as garantias sociais, o surgimento de um sentimento de exclusão de um indivíduo, a partir da comparação entre o que ele tem em relação aos demais indivíduos, independente da satisfação de suas necessidades básicas.

A exclusão é resultado da relação entre pessoas que têm o domínio do sistema de escrita e que, quando querem ser hegemônicas, aproveitam-se daquelas que sabem menos. Embora as transformações atuais apontem a exclusão como voltada a valores econômicos, é necessário entendê-la e percebê-la nas mais variadas espécies ou categorias. Assim, ela nem sempre envolve o valor material, mas o valor social, mais notadamente cultural. A citada autora aponta os seguintes tipos de exclusão:

Exclusão pela localidade: pessoas que moram na periferia, ou os sem-terra e sem-teto. Exclusão pela concentração de renda: os pobres são excluídos pela exploração de sua força de trabalho. Ele pode trabalhar por dez horas e ser remunerado como se tivesse trabalhado duas horas. Exclusão cultural: a raça e os valores étnicos dos índios e negros sofrem exclusão de outros povos tidos como raça pura, porque queremos que o outro aceite e se insira na sua cultura. Exclusão de gênero: estatísticas mostram que a mulher ainda é discriminada, porque, numa visão machista, é apontada para dar carinho ao marido e aos filhos. Exclusão pela formalidade: consideramos as pessoas loucas, esquisitas. Tememos o deficiente, porque ele geralmente é pobre e feio e tememos a concorrência deles. Exclusão pela religião: acontece quando não aceitamos a crença do outro. Exclusão política: todo político é visto pela sociedade como marginal, porque pensa politicamente diferente. Exclusão pelos anos de vida: o idoso é excluído porque é considerado como um inútil, que não serve para mais nada, a não ser para provocar apenas gastos; a criança é excluída porque não tem nada a oferecer pela sua imaturidade.

²⁴ OLIVEIRA Linete Adma de. *Reflexões sobre desigualdade, exclusão e analfabetismo*. Disponível em: <<http://www.uepg.br>>. Acesso em: 10 nov.2006.

7 Cidadania e inclusão social

A cidadania é uma ação em prol da construção social. A prática da cidadania nasce da consciência dos direitos e deveres; é a prática de quem está ajudando a construir valores que contribuam para o aumento dos níveis de liberdade do ser humano. No Brasil, a cidadania expressase fundamentalmente na luta contra a exclusão social, contra a miséria. É a mobilização concreta pela promoção da vida e pela construção de estruturas voltadas para o bem-estar social da maioria. É querer mudar a realidade a partir da ação com os outros, da elaboração de propostas, da crítica, da solidariedade e da indignação com o que ocorre entre nós. Cidadania é, portanto, o direito a ter direitos e o de assumir deveres sociais. Afirma João Luis Correia Júnior²⁵ sobre cidadania:

Como percebemos, humanismo e cidadania são como que duas faces da mesma moeda. Ações humanistas constroem a cidadania na medida em que possibilitam ao ser humano a realização mais plena possível de sua dignidade, dentro da convivência social baseada na solidariedade e no compromisso com a promoção da vida. Na sua tarefa social de propiciar a igualdade, a integridade, a liberdade, os direitos e deveres humanos, a cidadania é uma prática humanista, o elemento fundamental para o crescimento de todo ser humano que busca sentido para a vida.

A cidadania democrática pressupõe a igualdade diante da lei, a igualdade da participação política e a igualdade de condições sócioeconômicas básicas, para garantir a dignidade humana. Essa terceira espécie de igualdade é crucial, pois exige uma meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela correta implementação de políticas públicas, de programas de ação do Estado. É aqui que se afirma, como necessidade imperiosa, a organização popular para a legítima pressão sobre os poderes públicos. A cidadania ativa pode ser exercida de diversas maneiras: nas associações de base e movimentos sociais, nos processos decisórios na esfera pública, como nos conselhos comunitários, no orçamento participativo, na iniciativa legislativa, nas consultas populares, etc.

É importante deixar claro que a participação cidadã em entidades da sociedade civil não significa aceitar a diminuição do papel do Estado. Este continua sendo o grande responsável pelo desenvolvimento nacional, com a garantia efetiva dos direitos dos cidadãos. O êxito eventual de algumas parceri-

²⁵ CORREIA Jr., João Luis. *Humanismo e cidadania*. Disponível em: <www.unicap.br>. Acesso em: 10 nov.2006.

as ou de obras do chamado “terceiro setor” não pode obscurecer essa realidade. É dos poderes públicos que devem ser cobradas, por exemplo, as novas propostas de cidadania social, como os programas de renda mínima, de bolsa-escola, de banco do povo, de polícia comunitária, de saúde pública, de política agrária etc. Estes programas devem ter por objetivo melhorar a vida do povo e não como mecanismo de projeção pessoal e mesquinha política. A esse respeito, Maria Victoria de Mesquita Benevides²⁶ argumenta:

A expansão da cidadania social implica, além de uma ação efetiva dos poderes públicos e da pressão popular, um tipo de mudança cultural, no sentido de mexer com o que está mais enraizado nas mentalidades marcadas por preconceitos, por discriminação, pela não aceitação dos direitos de todos, pela não aceitação da diferença. Trata-se, portanto, de uma mudança cultural especialmente importante no Brasil, pois implica a derrocada de valores e costumes arraigados entre nós, decorrentes de vários fatores historicamente definidos: nosso longo período de escravidão, que significou exatamente a violação de todos os princípios de respeito à dignidade da pessoa humana, a começar pelo direito à vida; nossa política oligárquica e patrimonial; nosso sistema de ensino autoritário, elitista, e com uma preocupação muito mais voltada para a moral privada do que para a ética pública; nossa complacência com a corrupção dos governantes e das elites, assim como em relação aos privilégios concedidos aos cidadãos ditos de primeira classe ou acima de qualquer suspeita; nosso descaso com a violência, quando ela é exercida exclusivamente contra os pobres e os socialmente discriminados; nossas práticas religiosas essencialmente ligadas ao valor da caridade em detrimento do valor da justiça; nosso sistema familiar patriarcal e machista; nossa sociedade racista e preconceituosa contra todos os considerados diferentes; nosso desinteresse pela participação cidadã e pelo associativismo solidário; nosso individualismo consumista, decorrente de uma falsa idéia de “modernidade”.

8 Solidariedade e dignidade humana

O momento é de reconstrução da solidariedade humana. O discurso solidarista deve ser resgatado. Mas não podemos pensar que o enfrentamento teórico e prático do quadro atual de crise se resolva por um simples retorno ao discurso solidarista. Devemos compreender que a crise atual pressupõe a reconstrução da solidariedade. Essa reconstrução passa por uma concepção de sociedade que seja capaz de vislumbrar uma unidade, levando em conta a

²⁶ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A questão social no Brasil*. Disponível em: <www.hottpos.com>. Acesso em: 10 nov.2006.

pluralidade da solidariedade vivida e permitindo o encontro de uma auto-ética com uma ética comunitária. Isto nos remete a uma das questões fundamentais de reflexão sobre a sociedade contemporânea: Como articular o particular e o universal?

A ordem de reconstrução da solidariedade deve forjar uma unidade, levando em conta a complexidade da vida social. A solidariedade não pode deixar de partir das próprias práticas existentes na teia da solidariedade social. Não pode deixar de abrir caminho para a criação de um espaço social intermediário entre a autonomia pública e a autonomia privada, o Estado e a sociedade civil, o Estado e o mercado, o político e o econômico, o ideal e o empírico, o universal e o particular. Portanto, deve ser concebida como uma nova forma de solidariedade que estabelece relações de complementaridade. A reconstrução da solidariedade só acontecerá desde que se expresse nos planos político, ético, social, econômico e jurídico.

O Estado não é a única forma de vida coletiva. Não basta unicamente a intervenção do Estado para a reconstrução da solidariedade, porque esta não se realiza exclusivamente pela via do Estado. Ao lado do Estado socialmente ativo, a reconstrução da solidariedade pressupõe a existência de uma lógica de solidariedade realizada em todo o espaço da sociedade civil, capaz de assegurar aos grupos e aos indivíduos as condições para uma efetiva participação no processo social. A solidariedade, portanto, deve ser vista como uma prática alimentada pela própria complexidade social, que exige uma concepção aberta, flexível e pluralista, baseada cada vez mais na autonomização da sociedade civil, dos grupos sociais e também dos indivíduos. Estes não podem jamais ser vistos de maneira isolada, mas no quadro da trama de solidariedade existente na sociedade.

9 Considerações finais

Não podemos viver num mundo de sonhos e ilusões. Não queremos a teoria sobre cidadania e dignidade da pessoa humana exposta somente no âmbito do contexto normativo. Não queremos saber da existência de lei escrita por sonhadores. Almejamos o respeito concreto à cidadania, com a dignidade da pessoa humana existente não somente no momento do exercício da soberania popular. Queremos assegurar os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Política, que, por sua vez, estão atrelados ao art. 225. São normas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

desamparados. Garantem também o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, somando-se a isso o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra etc.

Numa concepção utópica, a primeira coisa que nos vem à mente é algo irrealizável, inatingível. De fato, se formos buscar o significado da palavra “utopia” nos nossos dicionários, iremos encontrar: “Projeto irrealizável; quimera”. Destarte, não é neste sentido que utilizamos a palavra “utopia”, neste trabalho. Nicola Abbagnano ensina que Thomas Moore deu o nome “utopia” a uma espécie de romance fi losófi co escrito em 1516 (*De optimo reipublicae statu de que nova insula Utopia*). Na obra, o autor relata as condições de vida em uma ilha desconhecida, que denominou Utopia. Nela teriam sido abolidas a propriedade privada e a intolerância religiosa. Foi por isso que tal termo passou a designar não apenas qualquer tentativa análoga, como também qualquer ideal político, social ou religioso, cuja realização seja difícil ou impossível.

Manheim considerou a “utopia”, como algo destinado a realizar-se, ao contrário da ideologia que não é passível de realização. Nesse sentido, a “utopia” seria o fundamento da renovação social. Acrescenta o autor: “Em geral, pode-se dizer que a utopia representa a correção ou a integração ideal de uma situação política, social ou religiosa existente. Como muitas vezes aconteceu, essa correção pode ficar no estágio de simples aspiração ou sonho genérico, resolvendo-se numa espécie de evasão da realidade vivida. Mas também pode tornar-se força de transformação da realidade, assumindo corpo e consistência suficientes para transformar-se na autêntica vontade inovadora e encontrar os meios da inovação. Em geral, essa palavra é considerada mais com referência à primeira possibilidade que à segunda”.

Em sua obra citada neste trabalho, João Baptista Herkenhoff esclarece que a palavra “utopia” deriva do grego, e significa “que não existe em nenhum lugar”. Para ele, a utopia é o contrário do mito, ou seja, utopia “é a representação daquilo que não existe ainda, mas que poderá existir se o homem lutar para sua concretização”. Acrescenta o autor dizendo que a utopia é a consciência antecipada do amanhã. “O mito ilude o homem e retarda a História. A utopia alimenta o projeto de luta e faz a História”. Herkenhoff vê o pensamento utópico como o grande motor das revoluções.

O pensamento utópico teve um importante papel no direito, uma vez que é através dele que encontramos os instrumentos necessários para construir o nosso direito. É o pensamento utópico que ilumina o caminho em prol do que é justo, já que não fica restrito às imposições legais, que nem sempre estão de

acordo com o que se entende por justiça. O pensamento utópico funciona como uma espécie de libertação das amarras que prendem o direito aos aspectos legais. Através da utopia, busca-se não o que diz a letra da lei, mas o que é justo. Lei e justiça não são palavras sinônimas, muito menos direito e lei. Essa distinção é proveniente, justamente, do pensamento utópico, que desvinculou o direito da lei, proclamando que, antes de tudo, direito é justiça. Através do direito, conforme o pensamento utópico, busca-se uma sociedade mais justa, fraterna, igualitária, onde os direitos das chamadas minorias sejam respeitados.

Referências

BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita. *A questão social no Brasil*. Disponível em: <http://www.hottpos.com.>>. Acesso em: 07 out.2006.

BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis* 1:20-20; 2:15-17.

BRITO Filho, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho com redução à condição análoga de escravo e dignidade da pessoa humana*. Disponível em: [<http://www.pgt.mpt.gov.br.>](http://www.pgt.mpt.gov.br.>). Acesso em: 08 out.2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREIA Jr., João Luis. *Humanismo e cidadania*. Disponível em: [<http://www.unicap.br.>](http://www.unicap.br.>). Acesso em: 10 nov.2006.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Direito e cidadania na constituição*. Disponível em: [<http://www.pge.sp.gov.br.>](http://www.pge.sp.gov.br.>). Acesso em: 10 nov.2006.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 2 t.

HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos: a construção universal da utopia*. São Paulo: Atlas, 2001.

KANT, Immanuel. *Os imortais do pensamento universal*. São Paulo: [s. n.], 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: [s. n.], 1998. 4 t.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Lenite Adma de. *Reflexões sobre dignidade, exclusão e analfabetismo*. Disponível em: <www.uepg.br>. Acesso em: 10 nov.2006.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max, 2003.

QUEIROZ, Victor Santos. *Comentário sobre a dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://miguelreale.com.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

ROCHA, Carmen Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para eficácia dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 10 out.2006.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRÍTICAS À DOUTRINA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Márcia Betânia Casado e Silva

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

A finalidade do direito penal é a proteção dos bens essenciais ao convívio social. Nas palavras de Luiz Regis Prado¹, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do direito penal radica na proteção dos bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. Por sua vez, Nilo Batista² aduz que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”.

O direito penal tem por objetivo tutelar os bens mais valiosos para a comunidade do ponto de vista político, porquanto os demais ramos do direito não possuem sanção suficiente para coibir e punir a prática de determinados atos. Fala-se de critério político de seleção de bens a serem tutelados pelo direito penal, porque a sociedade evolui, diariamente. Assim, bens, outrora tidos como fundamentais, hoje não mais gozam de tal condição³. Com efeito, o direito penal, na atualidade, tem se distanciado muito daquele idealizado pelos iluministas. À época, o direito penal era direcionado à proteção dos cidadãos contra a tirania do Estado e caracterizado, essencialmente, pela pena privativa de liberdade e pelas garantias individuais (direito penal de primeira velocidade, de acordo com classificação adotada por Silva Sánchez)⁴.

Os riscos do mundo pós-moderno têm gerado a expansão do direito penal, com o surgimento de um grande número de novos delitos. Contudo, as penas tendem a ser mais brandas e alternativas, com a implementação de acordos no âmbito do processo penal. Com isso, as penas privativas de liberdade são substituídas por penas alternativas, como restritivas de direito e de multa, tal como ocorre, no Brasil, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei Federal nº 9.099/95. Trata-se do direito penal de segunda velocidade, conforme a já mencionada classificação de Silva Sánchez. Argu-

¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47.

² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 116.

³ Quanto ao tema, Sérgio Salomão Schecaira afirma: “não é por outra razão que, no momento em que vivemos, de grandes modificações sociais, de evolução e superações, estejamos a enfrentar um duplo problema: quais bens jurídicos devem ser protegidos; quais bens jurídicos não mais precisam de proteção. Em outras palavras, estamos diante de uma via de duas mãos: a que criminaliza condutas e a que as descriminaliza” (*Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 134).

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. , p. 148, 2002.

menta o referido autor⁵ que a teoria de segunda velocidade do direito penal considera que aos delitos sócio-econômicos são imputadas penas privativas de liberdade. Para essas penas, devem ser respeitadas todas as garantias e princípios processuais, devendo estes ser relativizados, quando aplicadas penas mais brandas.

A flexibilização das garantias individuais e das regras de imputação, com a finalidade de reduzir o sentimento de insegurança social, é o ônus pago para a existência de um direito penal funcional. Entretanto, um direito penal de urgência e demasiadamente amplo pode causar insegurança jurídica, não tendo eficácia prática. Ademais, o avanço acelerado da criminalidade e a ânsia em contê-la é um terreno fértil para o surgimento de novas teorias funcionalistas, tal como a do direito penal do inimigo.

2 Surgimento do direito penal do inimigo

Günther Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Welzel, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical). Segundo essa teoria, a função primordial do direito penal é a proteção da norma, cabendo a este, apenas indiretamente, a tutela dos bens jurídicos fundamentais. Segundo Cornelius Prittwitz⁶, Jakobs falou em direito penal do inimigo pela primeira vez em 1985, numa palestra em Frankfurt, não despertando muito interesse. Porém, em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, o conceito causou grande motivação. A atitude da doutrina mudou, pois, em 1985, Jakobs usou a terminologia de forma crítica e, em 1999, defendeu-a vigorosamente. Com efeito, no seu mais recente livro⁷, abandonou a postura descritiva do denominado direito penal do inimigo, passando a empunhar (tal como fez em 1999), inequivocamente, a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.

Jakobs defende a existência de dois tipos de direito: um voltado para o cidadão e outro para o inimigo. O direito dirigido ao cidadão caracteriza-se pelo fato de que, ao violar a norma, a este é dada a oportunidade de restabelecer a sua vigência, de modo coativo, mas como cidadão, pela pena. Nessa hipótese, o

⁵SILVASÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 142-143.

⁶PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, p. 42. 2004.

⁷JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

Estado não o vê como um inimigo, que precisa ser destruído, mas como o autor de um ato ilícito, que mantém seu status de pessoa e seu papel de cidadão. Porém, para Jakobs, existem indivíduos que, pelos seus comportamentos e tipos de crimes praticados (delitos sexuais, tráfico de drogas, terrorismo, participação em organizações criminosas etc.), afastam-se, de forma duradoura e decidida do direito. E assim, não proporcionam à sociedade a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. Devem, destarte, ser tratados como inimigos, sendo para estes que se volta o direito penal do inimigo.

A tese defendida por Jakobs⁸ é estruturada sobre o conceito de pessoa e de não-pessoa. Para ele, o inimigo é uma não-pessoa, “pois um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”. Segundo esclarece, indivíduo e pessoa são distintos. O indivíduo pertence à ordem natural. É o ser sensorial, tal como aparece no mundo da experiência, é um animal inteligente, conduzindo-se pelas suas satisfações e insatisfações, conforme suas preferências e interesses. Não tem referência a nenhuma configuração objetiva do mundo externo em que participam os outros indivíduos. Já a pessoa está envolvida com a sociedade (mundo objetivo), tornando-se sujeito de direitos e obrigações frente aos outros membros do grupo do qual faz parte, propiciando a manutenção da ordem da comunidade à qual pertence.

De acordo com a doutrina do direito penal do inimigo, para um indivíduo que comete um delito, é previsto o devido processo legal. Esse processo resultará numa pena como forma de sanção pelo ato ilícito cometido. Ao contrário, para o inimigo, o Estado deve atuar pela coação, aplicando uma medida de segurança, independentemente da existência do devido processo legal, da comprovação de culpa ou dolo ou mesmo da prática de ato ilícito. Portanto, o inimigo é punido pela periculosidade que oferece ao meio social, não sendo necessária a comprovação de sua culpabilidade. O inimigo é considerado um perigo a combater, devendo o direito se antecipar ao cometimento do crime, observando-se o conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade da sua prática. Jakobs utiliza a periculosidade do agente para distinguir o inimigo, contrapondo-o ao cidadão. Apesar de seu ato, este último oferece garantia de que se conduzirá como cidadão, respeitando o ordenamento jurídico, enquanto o inimigo não oferece esta garantia, devendo ser combatido.

⁸JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: 2005. p. 36.

No direito penal do inimigo, a punibilidade alcança o âmbito interno do agente e a preparação. Já pena se dirige à segurança frente à prática de atos futuros, sendo exemplo típico de um direito penal do autor. O trânsito do indivíduo da condição de cidadão (pessoa) para a de inimigo (não-pessoa) se dá pela sua participação em organizações criminosas bem estruturadas. Outros elementos são: a importância de cada delito cometido; a habitualidade e a profissionalização criminosa, de forma a ficar claramente demonstrada sua periculosidade. Assim, nas palavras de Silva Sánchez⁹, “o direito do inimigo – poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo o direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos”.

O ataque de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos Estados Unidos, é considerado por Jakobs como exemplo típico de um ato de inimigo. Ao defender a tese do direito penal do inimigo, o autor sustenta que a separação entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo objetiva proteger a legitimidade do Estado de Direito, voltado para o cidadão. Segundo esclarece, este tem o direito de exigir do Estado as medidas adequadas, a fim de fornecer segurança. Por outro lado, deve o Estado tratar o inimigo como não-pessoa, sob pena de pôr em risco a segurança dos demais membros (cidadãos). Em sua análise, Jakobs confronta duas tendências opostas no direito penal, as quais, para ele, convivem num mesmo plano jurídico: o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão. Ao primeiro cumpre garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade (prevenção geral positiva); ao segundo compete eliminar perigos.

3 Direito penal do inimigo: terceira velocidade do direito penal

Há uma necessidade social cada vez maior de efetividade do direito penal frente às novas formas de criminalidade surgidas hodiernamente, tal como referido anteriormente. Esse quadro vem acarretando o surgimento de novas formas de pena mais brandas que a pena de prisão e uma conseqüente flexibilização das garantias processuais. Contudo, o direito penal do inimigo vai além de uma simples flexibilização, prevendo uma completa exclusão dos direitos e garantias processuais (conquista de décadas de lutas) dos indivíduos considerados inimigos, caracterizando, segundo Silva Sánchez, uma terceira velocidade do direito penal.

⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 150.

Na verdade, a chamada terceira velocidade do direito penal utiliza-se da pena privativa de liberdade (tal como o faz a primeira velocidade), mas permite a flexibilização das garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do direito penal de segunda velocidade). No entendimento de Silva Sánchez¹⁰, o direito penal do inimigo deve ser reduzido a um âmbito de pequena expressão e aplicado em casos de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia. Todavia, ele o considera inevitável, quando da prática de determinados delitos (terrorismo, delinqüência sexual violenta e reiterada e criminalidade organizada). Embora do ponto de vista cronológico, o direito penal do inimigo possa parecer uma evolução, observa-se que ele possui características semelhantes às do direito aplicado no período inquisitório, anterior às conquistas iluministas.

4 Críticas à tese defendida por Jakobs

A concepção do direito penal do inimigo, defendida por Jakobs, apesar de bem amparada filosoficamente¹¹, vem recebendo fortes críticas por parte da doutrina pátria e estrangeira, entre as quais merecem destaque as seguintes:

a) O que Jakobs denomina de direito penal do inimigo não passa de um exemplo típico de direito penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele é. Dessa forma, faz oposição ao direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele fez. Com efeito, no estágio atual de desenvolvimento da humanidade e do direito, não pode haver lugar para responsabilidade independentemente de culpa, tal como ocorria na fase anterior às conquistas iluministas¹², bem como no período nazista.

¹⁰ SILVASÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 148-149.

¹¹ O pressuposto necessário para a admissão de um direito penal do inimigo consiste na possibilidade de se tratar o indivíduo como tal e não como pessoa. Nesse sentido, Jakobs inspira-se em autores que elaboraram uma fundamentação “contratualista” do Estado, especialmente Hobbes e Kant.

¹² A esse respeito, preleciona Gevan Almeida: “No direito penal moderno e condizente com um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), não há lugar para responsabilidade objetiva, o *versari in re illicita*, do direito cacônico medieval. *Nulla poena sine culpa*. O Código Penal brasileiro adotou este salutar princípio, ao prescrever que o crime pode ser doloso ou culposamente e que, ‘pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado, ao menos culposamente’ (arts. 18 e 19). Este princípio, por conseguinte, proscreve qualquer espécie de responsabilidade objetiva, como, por exemplo, a causação do resultado por caso fortuito ou força maior, porquanto a relação de causalidade (art. 13) tem que ser analisada, levando-se em conta se houve dolo ou culpa”. (*Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 31-33.).

b) A denominação “direito penal do cidadão” é um pleonismo, enquanto “direito penal do inimigo” é uma contradição. O direito penal verdadeiro só pode existir se vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado. Dessa forma, o direito penal do inimigo não pode ser considerado direito, embora esteja presente em muitas legislações penais. Ao tratar do conceito de direito penal do inimigo usado por Jakobs, Cancio Meliá¹³ destaca que o mesmo constitui apenas a reação do ordenamento jurídico contra indivíduos perigosos, sendo tal reação desproporcional com a realidade. Argumenta que, na prática, as reações de combate dirigem-se mais para inimigos em sentido pseudo-religioso do que na acepção tradicional-militar do termo.

c) No direito penal do inimigo, não se reprovava a culpabilidade do agente, mas sua periculosidade. Com isso, pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas, conflitando frontalmente com a legislação posta que destina a medida de segurança para agentes inimputáveis ou semi-imputáveis, que necessitam de tratamento especial. Considerando-se apenas a periculosidade do agente para a aplicação da penalidade, tem-se que no direito penal do inimigo abandona-se o princípio da proporcionalidade¹⁴.

d) Trata-se de um direito penal prospectivo, em substituição ao retrospectivo direito penal da culpabilidade. Historicamente, esse sistema encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que propugnavam, inclusive, pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança.

e) No procedimento contra o inimigo, não se segue o devido processo legal, mas sim um verdadeiro procedimento de guerra, que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, sobretudo, em razão da supressão das garantias penais e processuais.

f) A expressão “direito penal do inimigo” tem significado simbólico, pois não há somente um fato determinado que pertence à tipificação penal.

¹³JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 54.

¹⁴“Apesar de não existir nenhuma relação naturalística entre pena e delito, não podemos negar que a primeira deva ser adequada ao segundo em alguma medida. O controle do *quantum* da pena está diretamente ligado ao controle sobre o conteúdo de desvalor do delito, mais precisamente sobre os seus conteúdos substanciais. É indubitável que qualquer juízo sobre a medida da pena, sobretudo se conduzido à maneira do critério da proporção, pressupõe necessariamente o acertamento do intrínseco desvalor do delito, se não absolutamente a reconstrução conceitual da *ratio legis* e dos objetivos da disciplina. É o desvalor do delito que constitui, na verdade, o parâmetro de valoração da proporcionalidade da pena, assim como são os objetivos assumidos pelo legislador os pertinentes para valorar-se a adequação”. (COPETTI, André. *Direito penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 133).

Existem também outros elementos que permitem a classificação do autor como inimigo. Ademais, percebe-se que tal doutrina e a legislação nela baseada procuram apenas aplacar a ira da população contra governos que não lhe oferecem a segurança esperada.

g) É claramente inconstitucional, porquanto só são aceitáveis medidas excepcionais em tempos anormais (tal como pode ocorrer no Brasil, durante o estado de defesa e de sítio). Além disso, a Constituição não permite que alguém seja tratado pelo direito como mero instrumento de coação, despidido de sua condição de pessoa (sujeito de direitos). Por outro lado, não há comprovação de que as leis que incorporam suas características tenham diminuído a criminalidade.

h) Os crimes a serem punidos, na forma proposta pelo direito penal do inimigo, apesar de afetarem bens jurídicos relevantes e causarem clamor público, não ameaçam o Estado vigente, nem suas instituições essenciais.

i) Critica-se, ainda, a afirmação de Jakobs de que o inimigo é uma não-pessoa. Ora, se o conceito de direito penal do inimigo parte do pressuposto de que existem não-pessoas, resta saber se tal conceito é prévio a esta novel doutrina ou se é criação da mesma. Assim, os inimigos estariam identificados antes da incidência do direito penal do inimigo ou, do contrário, somente seriam classificados como tais após sua incidência. Com efeito, num Estado de Direito, garantidor da dignidade do ser humano, não se pode admitir a perda do status de pessoa. Destarte, não podendo existir não-pessoas, também, não poderá existir direito penal do inimigo.

j) Tratar o criminoso comum como um criminoso de guerra é tudo de que ele necessita para questionar a legitimidade do sistema (caracterizado pela desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático, com desrespeito ao devido processo legal etc.).

Por outro lado, ao afirmar-se o sistema jurídico-penal normal, nega-se ao infrator a capacidade de questionar o sistema e seus elementos essenciais. Caso se entenda possível e legítimo um direito penal do inimigo, ter-se-á que reconhecer, também, a capacidade do infrator de questionar a norma. Afinal, este direito excepcional necessita de uma demonização de certos grupos de autores, baseada em critérios de periculosidade. Configura-se, então, um direito penal do autor, desprovido das garantias e prerrogativas processuais previstas nas legislações dos Estados de Direito. Na verdade, a melhor forma de reagir contra o “inimigo” é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e regras materiais e processuais, confirmando a vigência do ordenamento jurídico.

Sobre o tema, vale ressaltar a lição de Prittwitz¹⁵, que reconhece o sucesso do Estado de Direito nos últimos dois séculos, ainda que havendo retrocessos, tais como os ocorridos com o nazismo e as variadas velocidades desse processo em diversas partes do mundo. Este sucesso, segundo o autor, deve ser observado na busca por uma resposta aos riscos da sociedade atual, não devendo dar espaço para outro que não seja o direito compatível com um Estado Democrático de Direito.

5 Considerações finais

Com base nas idéias defendidas por Jakobs, percebe-se claramente que o direito penal continua sendo fruto de uma concepção social; é uma história temporalmente circunscrita. A complexidade com que o homem passou a encarar os fenômenos sociais fez com que adotasse uma forte tendência em buscar soluções imediatistas. Busca-se, com isso, solucionar os problemas existentes, ainda que em nível simbólico, sem nenhuma preocupação com a origem das mazelas sociais encontradas em todo o mundo, geradoras dos altos índices de criminalidade e da violência atual.

A existência de uma diferença ontológica entre as pessoas foi o argumento que legitimou a doutrina nazista em um passado recente, não nos sendo permitido incorrer no mesmo erro. O direito penal de urgência perde o cerne de seus fundamentos, deixando de ser um instrumento de proteção do cidadão para transformar-se em meio de contenção social e gestão de riscos. Sem dúvida, a solução dos problemas sociais deve ser uma preocupação mundial, inclusive, dos países desenvolvidos, já que neles repercutem. Porém, o direito penal não se mostra o melhor caminho para tanto. A proliferação dos tipos penais e o enrijecimento exacerbado das penas são resultado de um direito penal simbólico.

Com o aumento dos atentados terroristas nos últimos anos, incentivados pelo ataque às torres gêmeas, em 11 de setembro de 2001, e diante do clamor da mídia, os governos das nações desenvolvidas passaram a procurar por soluções capazes de acabar com a violência e os riscos dela decorrentes para tais nações. Nesse contexto, o direito penal do inimigo passou a ser difundido como uma alternativa para a solução dos problemas existentes. Passou também a ser usado para justificar atitudes ilícitas dos governos contra

15 PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 45.

os supostos inimigos. Entretanto, ao retirar destes o direito a um processo penal justo, o Estado permite ao criminoso questionar a ordem jurídica. Apesar das fortes bases filosóficas, o direito penal do inimigo é um retrocesso no desenvolvimento do direito penal. Este deveria, cada vez mais, ser a ultima ratio a ser utilizado nos casos de extrema necessidade.

As conquistas democráticas foram objeto de séculos de lutas, não podendo ser desprezadas pela ânsia do Estado em buscar soluções imediatas aos problemas sociais através do direito penal. Aliás, esses problemas sempre existiram. Sua solução nunca foi objeto de preocupação das nações ditas desenvolvidas até passarem a pôr em risco a sua segurança. Deve-se repensar o problema e procurar soluções em outros campos da ciência, reservando-se o direito, especialmente o direito penal, para a proteção dos direitos fundamentais que requeiram sua incidência.

6 Referências

ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BONHO, Luciana Tramontin. *Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 18 set.2006.

COPETTI, André. *Direito penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GERBER, Daniel. *Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 820, 1 out.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7340>>. Acesso em: 18 set.2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Revista Jurídica. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 22 set.2006.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madri: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, mar/abr. 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Gardênia Cirne de Almeida Galdino
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

A justiça criminal, nos últimos tempos, vem passando por uma crise de credibilidade. Vários têm sido os motivos que levaram a esse descrédito. A violência vem se agravando, a criminalidade vem se acirrando, sobretudo com o surgimento de crimes mais especializados, praticados pela internet, através de cartões de crédito, entre outros. Rogério Lauria Tucci¹ aponta os seguintes fatores para esse quadro: a) manifesta desigualdade na distribuição da riqueza; b) violência policial; c) impunidade das elites econômica e política num Estado inescandavelmente falencial; d) equivocada elaboração legislativa, seqüencialmente à Reforma Penal de 1984 e à edição da Constituição Federal de 1988; g) gritantes e graves falhas da justiça criminal; f) sistema penitenciário desumano.

Os poderes constituídos vêm, a cada dia, buscando formas de minimizar a criminalidade, aumentando, cada vez mais, a quantidade de tipos penais, bem como tornando mais severas as reprimendas legais e suas execuções. Na verdade, a criação de novos tipos penais e o agravamento das penas não vêm solucionando a problemática da violência decorrente da prática de crimes. Quando houver menor desigualdade social e mais investimentos em educação, certamente a criminalidade diminuirá.

Há uma tendência mundial no sentido de se buscarem mecanismos para ampliar esse espaço de “consenso”. A justiça penal européia está tendente a adotar soluções que propiciem uma justiça mais célere e mais efetiva, inspirando-se, para tanto, no instituto norte-americano do plea bargaining. Na Itália, já existe o patteggiamento; na Espanha, a “conformidade”; em Portugal, a “suspensão do processo”. No Brasil, buscando-se desburocratizar a justiça criminal e dar maior celeridade nos julgamentos dos crimes de menor gravidade, surgiu a Lei nº 9.099/95, que buscou dirimir a criminalidade decorrente dos crimes de menor potencial ofensivo. Trata-se daqueles crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. Sobre a matéria, afirma Maurício Antônio Ribeiro Lopes²:

¹ Apud NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38.

² Apud NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. cit., p. 25.

Para além de alvissareiramente anunciar o moderno e socialmente útil, os Juizados Especiais sinalizam o ocaso do antiquado modelo napoleônico e formalista de distribuir Justiça, que é um sistema de resposta única (pena de prisão, que o Estado persegue a todo custo) à conduta desviada.

A referida legislação trouxe uma enorme mudança na justiça criminal. Na verdade, uma verdadeira revolução. A justiça penal clássica passou a se preocupar com os crimes verdadeiramente graves, enquanto que os crimes mais leves passaram a ser dirimidos por uma justiça onde o consenso predomina. Com o advento do Juizado Especial Criminal, surgiram dois institutos jurídicos que têm desempenhado, desde o nascimento, relevante papel no combate aos crimes de menor potencial ofensivo: a transação penal e a suspensão condicional do processo.

É bem verdade que a Lei nº 9.099/95 criou instrumentos importantes de despenalização, além de instituir um modelo de justiça criminal diferenciado. O novo modelo se baseia, sobretudo, no consenso, o que acarretou um enorme avanço em termos de justiça penal. Todavia, não podemos deixar de nos reportar à omissão legislativa no que se refere ao descumprimento da transação penal e sua consequência negativa no mundo do direito. Essa lacuna vem gerando grandes problemas, sobretudo quando o autor de uma infração penal de menor potencial ofensivo descumpra pena restritiva de direito imposta no momento da transação penal. Esse fato acarreta, muitas vezes, a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade ou, ainda, o oferecimento de denúncia pelo representante do Ministério Público.

Este trabalho faz uma análise acerca da natureza jurídica da sentença de transação penal, haja vista que o tema está intimamente ligado à consequência jurídica do descumprimento do referido instituto. Existem poucos doutrinadores que discorrem sobre o tema. Entretanto, alguns deles defendem uma tese que contraria, por completo, os princípios seculares do devido processo legal e do contraditório. Tomando por base esse contexto, o objetivo do presente trabalho é demonstrar como, na prática, a única consequência viável ao descumprimento da transação penal é a retomada do processo, com o oferecimento da denúncia pelo promotor de justiça.

Mostraremos a fragilidade da corrente que se posiciona pela conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Serão, ainda, realizadas análises acerca das correntes que estudam a matéria, mostrando que a problemática que circunda o tema é decorrente da omissão legislativa. Por fim,

buscaremos apresentar sugestões ao Congresso Nacional, a fim de que se legisle acerca da matéria, para, de forma definitiva, haver o preenchimento da lacuna que gerou o problema.

2 Atual crise da justiça criminal

Há bastante tempo, existe uma preocupação em tornar efetivo o direito penal, buscando-se um processo de melhor qualidade. E isso se deu em virtude da grande crise vivenciada por este ramo do direito. Havia, antes do advento da Lei nº 9.099/95, uma grande burocratização na justiça criminal, sobretudo no julgamento dos chamados crimes de menor potencial ofensivo. A crise vivenciada pela justiça criminal era ocasionada por inúmeros motivos, dentre eles, a enorme preocupação do direito penal com a quantidade da “reprimenda” imposta ao infrator. E assim, muitas vezes, esquecia a função ressocializadora da pena e a importância da vítima.

Antes de analisarmos os motivos ensejadores da referida crise, mister se faz conceituarmos o sistema penal, fazendo-se um breve comentário acerca da sua constituição, das suas preocupações e de sua função na sociedade. Para tanto, adotaremos a conceituação de Zaffaroni³, já que engloba todos esses aspectos. Segundo ele, o sistema penal pode ser conceituado como sendo o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde o momento em que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até o momento em que se impõe e executa uma pena. Pressupõe uma atividade normativa que cria a lei institucionalizadora do procedimento, regula a atuação de funcionários e define os casos e condições para esta atuação.

O descrédito no sistema penal decorre da morosidade processual, das falhas na organização judiciária, da precariedade das condições de trabalho, da criação desnecessária de inúmeros tipos penais, do surgimento de novos tipos de criminalidade e do surgimento dos chamados macrodeltos, dentre outros motivos. Como não poderia deixar de ser, esse descrédito vem gerando uma grande preocupação por parte dos poderes constituídos. O segmento jurídico preocupa-se, a cada dia, com a real efetividade do direito penal. Diante dessa insatisfação da sociedade, a cada dia que se passa, o legislador, movido pela pressão dos mais diversos segmentos sociais, traz ao mundo jurídico novos tipos penais, buscando adaptar a moderna legislação à atual necessidade

³ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 27.

societária. Todavia, o surgimento de novos tipos penais não vem correspondendo ao atual anseio da sociedade, que cobra menos violência, mais segurança e mais rapidez na prestação jurisdicional.

A partir dessa impotência demonstrada pelos poderes constituídos, viu-se a necessidade de se colocar em prática um modelo diferenciado de justiça criminal, baseado, fundamentalmente, na celeridade processual. A partir de então, os poderes constituídos, buscando dar uma resposta rápida e eficaz, vêm realizando a adaptação do processo penal tradicional. Essa adaptação baseia-se, sobretudo, no princípio da obrigatoriedade, de uma justiça penal consensual, fundamentada no princípio da oportunidade. Dessa forma, para minimizar a crise vivenciada pela justiça criminal, surgiu, ao lado da conhecida justiça criminal “de conflito”, reservada aos crimes mais graves, a justiça criminal de consenso, célere e informal, peculiar aos crimes menos graves.

Com efeito, o consenso no julgamento dos crimes mais leves proporciona o desafogamento da justiça comum, viabilizando uma grande economia processual. Além do mais, na medida em que há a aplicação imediata de uma “reprimenda”, mesmo que seja mais branda do que a aplicada em decorrência de um julgamento na justiça de conflito, há uma resposta imediata à sociedade. Essa medida proporciona uma maior eficácia e credibilidade da justiça criminal, devendo-se levar em consideração, ainda, a redução de gastos que a justiça de consenso proporciona ao erário.

A justiça criminal consensual surgiu, dentre outros motivos, em virtude da crise vivenciada pela justiça criminal clássica. Esta, nos últimos tempos, não estava aplicando um direito penal efetivo aos crimes menos graves, gerando insatisfação, insegurança e descredibilidade. Assim, surgiu a justiça de consenso, fundamentada nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. A Lei nº 9.099/95, que a criou, provocou uma grande mudança na justiça criminal brasileira.

3 O modelo consensual de justiça criminal: Lei nº 9.099/95

Vivia-se, antes do advento da Lei dos Juizados Criminais, um período caracterizado pelas leis severas. Estas se caracterizavam pelo aumento de penas, impossibilidade de progressão de regime para alguns crimes, cortes de direitos e garantias fundamentais, endurecimento nas execuções penais, etc. Nesse contexto, os poderes constituídos estavam preocupados com o grau de severidade aplicado nas penas, esquecendo-se do papel da vítima e da real

efetividade do direito penal. E isso estava acarretando uma enorme burocratização no julgamento dos crimes menos graves.

Foi com o surgimento da Lei nº 9.099/95 que a justiça criminal começou a se desafogar e se preocupar, sobretudo, com a aplicação de leis severas aos crimes que, de fato, apresentavam riscos à sociedade. Além disso, trouxe avanços significativos para toda a sociedade, privilegiando a conciliação nos crimes mais leves e dando importância ao papel da vítima no processo, que até então estava esquecido. Sobre esse novo modelo de justiça criminal, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes⁴:

O poder político (Legislativo e Executivo), dando uma reviravolta na sua clássica política criminal fundada na “crença” dissuatória da pena severa (déterrance), corajosa e auspiciosamente, está disposto a testar uma nova via reativa ao delito de pequena e média gravidade, pondo em prática um dos mais avançados programas de “despenalização” do mundo (que não se confunde com “descriminalização”).

A lei acima mencionada trouxe algumas inovações que estão exercendo papel de extrema importância dentro da justiça penal de consenso, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Ademais, inovou o ordenamento jurídico-penal. Com base na Constituição Federal de 1988, especificamente, em seu art. 98, I, colocou-se em prática, por meio da referida lei, um novo modelo de justiça. Fez-se uma verdadeira revolução no mundo do direito penal, abrindo-se caminho para o chamado espaço de consenso. Esse novo modelo de justiça causou um impacto positivo nos operadores do direito e em toda a sociedade brasileira. Valorizou-se o papel da vítima, propiciando, sobretudo, a conciliação no direito penal, gerando maior credibilidade e respeitabilidade nos poderes constituídos e no próprio direito penal.

A Lei nº 9.099/95 surgiu para propiciar o “espaço de consenso” na justiça criminal brasileira, criando institutos fomentadores de medidas não privativas de liberdade aos infratores dos chamados crimes de menor potencial ofensivo. Para uma melhor compreensão da matéria, necessário se faz abordarmos os critérios de competência utilizados pelo legislador. Ao estabelecer a

⁴ GRINOVER Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei nº 9.099/95*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

competência em razão da matéria, o legislador ordinário levou em consideração, basicamente, a intensidade da sanção abstratamente cominada. Nossa abordagem inicia-se com o conceito originário de crimes de menor potencial ofensivo, adotado pela Lei nº 9.099/95, passando pelas modificações trazidas pela Lei nº 10.259/01 e pela recente Lei nº 11.313/06.

O art. 61 da Lei nº 9.099/95, originalmente, dispunha da seguinte forma: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”. Como veremos mais adiante, tal conceito foi alterado pela Lei nº 10.259/01, de modo que a pena máxima, considerada para efeitos de conceituação do crime de menor potencial ofensivo, atualmente é de dois anos.

Da verificação e interpretação do referido dispositivo, resta saber se o legislador, no momento em que excluiu da competência do juizado criminal os casos em que a lei previsse procedimento especial, quis restringir somente os crimes de procedimento especial ou, também, as contravenções de procedimento especial. Resta saber, ainda, se as contravenções cuja pena máxima ultrapassa o limite de um ano estariam, ou não, excluídas da competência do juizado criminal. Esse questionamento causou, até o surgimento das Leis nº 10.259/01 e nº 11.313/06, grande polêmica no mundo jurídico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Na verdade, se a interpretação de tal dispositivo fosse feita apenas pelos critérios literais e sintáticos, chegaríamos à conclusão de que o legislador, de fato, havia excluído da competência do juizado criminal os crimes e as contravenções que excedessem o limite de um ano, bem como os crimes e contravenções que tivessem procedimentos especiais. Nesse caso, por exemplo, estariam de fora as contravenções previstas nos arts. 24, 50, § 1º, e 51 da LCP, cujas penas máximas ultrapassam o previsto no dispositivo citado. Ademais, as contravenções penais previstas em legislações especiais, como as do “jogo do bicho” e corridas de cavalo fora do hipódromo, as de loterias, as florestais, as referentes à caça e às relativas a restrições a brasileiros naturalizados, também estariam fora do conceito atribuído pelo legislador ordinário, não podendo ser apreciadas e julgadas pelo juizado criminal.

Entretanto, não se pode utilizar, tão-somente, as interpretações acima referidas. Ora, no momento da interpretação de uma norma, devem ser levadas em consideração, sobretudo, a finalidade e a efetividade da lei. Assim sendo, a interpretação mais coerente com o espírito da lei é a de que as restrições, tanto

do limite da pena quanto do procedimento especial, abarcam apenas os crimes, restando de fora as contravenções penais. Dessa forma, procurando seguir o verdadeiro intuito do legislador, conclui-se que todas as contravenções penais são, de fato, da competência do Juizado Especial.

Nesse sentido, concluiu a comissão nacional da Escola Nacional da Magistratura, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “As contravenções penais são sempre de competência do Juizado Especial Criminal, mesmo que a infração seja submetida a procedimento especial”. Entendíamos, desde a redação original da lei, que a própria natureza das contravenções penais as colocava como ilícitos penais de menor gravidade. E isso é verificado no momento em que o legislador penal impunha, incluindo aquelas previstas em leis especiais, penas de prisão simples e multa. Assim, não teria sentido que, no conceito de crime de menor potencial ofensivo, tivesse havido a exclusão das contravenções previstas em procedimento especial. Se tal ocorresse, poderia acarretar diferença de tratamento a tipos penais de igual gravidade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há bastante tempo, vinha se posicionando acerca da competência do Juizado Especial Criminal para a apreciação de todas as contravenções penais, incluindo as previstas em procedimento peculiar. Esse posicionamento consta do Informativo nº 12, de 22 a 26 de março de 1999. Além da divergência acerca da competência do Juizado Especial Criminal para o julgamento das contravenções previstas em procedimento especial, outro aspecto que gerou bastante discussão no mundo jurídico foi a competência desse Juizado para julgar os crimes contra a honra.

Na redação original do art. 61 da Lei nº 9.099/95, o legislador excluiu os crimes com procedimento especial, excetuando-se, à primeira vista, os crimes falimentares, de responsabilidade dos funcionários públicos, os crimes contra a propriedade imaterial, os crimes de abuso de autoridade, os crimes de imprensa, os crimes previstos na Lei de Tóxicos e os crimes contra a honra. Entretanto, a maioria dos operadores do direito entendeu que os ditames da citada lei seriam aplicados nos crimes contra a honra. A esse respeito, transcreve-se decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão relatado pelo Juiz José Renato Nalini⁵:

⁵TACrim. SP. SER n.1. 194.807-3, DP.03.04.2000. Rel. Juiz José Renato Nalini.

O processo dos delitos contra a honra também está sob a incidência da Lei nº 9.099/1995, de forma que, depois de realizada a audiência prevista no art. 520 do Código de Processo Penal e antes do eventual recebimento da queixa-crime, o juízo haverá de propiciar a oportunidade de aplicação dos preceitos daquele diploma, notadamente no que concerne aos arts. 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Decisão semelhante foi adotada pelo STJ:

Juizados Especiais Criminais. Competência. Crime de difamação. Ação penal de iniciativa privada. Proposta de transação. Ministério Público. Possibilidade. 1. A teor do disposto nos artigos 519 usque 523 do Código de Processo Penal, o crime de difamação, do art. 139 do Código Penal, para o qual não está previsto procedimento especial, submete-se à competência dos Juizados Especiais Criminais. 2. Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta penal que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo Juiz, é definitiva e irretroatável. 3. Recurso improvido⁶.

Após o advento da Lei nº 10.259/01, as divergências acima apontadas passaram a não mais existir, pois foi adotado um novo conceito de crime de menor potencial ofensivo, resolvendo, aparentemente, todos os problemas. Entretanto, uma nova polêmica surgiu, girando em torno de outro aspecto. Como sabemos, a Lei nº 10.259/01 surgiu com a finalidade de instituir os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, trazendo um novo conceito de crime de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, o art. 2º, parágrafo único, dispõe: “Consideram-se infrações de menor potencial, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. Verificase, portanto, que o limite da pena, caracterizador do crime de pequeno potencial ofensivo, foi alterado, de modo a abarcar as condutas que tivessem pena máxima de até dois anos.

No entanto, a Lei nº 10.259/01 resolveu apenas parte dos problemas apresentados pela lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais, fazendo com que a doutrina passasse a discutir outras questões. Assim, já que o referido dispositivo legal veio alterar o conceito de crime de pequeno potencial ofensivo no âmbito da Justiça Federal, passou-se a questionar acerca da incidência da

⁶STJ. RHC n. 8.123/AP, 6ª. T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 16.06.1999.

referida lei, também, no âmbito da Justiça Estadual. A indagação, agora, girava em torno da existência de um sistema jurídico bipartido, com dois conceitos autônomos e independentes. Portanto, existiriam dois conceitos de crimes de pequeno potencial ofensivo, o que seria inadmissível. Apesar da inicial divergência entre os operadores do direito, a corrente majoritária não concordava com a bipartição do conceito de crimes de menor potencial ofensivo. E assim entendia que o novo conceito trazido pela Lei nº 10.259/01 também se aplicava nos juizados estaduais. Nesse sentido, esclarece Luiz Flávio Gomes⁷:

A posição amplamente majoritária (Silva Franco, Bitencourt, Damásio, Tourinho Filho, Copes, Suannes etc.) não concorda com a bipartição do conceito e vem entendendo que o novo conceito da Lei nº 10.259/01 se estende aos juizados estaduais. Cuida-se de conceito (e sistema) único, portanto. É a nossa posição, em razão (sobretudo) do princípio constitucional da igualdade (ou do tratamento isonômico) (CF, art. 5º.), do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e também porque se trata de lei nova com conteúdo penal favorável (CP, art. 2º, parágrafo único).

Se a fonte normativa dos juizados é a mesma (legislação federal: Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01), não se pode concordar com o argumento de que o legislador quis instituir dois sistemas (distintos) de juizados: um federal diferente do estadual. Se o legislador pretendesse isso, não teria mandado aplicar (por força da Lei nº 10.259/01) praticamente in totum a Lei nº 9.099/95 aos juizados federais. Teria criado um sistema jurídico ex novo.

Ademais, de modo algum se extrai da Constituição Brasileira que ela tenha pretendido instituir dois conceitos (distintos) de infração de menor potencial ofensivo: um para o âmbito federal e outro para os Estados. Aliás, sendo ambos regidos pela Lei nº 9.099/95, não há mesmo justificativa para isso.

Diante disso, um considrável número de operadores do direito chegou a adotar, majoritariamente, a seguinte postura: o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 derogou o conceito anterior de crimes de menor potencial ofensivo, modificando-o em dois pontos significativos. O primeiro refere-se ao limite máximo da pena, que não mais seria de um ano e sim de dois anos. O segundo diz respeito aos procedimentos especiais. Com isso, todos os crimes punidos com pena de prisão de até dois anos seriam da competência do Juizado Especial. Apesar de existir certo consenso por parte da doutrina, tal entendimento passou vários anos sendo objeto de divergência entre os aplicadores do

⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*. São Paulo: IBCCrim, 2002.

direito. Entretanto, a recente Lei nº 11.313/06 dirimiu, definitivamente, quaisquer dúvidas acerca do novo conceito de crimes de menor potencial ofensivo.

Desse modo, a discussão acerca da incidência da Lei nº 10.259/01 aos Juizados Estaduais é, nos dias atuais, por demais descabida. A Lei nº 11.313/06 modificou o conceito de crime de pequeno potencial ofensivo e acabou, definitivamente, com a polêmica acerca da competência do Juizado Especial para os crimes e contravenções que previam procedimentos especiais, bem como para os crimes com pena de prisão de até dois anos. Chega-se a essa conclusão pela análise da citada lei:

Art. 1º Os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Como se observa, os crimes cuja pena máxima não ultrapasse o limite de dois anos, independentemente de estarem regidos por procedimento especial, assim como todas as contravenções previstas no ordenamento jurídico pátrio, são da competência do Juizado Especial Criminal.

Assim, podemos verificar que a Lei nº 9.099/95, com o aprimoramento trazido pela Lei nº 11.313/06, trouxe grandes avanços à justiça criminal. Por exemplo, instituiu um novo rito para os crimes mais leves, conceituados por ela como sendo de menor potencial ofensivo, seguindo as novas tendências do direito penal. Devido ao fracasso das penas privativas de liberdade, observa-se que o moderno direito penal promove, cada vez mais, a aplicação de penas restritivas de direitos, por serem estas mais adequadas à função de ressocialização do apenado. Além disso, o Juizado Especial Criminal proporciona mais celeridade e eficácia na resolução dos crimes mais leves.

É bem verdade que, atualmente, os principais estudiosos da matéria vêm entendendo que a pena privativa de liberdade não tem sido a solução para a

resolução do problema que abarca a criminalidade, principalmente nos crimes de menor gravidade, sobretudo naqueles desprovidos de violência ou grave ameaça. E esse é um dos principais motivos pelos quais as referidas leis têm assumido um papel de fundamental importância no âmbito do direito penal brasileiro.

4 Aspectos polêmicos da transação penal

Antes de abordarmos outros pontos relacionados à transação penal, é importante apresentarmos a conceituação desse instituto. Logo após o surgimento da transação penal, no ordenamento jurídico pátrio, a Escola Paulista do Ministério Público conceituou-a como sendo “o instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade”.

Para que se possa entender a fase da transação penal, é necessária a compreensão das condições de funcionamento do sistema dos juizados criminais. Como se sabe, no momento em que ocorre uma infração penal de menor potencial ofensivo, deve-se procurar a autoridade policial para que seja lavrado um termo circunstanciado. Respeitados os procedimentos habituais, o sujeito apontado como autor da infração deverá comprometer-se a comparecer ao Juizado Especial Criminal, onde será designada audiência, denominada de audiência preliminar.

De acordo com os arts. 72 a 76 da Lei nº 9.099/95, deverão comparecer à audiência preliminar: o autor do fato e seu defensor; a vítima, se houver; o responsável civil, o conciliador, o representante do Ministério Público e o juiz. Todos deverão se empenhar para que haja, de logo, um consenso. O art. 74 do referido diploma legal prevê a figura da composição civil, que é a primeira via consensual existente em sede de Juizado Criminal. Caso haja uma composição civil, o juiz a homologará, prolatando, nos casos de ação pública condicionada e ação penal de iniciativa do ofendido, uma sentença que extingue a punibilidade. Convém esclarecer que o acordo civil acarreta a renúncia tácita ao direito de representação ou queixa.

Tratando-se de ação penal pública condicionada, e não tendo havido acordo civil, ou de crime de ação penal pública incondicionada, o procedimento segue. Nesse caso, deve o representante do Ministério Público, após a

análise de alguns requisitos (art.76, § 2º, da Lei nº 9.099/95), apresentar a proposta de transação penal, propondo pena restritiva de direito ou multa. Para que haja a homologação da proposta, é necessário que o autor do fato concorde com a formulação feita pelo representante do Ministério Público. Caso o autor do fato não preencha os requisitos trazidos pela legislação ou não concorde com a proposta, deve o representante do Parquet oferecer denúncia. Vale ressaltar, aqui, que é incabível a transação penal nos casos em que o Ministério Público verifica a desnecessidade de instauração de processo penal e isso o legislador fez questão de deixar claro no caput do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Em matéria de transação penal, existem vários aspectos polêmicos. Um deles diz respeito à possibilidade da proposta de transação em sede de ação penal privada. É bem verdade que o legislador, no caput do art. 76 da Lei nº 9.099/95, excluiu a possibilidade de transação penal em sede de ação de iniciativa do ofendido, abrindo-lhe apenas duas possibilidades: o oferecimento da queixa-crime, na qual a vítima atua como substituto processual, ou a inércia, na qual o ofendido abre mão do oferecimento de queixa-crime e, em consequência, desiste da persecução penal.

Na época da edição da Lei nº 9.099/95, o legislador excluiu a possibilidade de transação penal na ação de iniciativa privada. Contudo, naquele momento, o processo penal ainda não tinha uma visão diferenciada sobre o papel da vítima. Estava-se, ainda, na visão tradicional de que o ofendido não tinha interesse na pena, tendo apenas o Estado como interessado direto na aplicação da reprimenda legal. Todavia, os tempos mudaram, tendo o papel da vítima se modificado no atual cenário da processualística penal. Em consequência, há, atualmente uma preocupação na reparação do dano e na aplicação da pena.

Além da evolução no próprio interesse da vítima, a aplicação prática da transação vem modificando o que o legislador, no caput do dispositivo acima citado, previu em termos de transação penal. É bem verdade que, uma vez frustrada a possibilidade de realização de composição civil, a vítima certamente oferecerá queixa-crime se outra opção não lhe for oferecida. Se assim não o fizer, queda-se na inércia. Dessa forma, não teria sentido a impossibilidade de aplicação de transação penal em face dos crimes de ação privada, uma vez que, quem pode o mais, ou seja, oferecimento de queixa-crime, seguramente, pode o menos, isto é, propositura de transação penal.

Assim, diante da nova visão do papel da vítima no processo penal, sobretudo na aplicação da pena, a visão que outrora se tinha da vítima como titular apenas do jus persecuendi in juditio vem se modificando. Com isto, a vítima

atualmente também se preocupa com o jus puniendi. Diante de tal reconhecimento, a impossibilidade de transação penal nos crimes de ação privada deixa de ser defendida pela maioria dos doutrinadores. Dessa forma, vem se admitindo a aplicação da transação penal nos crimes de ação penal privada. Para tanto, utiliza-se a analogia com o disposto no caput do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Convém lembrar, no entanto, que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Na ação de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo juiz, é definitiva e irretroatável (RHC 8.123-AP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.16.4.1999, DJU 21.6.1999).

Seguem outras decisões mais recentes dos STF:

Habeas corpus. Processual penal. Juizado Especial Criminal. Crime contra a honra. Injúria. Transação penal. Possibilidade. 1. A Terceira Seção desta egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. 2. Em sendo assim, por se tratar de crime de injúria, há de se abrir a possibilidade de, consoante o art. 76 da Lei nº 9.099/95, ser oferecido ao paciente o benefício da transação penal. 3. Ordem concedida⁸.

Habeas corpus. Processo penal. Falta de intimação do impetrante, do número da autuação e do órgão julgador do habeas corpus. Nulidade não reconhecida. Crime contra a honra. Transação penal. Aplicação analógica do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Oferecimento. Titular da ação penal. Querelante. Precedentes. 1. Não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de intimação do impetrante, do número da autuação e do órgão julgador do habeas corpus, dado que não demonstrado qualquer prejuízo para a defesa. 2. O benefício previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95, mediante a aplicação da analogia in bonam partem, prevista no art. 3º do Código de Processo Penal, é cabível também nos casos de crimes apurados através de ação penal privada. 3. Precedentes do STJ. 4. Ordem parcialmente concedida⁹.

Como se verifica, a jurisprudência do STJ tem admitido a transação penal nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada, desde que obede-

⁸STJ. RHC 30443-SP, 5ª T., Rel.Min. Laurita Vaz, DJU 05.04.2004.

⁹STJ. RHC 31527-SP; 6ª T, Rel.Min. Paulo Gallotti, DJU 28.03.2005.

cidos os requisitos autorizadores. A jurisprudência do tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, entretanto, vem divergindo nessa matéria. Na doutrina, a matéria ainda é polêmica. Entendem pela possibilidade de aplicação da proposta de transação nas ações privadas os seguintes doutrinadores: Luiz Flávio Gomes, Ada Pellegrini Grinover e Ricardo Lewandowski. Já José Luiz Antunes, Damásio Evangelista de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete entendem pela impossibilidade de aplicação da transação penal em sede de ação privada.

5 Surgimento da transação penal

O tema da transação penal é bastante recente no nosso ordenamento jurídico. Não obstante tal afirmação, o anteprojeto do Código de Processo Penal, publicado no DOU de 27 de maio de 1981, previa uma espécie de procedimento sumaríssimo para o julgamento dos crimes de menor gravidade. No capítulo referente ao Ministério Público, abria-se a possibilidade de uma espécie de transação, se a infração penal fosse punida com multa, prisão simples ou detenção. O referido anteprojeto deu origem à Lei nº 7.655/83, que estabeleceu o procedimento sumaríssimo. Entretanto, não recepcionou o instituto da transação penal.

O anteprojeto de lei para a instituição dos Juizados Especiais, elaborado pelos juízes paulistas Pedro Luiz Gagliardi e Marco Antônio Marques da Silva, previa a transação tanto pela defesa como pelo Ministério Público quando o infrator confessasse espontaneamente a autoria do crime perante a autoridade judiciária. Em 26 de setembro de 1995, foi editada a Lei nº 9.099/95, a fim de tornar efetivo o comando constitucional do art. 98, I, da Carta Magna de 1988, que dispõe:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Com a vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, grandes inovações ocorreram no ordenamento jurídico penal e processual penal, principalmente na desburocratização e simplificação no julgamento dos crimes de menor gravidade. O legislador, na verdade, buscou viabilizar soluções rápidas e eficazes

para certas espécies de infrações penais, propiciando maior efetividade ao direito penal. No art. 62 da Lei nº 9.099/95, o legislador ordinário objetivou a aplicação, sempre que possível, de pena não privativa de liberdade. Para tanto, criou, no art. 76, a figura da transação penal. Essa medida propiciou uma prestação jurisdicional mais célere, gerando uma simplificação no julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Em consequência, houve melhores resultados nos julgamentos dos crimes de competência da justiça criminal, proporcionando uma melhor prestação jurisdicional em relação aos crimes mais graves.

O instituto da transação penal foi recepcionado de forma bastante positiva pelos operadores e estudiosos do direito penal e processual penal. Dentre os vários argumentos na defesa do instituto, três merecem destaque. O primeiro envolve a espécie de sanção ou reação institucional aos delitos; a segunda diz respeito à preocupação com a adequação dos procedimentos penais às atuais exigências; a terceira abre uma visão de política criminal, ligada à opção ou conveniência de controle de determinada forma de criminalidade. Sobre esses três argumentos de defesa da transação penal e das modalidades de resolução consensual dos casos penais, Geraldo Prado¹⁰ apresenta três aspectos. No que concerne à perspectiva penal, o citado autor destaca:

- a) a opção por penas e medidas alternativas, tendo em vista a falência da prisão e do sistema carcerário; o tema “reabilitação do infrator” é realçado, concebendo-se as penas e medidas alternativas à prisão como providências capazes de cumprir funções não alcançáveis mediante a citada pena de prisão;
- b) a utilidade de uma resposta estatal às infrações de menor potencial ofensivo, sob pena de erosão da ordem jurídica.

No que se refere ao processo e ao procedimento penal, salienta:

- a) a modernização do procedimento implicando qualidade do processo, atacando-se a disfunção do sistema tradicional;
- b) a celeridade proporcionada por procedimentos dotados de um grau menor de formalidades em comparação com a morosidade constatada no sistema tradicional;
- c) a facilitação do acesso à justiça.

No que tange à política criminal, enfatiza:

- a) a necessidade de diminuição da população carcerária;
- b) a tutela efetiva dos interesses da vítima;

¹⁰PRADO, Geraldo. *Transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13-15.

c) libera-se o sistema do peso dos casos de “menor gravidade”, permitindo que a energia repressiva seja dirigida de maneira eficaz aos casos mais graves.

Como se pode observar, a maioria dos operadores do direito recepcionou a transação penal, bem como os recursos consensuais de resolução dos problemas penais de forma positiva. Enfatizou-se a necessidade de proporcionar uma prestação jurisdicional efetiva e célere, a fim de que a repressão propriamente dita fosse utilizada nos casos mais graves. A figura da transação penal veio desburocratizar a justiça penal. Trata-se de um instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público para, sem o oferecimento de denúncia, aplicar ao autor da infração de menor potencial ofensivo pena não privativa de liberdade. Trata-se, sem dúvida, de um marco na história do direito penal brasileiro. Entretanto, muitos aspectos do referido instituto ainda se encontram por merecer estudos. Da análise da Lei nº 9.099/95, verifica-se que o legislador foi omissivo em muitos aspectos fundamentais. Por esse motivo, há a necessidade urgente de uma medida do legislador ordinário brasileiro, para tornar mais efetivo o instituto da transação penal.

6 Natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal

Um aspecto de fundamental importância dentro do estudo relacionado às conseqüências jurídicas do descumprimento da transação penal é a natureza jurídica da sentença que a homologa. Ainda hoje, passados mais de dez anos do surgimento da legislação que criou a figura da transação penal, há uma grande divergência doutrinária a esse respeito. Dá-se essa importância pelo fato de que, dependendo da natureza jurídica da sentença, a decisão fará, ou não, coisa julgada material. Sendo assim, poderá ocorrer, ou não, a retomada do processo, com o oferecimento de denúncia pelo representante do Ministério Público. Diante desse fato, mister se faz analisarmos todas as correntes existentes acerca da matéria.

Antes de apresentarmos nossa posição, é necessário fazer uma análise do pensamento jurídico brasileiro sobre o assunto, a fim de que se possa verificar todos os principais posicionamentos sobre a natureza jurídica da aludida sentença. Há quem defenda ter essa decisão natureza condenatória. Para tais autores, além de ter natureza homologatória, a sentença tem também natureza condenatória. Isso porque, além de ser declarada a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto,

cria-se uma situação ainda não existente, impondo uma sanção penal. Maurício Antônio Ribeiro Lopes¹¹ defende a natureza condenatória da referida sentença, ao justificar:

Ela é, realmente, condenatória: primeiro, declarando a situação do autor do fato, tornando certo o que era incerto; além de declarar, cria uma nova situação para as partes envolvidas, que até então inexistia, como exemplificamos acima; por fim, impondo (e esta é a determinação da lei, ao afirmar que o juiz, acolhendo o acordo, aplicará) a sanção penal transacionada ao autor do fato, que dever ser executada, voluntária ou coercitivamente.

O Superior Tribunal de Justiça também tem entendido ser condenatória a sentença que homologa a transação penal, consoante ficou decidido no Recurso Especial nº 223.316/SP, julgado em 23.10.2001 e publicado no DJ de 12.11.2001, tendo como relator o Ministro Fernando Gonçalves: “A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração de ação penal”.

Vejamos outra jurisprudência a esse respeito:

Transação penal. Sentença homologatória. Eficácia. Descumprimento do acordado. Impossibilidade de oferecimento de nova denúncia. Esta Corte vem decidindo que a sentença que homologa transação penal possui a eficácia de coisa julgada material e formal. Assim, diante do descumprimento do acordo por ela homologado, não existe a possibilidade de oferecer-se denúncia, determinando o prosseguimento da ação penal e considerando-se insubsistente a transação homologada. Assim considerando, agiu com acerto a magistrada de primeiro grau, ao rejeitar a denúncia oferecida contra o paciente, ponderando que “com a homologação judicial encerrou-se a atividade jurisdicional no âmbito criminal, restando ao Ministério Público executar o autor da infração pela dívida de valor decorrente do não pagamento da pena de multa imposta”. Ademais, o art. 77 da Lei nº 9.099/95 estabelece que o Ministério Público ofertará denúncia nos seguintes casos: quando não houver aplicação de pena diante da ausência do autor do fato ou, ainda, quando não houver transação. No caso em tela, houve transação e, em face do descumprimento do acordo realizado, dever-se-á aplicar o art. 85 da

¹¹ Apud TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei nº 10.259/01*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Lei nº 9.099/95, combinado ao art. 51 do Código Penal, obedecendo-se à nova redação conferida pela Lei nº 9.286/96. Precedentes. Ordem concedida para anular o decisum que, reformando a decisão de primeiro grau, determinou o recebimento da denúncia e o processamento do feito¹².

Não obstante tal entendimento, a referida Corte Superior vem admitindo instauração de ação penal quando a homologação judicial não se efetivou, por estar condicionada ao efetivo cumprimento das condições estabelecidas no acordo entre o Ministério Público e o autor do fato¹³.

É bem verdade que, dentre os que defendem a natureza condenatória da sentença que homologa a transação penal, há os que entendem que, por não produzir os efeitos peculiares das sentenças condenatórias comuns, como a culpabilidade do agente, a criação de título executório no juízo cível e demais efeitos, não pode se classificar como condenatória comum. Dessa forma, deve ficar inserida no âmbito da sentença condenatória imprópria. Dentre os que defendem que a referida sentença possui natureza condenatória imprópria, estão Damásio E. de Jesus, Weber Martins Batista e Julio Fabbrini Mirabette. Fundamentando seu ponto de vista, afirma Damásio E. de Jesus¹⁴:

A sentença não é condenatória. Trata-se de um caso de condenação penal imprópria (...). Se o réu não cumpre a pena restritiva de direitos, há duas posições: 1ª) converte-se em pena privativa de liberdade, pelo tempo da pena originalmente aplicada, nos termos do art. 181, § 1º, c, da LEP; 2ª) retomada ou propositura da ação penal que for evitada pela composição.

Outro entendimento a esse respeito defende que a sentença de transação penal possui natureza constitutiva. Para tais doutrinadores, a junção do ato em que o Ministério Público propõe uma pena não privativa de liberdade ao autor do fato e a aceitação deste é, na verdade, que um acordo de vontade, um consenso. Assim sendo, não pode jamais ter natureza condenatória. Nesse sentido, esclarece Cezar Roberto Bitencourt¹⁵: “A nosso juízo essa decisão é

¹² STJ, 5ª. T, Rel. Jorge Scartezzini, HC 11.111/SP, j. 13-09-2000, DJ, 18 dez. 2000, p. 219. STJ. RHC 30443-SP, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 05.04.2004.

¹³ STJ, 5ª Turma, RHC 11.350-SP, Rel. Gilson Dipp, DJU 27.08.2001; RHC 11.398- SP, Rel. José Arnaldo da Fonseca, DJU 12.11.2001.

¹⁴ JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/01*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 124.

uma sentença declaratória constitutiva. Aliás, o próprio texto legal encarregasse de excluir qualquer caráter condenatório, afastando a reincidência, a constituição de título executivo civil, de antecedentes criminais etc”.

Outra posição sobre o assunto entende que a sentença de transação penal teria natureza meramente declaratória, não acarretando nenhum efeito na esfera penal, tampouco fazendo coisa julgada formal ou material. Não obstante a existência dessa corrente, os seus defensores são minoria. Transcreve-se a seguinte decisão nesse sentido:

A sentença que homologa a transação penal não tem caráter condenatório, mas simplesmente declaratório da vontade das partes, que não acarreta qualquer efeito de natureza penal, não indicando reconhecimento da culpabilidade penal, nem gerando reincidência nem efeitos civis e maus antecedentes. Além do mais, não faz coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal, o que permite ao Ministério Público, em face do descumprimento do acordo pelo autor da infração, promover a devida ação penal, oferecendo denúncia. E a execução da multa na forma do disposto no art.51 do Código Penal deve ser restrita àquela decorrente de sentença condenatória com trânsito em julgado¹⁶.

Há, também, os que defendem ter a referida sentença natureza interlocutória mista, ou com força de definitiva, a exemplo daquela que estabelece as condições de cumprimento do sursis. Pode-se conceituar tal espécie de sentença como sendo aquela que tem força de definitiva, encerrando uma etapa do procedimento processual ou a própria relação do processo, sem o julgamento do mérito da causa. Dentre os que defendem tal corrente, destacam-se José Laurindo de Souza Netto e Márcio Franklin Nogueira. O primeiro¹⁷ afirma:

Conclui-se que a sentença que aplica a medida ajustada em sede de transação penal, a exemplo daquela que estabelece as condições de cumprimento do sursis, é sentença processual de natureza interlocutória mista, ou com força de definitiva, que encerra uma etapa do procedimento, sem julgamento do mérito da causa, e sem a produção dos efeitos da coisa julgada material. Por consequência, o não cumprimento da medida ajustada consensualmente em sede de transação penal e estabelecida condicionalmente por sentença enseja a denúncia, a partir da fase em que se encontrava. Esse entendimento vem sendo adotado no Juizado Especial Criminal de Curitiba.

¹⁶ *Habeas corpus* nº 317.624/1 – Osasco; 2a Câm.; Rel. Juiz Erix Ferreira – j. em 19-2-98.

¹⁷ Apud NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. cit., p.200.

Por outro lado, grande parte dos operadores e estudiosos do direito penal defende que a natureza jurídica da sentença da transação penal é, tão-somente, homologatória. Entretanto, os que defendem tal entendimento deixam bem claro que o fato de a sentença ser meramente homologatória não quer dizer que há uma atitude passiva por parte do juiz. Ao contrário, faz-se mister que haja uma análise judicial sobre os requisitos exigidos pelo art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Os operadores do direito que atuam nos Juizados Especiais Criminais de Curitiba/PR, na sua maioria, vêm entendendo que a natureza jurídica da sentença da transação é meramente homologatória. Assim, seu descumprimento deve acarretar a retomada do processo e a conseqüente instauração da ação penal, com o oferecimento de denúncia. Seguem alguns julgados nesse sentido:

Ementa: art. 16 da Lei nº 6.368/76. Transação homologada. Posterior oferecimento de denúncia. Enunciado 15 desta turma recursal. Trata-se de recurso de apelação interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz Supervisor do Juizado Especial Criminal da Comarca de Jacarezinho que deixou de receber a denúncia oferecida pelo Ministério Público em face de Carlos Henrique de Medeiros pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 16 da Lei nº 6.368/76, sob o fundamento de que já havia sido prolatada sentença homologatória de transação penal, a qual deveria ser executada. O ilustre representante do Ministério Público junto a esta Turma Recursal pugna pelo provimento do apelo. Saliente-se primeiramente que se entende desnecessária a intimação do infrator para contra-arrazoar o recurso interposto, ante a inexistência de relação processual formalizada (ausência de citação). Ademais, mesmo regularmente intimado para dar cumprimento à transação, este restou silente (certidão de fl s. 22). Em que pese o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça invocado pelo MM. Juiz Supervisor, a orientação mais recente, inclusive naquela Corte, tem sido no sentido de considerar válida a ressalva de revogação da decisão homologatória de transação na hipótese de descumprimento – consoante bem expôs o DD. representante do Ministério Público em atuação perante esta Turma em seu parecer. É esta precisamente a hipótese dos autos. De acordo com o que consta do termo de audiência de fl s. 17, ao homologar a proposta de transação oferecida pelo Ministério Público, o então MM. Juiz Supervisor expressamente destacou “sob pena de revogação e instauração da competente ação penal”, o que assegura agora o oferecimento de denúncia. Observe-se, por outro lado, que, a prevalecer o entendimento adotado na decisão recorrida, estar-se-ia admitindo, nos casos de pena alternativa não pecuniária, a conversão em privativa de liberdade, o que já foi reputado inconstitucional pelo E. Supremo Tribunal Federal. Lembrando-se ainda o conteúdo do

Enunciado nº 15: “O descumprimento da transação penal possibilita o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público”. Decisão: Acordam os Senhores Juízes integrantes da Turma Recursal Única do Juizado Especial do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento para determinar o regular processamento do feito, com a designação de audiência de instrução e julgamento nos moldes do art. 81 da Lei nº 9.099/95¹⁸. Ementa: Recurso de apelação. Transação penal. Pena restritiva de direitos. Descumprimento. Conversão em pena privativa de liberdade. Impossibilidade. Oferecimento ou não de denúncia. Diante de seu descumprimento, não pode a pena restritiva de direitos decorrente de transação penal ser convertida em pena privativa de liberdade, tendo em vista que a esta precede a instauração do processo. Entendimento contrário importaria em frontal violação à garantia constitucional do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), sem o qual não se pode tolher a liberdade humana. Recurso conhecido e desprovido. Decisão: acordam os Juízes integrantes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator¹⁹.

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal não é condenatória, nem absolutória, mas meramente homologatória. Assim decidiu, pela sua 1ª Turma, ao julgar o HC 79.572/GO²⁰, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em 20.02.2000, onde se salientou que a sentença que homologa a transação não tem natureza condenatória. No voto condutor do acórdão, o Ministro Marco Aurélio afirmou: “Disseram bem os autores supramencionados que o termo de homologação do acordo não ganha contornos de sentença condenatória, muito menos quanto ao exercício da liberdade de ir e vir” Pela sua 1ª Turma, ao apreciar o RE 268.320-5/PR, sendo relator o Ministro Octavio Gallotti, em 15.08.2000 (DJ de 10.11.2000), voltou a afirmar esse entendimento. Esse tem sido o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes²¹:

A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que

¹⁸Turma Recursal de Curitiba. Recurso 2005.0002671-1. Juiz Relator Letícia Marina.

¹⁹Turma Recursal de Curitiba. Recurso 2004.0000569-1. Juiz Relator Edgard Fernando Barbosa. DJ 17/05/2004.

²⁰Informativo do STF 180, de 28.02 a 10.03.2000.

²¹GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p.168.

não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei.

Dentre os que defendem a natureza meramente homologatória da sentença de transação penal, há os que admitem a existência de coisa julgada formal e material e aqueles que entendem que a aludida decisão faz, apenas, coisa julgada formal. De nossa parte, não enxergamos natureza condenatória no referido decisum, por não ter efeitos peculiares das sentenças condenatórias tradicionais. Por outro lado, não podemos aceitar a natureza de sentença condenatória imprópria. Nesse caso, teríamos de admitir a possibilidade de execução da medida e, conseqüentemente, a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, hipótese que afastamos por completo. No nosso ponto de vista, a sentença em estudo possui natureza meramente homologatória, pelo fato de que o papel do magistrado no momento da prolação da decisão é, tão-somente, dar força jurídica ao consenso realizado entre as partes. Não há, portanto, na realidade, qualquer condenação, tampouco uma modificação na situação do autor do fato.

Na realidade, o magistrado, observando a existência dos requisitos legais, prolata uma decisão homologatória, a fim de dar juridicidade ao acordo formulado pelo Ministério Público e pelo autor do fato, nos crimes de ação pública. Por outro lado, entendemos que a sentença meramente homologatória de transação penal não faz coisa julgada material, ficando, apenas, no âmbito da coisa julgada formal. Ela não entra no mérito da questão, não discute a autoria, a materialidade ou quaisquer outros aspectos do crime.

7 Conseqüências jurídicas do descumprimento da transação penal

Desde a instituição do Juizado Especial, uma grande discussão vem ocorrendo no que se refere às conseqüências jurídicas do descumprimento da transação penal. Algumas correntes se dividem acerca dessa matéria. Por isso, é preciso fazer um estudo sobre a natureza jurídica da sentença que decreta o referido instituto. A princípio, deve-se separar a pena alternativa de multa da restritiva de direitos. Vamos realizar um breve comentário acerca do descumprimento da pena de multa aplicada na proposta de transação penal. O legislador, no art. 85 da Lei nº 9.099/95, previu expressamente: “Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei”.

No momento da elaboração da citada norma, o legislador previu que a referida conversão deveria ser feita nos termos da lei. Entretanto, atualmente não há lei prevendo os termos em que deve ocorrer tal conversão. O referido dispositivo foi revogado tacitamente pela Lei nº 9.268/95, que deu nova redação ao art. 51, caput, do Código Penal. Esse dispositivo dispunha sobre a conversão da pena quando o condenado solvente deixasse de pagar a multa ou frustrasse sua execução. A nova redação, todavia, não mais prevê a referida conversão, tendo revogado, assim, o art. 182 da Lei de Execução Penal, que confirmava tal previsão. Revogou também os §§ 1º e 2º do art. 51 do Código Penal, que estabeleciam o modo de conversão e sua revogação.

Em decorrência de tais modificações, não há mais lei prevendo o modo como deve ocorrer a conversão, motivo pelo qual o art. 85 da Lei dos Juizados Especiais não mais vigora. Sobre a matéria, lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes²²:

O problema é que, por não haver anterior previsão da conversão da pena de multa em restritiva, não está ela regulada na lei e, assim, não sendo paga a multa, não haveria parâmetros legais para a conversão. Como converteria o juiz, por exemplo, 100 dias-multa, sendo cada dia no valor mínimo, em pena restritiva?

Atualmente, não restam dúvidas no sentido de que, ocorrendo descumprimento de pena de multa imposta na sentença homologatória de transação penal, torna-se dívida de valor. Com isso, a execução deve ser feita, com aplicação das normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. Quanto ao descumprimento da pena restritiva de direitos, existem várias correntes. Uma delas defende que a referida sentença possui caráter condenatório. Assim, uma vez descumprida a pena alternativa imposta na decisão, não pode ocorrer o início da ação penal com o oferecimento da denúncia. Dessa forma, deve haver a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Em seu entendimento, essa corrente fundamenta-se no art. 181, § 1º, “c”, da Lei de Execuções Penais.

Para outra corrente, não pode haver nem o início do processo, com o oferecimento da denúncia, nem sua conversão em pena privativa de liberdade, restando, simplesmente, a ineficiência da sentença de transação penal. Uma

²²GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p.217.

terceira corrente, de cujo entendimento compartilhamos, defende que não há como realizar a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Assim, uma vez descumprido o acordo homologado, propõe-se a ação penal, com o oferecimento da denúncia.

Para que se possa fazer uma análise mais detalhada da matéria, é preciso estabelecer um paralelo entre os posicionamentos acima citados e a natureza jurídica da sentença que homologa a transação. Os defensores da natureza condenatória da sentença em estudo entendem que a consequência do descumprimento da transação penal implica a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Para eles, não pode haver o início da ação penal, com o oferecimento da denúncia, haja vista ter a sentença condenatória feito coisa julgada, tanto na órbita material, como formal, encerrando, naquele momento, a prestação jurisdicional. Esse entendimento, atualmente, tem muitos defensores. O STJ é unânime nesse sentido.

A segunda posição é no sentido de que não pode haver nem a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, nem o início ou retomada da ação penal. Porém, tal tese torna inócua a transação penal e foge, por completo, aos principais objetivos da Lei nº 9.099/95. Existe uma outra corrente que defende a natureza meramente homologatória da sentença de transação penal. Todavia, dentre os que defendem tal postura, há os que acham que a sentença meramente homologatória também faz coisa julgada material e formal, o que acarreta a impossibilidade de retomada da ação penal em caso de descumprimento da Transação. Outro entendimento é no sentido de que a sentença meramente homologatória faz apenas coisa julgada formal, podendo haver, em caso de descumprimento da transação penal, a retomada ao processo, com início da ação penal.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes²³ entendem que a sentença de transação possui caráter meramente homologatório. Não obstante, faz coisa julgada material, impossibilitando a retomada do feito, com o oferecimento de denúncia. A esse respeito, esclarecem:

Mas é inquestionável que a homologação da transação configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal. Por isso, se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termos da lei.

²³GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p.169.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, é partidário da tese de que a sentença homologatória da transação penal possui caráter meramente homologatório. Faz coisa julgada apenas formal, sendo possível a propositura da ação penal nos casos de descumprimento da mesma.

Vejamos, a respeito, um julgado da Corte Suprema:

A transformação automática de pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. O inadimplemento do avençado na transação penal, pelo autor do fato, importa desconstituição do acordo e, após cientificação do interessado e seu defensor, determina a remessa dos autos ao Ministério Público. Nem se diga que a visão resulta em desprestígio para o texto da Lei nº 9.099/95. Possível a execução direta do que foi acordado, esta há de ocorrer aplicando-se, subsidiariamente, as normas processuais comuns. Tratando-se de obrigação de fazer de cunho pessoal, impossível é substituí-la na forma estampada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça²⁴.

Nessa linha de raciocínio, afirma Édison Miguel da Silva²⁵:

Partindo do pressuposto de que o objetivo do novo modelo de justiça penal consensual não é a efetivação do castigo ao autor do fato, como fator de credibilidade à coação psicológica da pena cominada, mas sim a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, bem assim que a pena consensual que acaba imposta não resulta de um processo penal condenatório, dada a inexistência de acusação, e nem resulta da assunção de culpa por parte do autor do fato, concluiu-se pela impossibilidade da conversão. E, mais, que a extinção da punibilidade somente ocorre com o cumprimento da pena aceita livremente pelo autor do fato, implicando o seu descumprimento rescisão do acordo penal, razão pela qual só resta ao Ministério Público iniciar a persecução penal, na forma do art. 77, oferecendo denúncia ou requisitando as diligências que entender necessárias.

²⁴ STF HC 79.572/GO, 2a T., Rel. Min. Marco Aurélio

²⁵ SILVA JR., Édison Miguel. *Lei nº 9.099/95: descumprimento da pena imediata no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 2000. p. 549.

Esta também é a orientação sugerida por Luiz Paulo Sirvinskas²⁶:

Homologada a transação, intima-se o autor para cumprila dentro do prazo legal. Em não comparecendo, o juiz determina a sua condução coercitiva e, por fim, revoga a decisão homologatória ou torna prejudicada a transação penal, abrindo-se vistas ao Ministério Público para oferecer denúncia. Uma hipótese prática é aguardar, uma vez aceita a proposta, o cabal cumprimento pelo autor da infração. Cumprida a pena, homologa-se a transação penal e extingue-se a punibilidade em um único ato processual.

Voltando a discorrer acerca da corrente que defende a natureza condenatória da sentença de transação penal, é importante esclarecer que divergimos totalmente dessa tese. E o fazemos tendo em vista que, na referida sentença, não há qualquer juízo condenatório, faltando o exame das provas, dos elementos da infração, da culpabilidade ou da ilicitude do fato. Ademais, a decisão não acarreta os efeitos peculiares de uma sentença condenatória, como a admissão de culpabilidade, a reincidência, a constituição de título executivo civil etc. Sob outro ponto de vista, aqueles que admitem a natureza condenatória da sentença em estudo admitem, também, a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Mas isso, no nosso entendimento, fere os princípios basilares do direito, dentre eles, o devido processo legal e o contraditório.

Ora, o autor do fato, no momento em que aceita a pena proposta pelo representante do Ministério Público, abdica do seu direito de defesa na instrução do processo. Isso porque aceita a pena restritiva e, sem questionar acerca do mérito da decisão, concorda em cumprir as condições impostas. Nesse momento não há, sequer, comentários acerca dos aspectos da infração penal. Assim, questiona-se: Como pode ocorrer, no caso de descumprimento da transação, uma imposição de pena privativa de liberdade, sem sequer proporcionar-se ao autor do fato a possibilidade de se defender, de instruir o processo, de ter o seu direito ao contraditório?

No nosso ponto de vista, essa conversão é uma afronta aos princípios constitucionais. É bem verdade que a conversão em pena privativa de liberdade proporcionaria maior força à sentença de transação penal, tornando-a mais eficaz. Entretanto, não se pode querer dar maior eficácia ao referido instituto, passando-se por cima dos princípios constitucionais do direito. O devido processo legal e o contraditório são princípios que, há muito, vigoram no nosso

²⁶ Apud NOGUEIRA, Márcio Franklin. Op. cit., p. 196.

ordenamento jurídico. Portanto, servem de base para todo e qualquer processo, sendo, pois, inadmissível a imposição de qualquer pena privativa de liberdade sem a obediência a tais princípios.

Por tais motivos, defendemos a natureza meramente homologatória da sentença de transação penal. Em primeiro lugar, porque a aludida decisão não gera nenhum efeito próprio da sentença condenatória; em segundo, porque não modifica a situação fática do autor do fato; em terceiro, porque a função do magistrado resume-se à análise da presença dos requisitos objetivos do autor do fato, bem como à homologação de um consenso anteriormente firmado entre as partes. Dessa forma, entendemos que, uma vez descumprida a transação penal, deve o Ministério Público, em tendo elementos para tanto, oferecer a denúncia. Ou, em caso contrário, requisitar diligências à autoridade policial para, no momento oportuno, dar início à ação penal. Só assim os princípios constitucionais do devido processo legal e contraditório serão preservados.

Na verdade, as divergências jurídicas que existem em torno da matéria e as conseqüências maléficas que ocorrem na aplicação prática do instituto só se fazem presentes por conta da omissão do legislador, quando da elaboração da Lei nº 9.099/95. Nos dias atuais, essa lacuna é inadmissível, pois a referida lei surgiu há mais de dez anos. Portanto, houve tempo suficiente para que o legislador ordinário tivesse sanado a omissão que se faz presente em uma lei que modificou a aplicação do direito penal no Brasil.

8 Críticas à omissão legislativa e à conversão da pena restritiva de direito na transação penal

Como vimos, muitos têm sido os aplicadores do direito que vêm, na prática, convertendo a pena restritiva de direito, imposta no momento da transação penal, em privativa de liberdade. É bem verdade que o nosso ponto de vista, após um estudo mais aprofundado do tema, mudou por completo. Não podemos deixar de afirmar que, antes da análise realizada neste trabalho, aceitávamos a medida que convertia a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Mas o ponto de vista jurídico é sempre mutável e isso faz da ciência jurídica uma área apaixonante.

Hoje, perguntamo-nos por que muitos operadores do direito não percebem que essa conversão é juridicamente absurda, tendo em vista afrontar os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório. Como se sabe, em qualquer litígio jurídico, seja ele na esfera penal, civil,

administrativa, ou em qualquer outro ramo, exige-se, obrigatoriamente, a obediência ao devido processo legal e ao contraditório. Estes são princípios soberanos, previstos expressamente na Constituição Federal de 1988.

Portanto, em todo ato jurídico, deve haver, acima de tudo, o respeito a tais princípios. Mas esse pressuposto, muitas vezes, não vem ocorrendo em matéria referente ao descumprimento da transação penal. Não se precisa ir a fundo na matéria, para se observar que o autor do fato que aceita a proposta de transação penal, feita pelo representante do Ministério Público, não tem a culpabilidade e a antijuridicidade analisadas, naquele momento processual. Ali, na audiência preliminar, o autor do fato abdica de seu direito de comprovar a inexistência, por exemplo, de algum elemento do delito para, sem maiores análises, submeter-se, por exemplo, a uma pena restritiva de direito.

Na prática, muitos autores do fato, no intuito de não terem de responder a um processo penal, mesmo que seja no Juizado Especial, deixam de comprovar sua isenção e acabam por aceitar a proposta de transação penal feita pelo membro do Parquet. Por isso, mantemos o nosso questionamento: Como pode haver a conversão de uma pena restritiva de direito em uma privativa de liberdade, sem que haja a possibilidade de o autor do fato ter a sua defesa apresentada, ser interrogado, enfim, apresentar provas inerentes à realização de um julgamento isento?

Tal conversão é, no nosso entendimento, uma afronta aos princípios assegurados pela atual Carta Magna. É bem verdade, todavia, que nós, operadores do direito, queremos dar eficácia aos institutos jurídicos. E a aludida conversão, diga-se de passagem, é a demonstração da eficácia do instituto da transação penal. Todavia, colocando-se, de um lado, a eficácia do instituto da transação penal e, de outro, o direito do cidadão ao devido processo legal e ao contraditório, conclui-se que o direito do cidadão prevalece, ou deveria prevalecer, em detrimento da eficácia do instituto jurídico. Por isso, a retomada do processo, com o oferecimento de denúncia, não demonstra ineficácia do instituto, apenas demonstra o respeito aos princípios acima referidos.

A maioria dos estudiosos que defende a aludida conversão busca, muito mais, dar uma resposta rápida à sociedade do que fazer uma aplicação justa do direito. Porém, é preciso observar os dois princípios acima citados, enunciados no art. 5o, LV, da Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Em consequência, o autor do fato não pode ter sua pena restritiva de direitos, imposta no

momento da transação penal, convertida em pena privativa de liberdade, sem ter sido ouvido e vencido em juízo, sob pena, inclusive, de afronta à sua dignidade pessoal. Infelizmente, não obstante vivermos em um Estado Democrático de Direito, muitos operadores do direito, colocando de lado os referidos princípios constitucionais, vêm defendendo e aplicando essa medida.

Outro aspecto que não pode passar despercebido é o fato de que a Lei dos Juizados Criminais foi elaborada em 1995. Mas, desde essa época, com o surgimento do instituto da transação penal, há críticas e divergências de opiniões sobre o descumprimento do aludido instituto. Entretanto, até o momento, nenhum projeto de lei acerca da matéria culminou em um suprimento da referida lacuna legislativa. A omissão legislativa foi, indiretamente, a grande causadora desse desrespeito aos princípios ora estudados. O legislador, há muito, deveria ter acrescentado um parágrafo ao art. 76 da Lei nº 9.099/95, dispondo que, em caso de descumprimento da pena restritiva de direito imposta na transação penal, o representante do Ministério Público, tendo elementos para tanto, oferecerá denúncia. Caso isso já tivesse ocorrido, não haveria esse desrespeito, causado pelos profissionais da ciência jurídica, ao direito do cidadão.

9 Conclusões

A Lei nº 9.099/95, que instituiu o Juizado Especial Criminal no nosso Ordenamento Jurídico, foi um marco na justiça penal. A finalidade da referida lei foi, sem sombra de dúvidas, estabelecer o consenso no âmbito da justiça criminal. Apesar da importância dessa lei, é bem verdade que o legislador ordinário, no momento de sua elaboração, foi omissivo no que se refere às conseqüências jurídicas do descumprimento da transação penal. E esse fato vem gerando, no cotidiano jurisdicional, posições práticas e teóricas bastante divergentes. Diante disso, com o presente estudo, chegamos às seguintes conclusões:

a) O Juizado Especial Criminal proporcionou maior desburocratização na justiça criminal, uma vez que a apreciação dos delitos de menor potencial ofensivo passou a ser de competência de uma justiça especializada, facilitando o acesso à justiça no julgamento dos delitos de maior gravidade.

b) O surgimento dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo teve papel fundamental para o incremento do consenso na justiça brasileira. Porém, apesar do avanço que a legislação em estudo

gerou no direito penal brasileiro, sobretudo com a criação dos referidos institutos, verificamos que há omissão legislativa quanto ao descumprimento da transação penal. E isso vem gerando conseqüências que, ao nosso ver, são inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito.

c) Apesar de haver várias correntes que discorrem sobre a natureza jurídica da sentença de transação penal, entendemos que ela tem natureza meramente homologatória. E o fazemos com base em dois posicionamentos. Em primeiro plano, porque a decisão em comento não acarreta nenhum dos efeitos peculiares das sentenças condenatórias; em segundo, porque não modifica a situação do autor do fato, o que, de plano, descarta a natureza condenatória e constitutiva defendida por alguns estudiosos da matéria. Defendemos o posicionamento mencionado, também, pelo fato de que, na referida decisão, o magistrado, baseado na vontade das partes, apenas homologa o acordo fixado, observando, para tanto, a presença dos requisitos exigidos pela lei.

d) Entendemos que a sentença meramente homologatória de transação penal não faz coisa julgada material, situando-se exclusivamente no âmbito da coisa julgada formal. Tal fato possibilita a retomada do processo, na hipótese de descumprimento da transação imposta. Entendemos também que a única conseqüência do descumprimento da pena restritiva de direito imposta na transação penal que não acarreta ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório é o retorno do processo ao estado anterior. A partir de então, o representante do Ministério Público, tendo elementos para tanto, pode oferecer a denúncia, iniciando, dessa forma, a ação penal.

e) Por fim, entendemos que todas as divergências em torno do descumprimento da transação penal foram ocasionadas pela omissão legislativa. Por isso, lamentamos que, passados mais de dez anos da promulgação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, o legislador ainda não tenha preenchido essa lacuna.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*. São Paulo: IBCCrim, 2002.
- CARVALHO, L.G.Grandinetti Castalho de; PRADO, Geraldo. *Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- _____. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2003.
- NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação penal*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e Juizado Especial Criminal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- SILVA JR., Édison Miguel da. *Lei nº 9.099/95: descumprimento da pena imediata no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIREDO JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFAROLI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior
Professor Adjunto da Universidade Estadual do
Rio Grande do Norte/UERN
Professor da Escola da Magistratura do
Rio Grande do Norte - ESMARN

1 Introdução

O dever de probidade está formalmente ligado à conduta do administrador público, como elemento necessário à legitimidade de seus atos. A probidade passou a ser uma virtude presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração Pública com sanções políticas, administrativas e penais. Nesse sentido, dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Além do dever de probidade e como seu complemento natural, está sempre o dever de prestar contas. Nesse aspecto, é relevante a função dos Tribunais de Contas¹ do país, prevista no art. 70 da Constituição Federal:

Art. 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 dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

¹Com o advento da República e pela iniciativa de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, nasceu o Tribunal de Contas. As sucessivas Constituições da República conservaram e ampliaram a presença do Tribunal de Contas na função de controle da despesa pública e da moralidade administrativa. A esta competência do Tribunal de Contas a Constituição de 1988 deu nova fisionomia, dinamizando a presença tradicional do órgão de controle. A fiscalização adquire campo mais amplo. Mais do que apenas financeira e orçamentária, alcança igualmente feição contábil, operacional e patrimonial, compreendendo todas as entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público. Ademais, o controle a ser exercido vai além da legalidade. Dirige-se também à legitimidade e à economicidade na gestão financeira, dilatando-se ao exame da aplicação de subvenções e aos casos de renúncia de receitas, ou seja, aos favores de incentivos fiscais.

O dever de prestar contas é conseqüência natural da Administração Pública como ônus de gestão de bens e interesses alheios. Os atos de gestão tratarão do desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem. Então, é mister que quem o exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, esse dever se expressa, porque a administração se refere aos bens e interesses da coletividade e assume o caráter de um *múnus* público, isto é, de um ônus para com a coletividade. Sendo assim, surge o *múnus* irrenunciável de todo administrador público - agente eleito ou mero funcionário - de prestar contas de sua gestão administrativa. E, nessa tarefa destacam-se os Tribunais de Contas.

A prestação de contas não se limita apenas ao patrimônio público e à gestão financeira, estendendo-se a todos os atos de governo e de administração. Hodiernamente, a concepção da moral, no âmbito da Administração Pública, vai além dos desvios de finalidade. A percepção da identidade pública da participação popular atingiu um grau de preocupação moral com a vida pública. Corrobora esse entendimento Manoel de Oliveira Franco Sobrinho²:

Espécie de ilegalidade ou não, o desvio de poder consagra na vontade administrativa desnecessariamente um pressuposto de imoralidade tal e qual a usurpação e o excesso. A vinculação legal ao ato não basta no domínio dos motivos. Não se podem esquecer nunca as diretrizes subjetivas do próprio poder administrativo dimanadas de uma obrigatoria boa administração.

Nessa perspectiva, Marcelo Caetano³ destaca o dever de probidade, a exigir que o funcionário sirva à “Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. Portanto, o agente autorizado a agir em nome do ente estatal, mesmo quando exerça competência discricionária, não poderá deixar de observar a probidade da Administração. Cabe-lhe desempenhar seu *munus* com vista à obtenção da efetivação dos direitos individuais dos cidadãos.

A atuação administrativa conduzida através da moral resulta em atributos, tais como: a urbanidade no trato ao cidadão, o sigilo nos trâmites

²FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Gênese, 1993. p. 117.

³CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed., Coimbra: Almedina, 1999. p. 749. 2t.

administrativos, a modicidade na cobrança das tarifas públicas, o estabelecimento de critérios objetivos e imparciais para as nomeações dos agentes, a adequada ascensão funcional desses agentes nos quadros públicos, o combate à corrupção e a adequada prestação de serviços públicos.

2 Lei nº 8.429/92 e os seus antecedentes históricos

A Constituição outorgada de 1824, que se caracterizava por demonstrar o caráter sagrado e inviolável da pessoa do Imperador (art. 99), previa, no art. 133, II e VI, a possibilidade de responsabilização dos Ministros de Estado por peita, suborno ou concussão, bem como pela dissipação dos bens públicos. Porém, a Constituição Republicana de 1891 não descurou em prever, desde que houvesse a definição em lei especial, de crimes de responsabilidade do Presidente da República por atos que atentassem contra a probidade da Administração, a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos (art. 54). Tais preceitos foram reproduzidos nas Constituições de 1934 (art. 57, alíneas *f* e *g*) e 1937 (art. 85, alínea *d*).

A idéia de moralidade administrativa em norma de status constitucional surge, inicialmente, com o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Depois, no período de vigência da Carta de 1937, foi promulgado o Decreto-Lei nº 3.240, de 08-05-41, dispondo sobre o seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes que implicassem prejuízo para a Fazenda Pública. A medida, que poderia recair sobre todos os bens do indiciado, seria decretada pela autoridade judiciária, sem audiência da parte contrária, a requerimento do Ministério Público, desde que presentes indícios veementes de responsabilidade, comunicados ao juiz em segredo de justiça.

A Constituição de 1946 manteve a hipótese de crime de responsabilidade do Presidente da República por ofensa à probidade na Administração (art. 89, V). Além disso, inseriu, na parte final do art. 141, § 31, relativo aos direitos e garantias individuais, permissão para que a lei dispusesse sobre o seqüestro e a perda de bens, no caso de enriquecimento ilícito decorrente de influência ou abuso no exercício de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado em 1º de julho de 1957, com a promulgação da Lei Pitombo-Godói Ilha (Lei nº 3.164). Essa lei possibilitava declarar a sujeição a seqüestro, e conseqüente perda em favor da

Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso de cargo, função ou emprego público. O seqüestro se verificaria mesmo ante a absolvição ou extinção da punibilidade no juízo criminal. Previa a possibilidade de o Ministério Público ou qualquer cidadão ajuizar medidas cabíveis contra servidor público que tivesse enriquecido ilicitamente. Além disso, instituiu o registro público obrigatório de bens e valores dos servidores.

Em 21 de dezembro de 1958, foi promulgada a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58), prevendo o seqüestro e a perda de bens daquele que tivesse enriquecido ilicitamente por abuso do cargo, emprego ou função pública. Em 1965, com o propósito de proteger o patrimônio público diante de atos ilegais e lesivos, foi editada a Lei nº 4.717, responsável pela criação da ação popular, instituto que alcançou destaque com a Constituição de 1967 (art. 150, § 31). Com o advento da Constituição de 1988, estabeleceu-se o resguardo da moralidade na Administração. Logo no seu art. 14, § 9º, inserto no Capítulo IV do Título II, que trata dos direitos políticos, o constituinte outorgou competência para a lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade, além dos mencionados no seu texto, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Estabelecendo os princípios básicos que devem ser observados pela Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o art. 37 da Constituição Federal consagra, expressamente, a moralidade, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência. Assim, a ofensa à moralidade administrativa é requisito fundante para a anulação de ato lesivo ao patrimônio público pelo uso de ação popular. Nesse sentido, o art. 14, § 9º, admite, em defesa da moralidade para o exercício de mandato eleitoral, possa lei complementar estabelecer a inelegibilidade. Dentre outras penalidades, atos de improbidade administrativa podem acarretar a cassação de direitos políticos, perda de função, indisponibilidade de bens e obrigações de ressarcimento ao erário.

A legislação federal, além dos casos expressamente previstos no texto constitucional, só atinge os servidores estaduais e municipais, quando dispõe sobre as seguintes matérias: crimes funcionais (CP, arts. 312 a 327; CPP, arts. 513 a 518); inviolabilidade no exercício da função pública (CP, art. 142, III); perda da função pública e interdição de direitos (CP, arts. 92, I, e 47, I); facilitação culposa de conhecimento de segredo concernente à segurança nacional, revelação de segredo funcional relacionado com operações anti-subversivas (Lei nº 6.620/78, arts. 29 e 37); sanções específicas, seqüestro e perdimento de

bens, pela prática de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92); coação eleitoral (Código Eleitoral, art. 300); requisição para o serviço eleitoral (Código Eleitoral, arts. 30, XIV, e 344); retardamento ou recusa de publicação em órgão oficial de atos da Justiça Eleitoral (Código Eleitoral, art. 341).

Aplica-se ainda às seguintes hipóteses: proibição de uso de serviços ou dependências públicas em benefício de partido político (Código Eleitoral, arts. 346 e 377); proibição de remoção no período pré e pós-eleitoral (Lei nº 6.091/74, art. 13); impedimentos e prazos de desincompatibilização (Lei nº Complementar 64/90); proibição de nomeações no período pré e pós-eleitoral (Lei nº 6.091/74, art. 13); requisição de veículos e embarcações oficiais para o transporte gratuito de eleitores (Lei nº 6.091/74, art. 11, V); acidente do trabalho (Lei nº 6.367/76); seguridade social (Lei nº 8.212/91); programa de formação do patrimônio do servidor público - PASEP (Lei Complementar nº 8, de 3.12.70).

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Por sua vez, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Além dela, é importante destacar a recente Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, estabelecendo a garantia da moralidade (art. 2º).

3 Conceito de improbidade administrativa

Flávio Sátiro Fernandes⁴ diferencia moralidade de probidade administrativa, esclarecendo que a segunda é o gênero do qual aquela é a espécie. Deste modo, a probidade administrativa abrange o princípio da moralidade, o que se verificaria com a Lei nº 8.429/92 que define os atos de improbidade. São aqueles atos que ensejam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da Administração Pública. Estão enunciados no art. 37, caput, da Lei Maior, entre os quais destaca-se o da moralidade, juntamente com os princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade. Em suas considerações, o citado autor enfatiza:

⁴FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 136, p. 102-103, out./dez.1997.

A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário ou, ainda, violação aos princípios que orientam a pública administração. Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.

Na mesma direção, posiciona-se Georges Ripert⁵, ao afirmar:

Se uma lei corresponde ao ideal moral, a sua observância será facilmente assegurada; o respeito pela lei apoiar-se-á sobre a execução voluntária e contente do dever, a sanção será eficaz porque ela atingirá os membros da sociedade reconhecidamente rebeldes ao dever. Se, ao contrário, a lei fere o ideal moral da sociedade, ela não será senão imperfeitamente obedecida até o dia em que, malgrado sua aplicação difícil, ela conseguir deformar o ideal moral e aparecer ela mesma como a tradução de um outro ideal.

Para José Afonso da Silva⁶, a imoralidade administrativa é mais ampla do que a probidade, entendendo que esta se trata de uma imoralidade administrativa qualificada, definindo o ímprobo como um dilapidador da Administração Pública. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁷, por sua vez, aponta a relação entre legitimidade e moralidade, ao lecionar:

Sem o elemento moral, presente nos demais elementos ou participante deles, afastada a condição de moralidade, jamais o ato administrativo atinge a perfeição e a eficácia. O ato aqui só aparece perfeito quando nele se integram todos os elementos essenciais que o devam constituir, ou melhor, formá-lo concretamente desde que haja como sempre há um indispensável procedimento prévio.

4 Sujeitos da Lei nº 8.429/92

Como toda ação ilícita, a improbidade administrativa surte efeitos para dois pólos, ou seja, os pólos ativo e passivo da conduta. Parece tarefa fácil a identificação dos sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade administrativa, como se poderia depreender da simples leitura dos arts. 1º a 3º da Lei nº 8.429/92. Entretanto, tal interpretação escorreita levaria a conclusões que

⁵ RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Op. cit., p. 102.

certamente não atingiriam os fins colimados pelo legislador. Identificar o sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa importa saber quais os entes ou pessoas jurídicas, sejam de direito público ou privado, passíveis de sofrerem tais atos. O sujeito passivo, por essência, é a Administração Pública, direta ou indireta, como preceitua o art. 1º da lei em comento.

A doutrina se firmou no sentido de que as fundações mantidas pelo poder público são entidades da Administração Pública indireta, ao lado das autarquias e empresas estatais. Sobre esse tema, não cabem mais quaisquer debates, após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, que retirou do caput do art. 37 da Constituição Federal a expressão “fundações”. Os conceitos de administração direta e indireta estão no próprio ordenamento jurídico. O art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67 define administração direta como a “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”. Já a administração indireta é conceituada como aquela “que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas”. A última categoria foi acrescentada pela Lei nº 7.596/87.

Segundo a Lei de Improbidade Administrativa, poderão ser sujeitos ativos das condutas nela previstas, ou seja, atuantes nas práticas ímprobas, qualquer agente público e terceiros que induzam ou concorram aos atos de improbidade administrativa, bem como deles se beneficiem. Tais disposições se encontram nos arts. 2º e 3º da lei. O art. 2º define o que seja agente público para seus efeitos. Considera-se, assim, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em qualquer das entidades previstas no art. 1º. Entende-se, então que agente público é todo aquele que atua no poder público.

Também os agentes públicos judiciais, bem como os membros do Ministério Público, podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa. Com isso, efetivamente são passíveis de arcar com as sanções previstas em lei. Porém, o mesmo não ocorre com os agentes políticos, aos quais são conferidas certas prerrogativas, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸: “Quanto aos agentes políticos, cabem algumas ressalvas, por gozarem, algumas categorias, de prerrogativas especiais que protegem o exercício do mandato”.

⁸PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 222 p.

É o caso, em primeiro lugar, dos parlamentares que têm asseguradas a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos e a imunidade parlamentar. A regra está expressa no art. 53 da Constituição Federal, que dispõe: “Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”. O mesmo tipo de garantia é assegurada aos deputados estaduais (art. 24, § 1º) e aos vereadores (art. 29, VIII). Em relação a estes, a inviolabilidade, limita-se à circunscrição do Município.

A inviolabilidade, também chamada de imunidade material, impede a responsabilização civil, criminal, administrativa ou política do parlamentar pelos chamados crimes de opinião, de que constituem exemplos os crimes contra a honra. Diz-se imunidade material porque, embora ocorra o fato típico descrito na lei penal, a Constituição exclui a ocorrência do crime. Fenômeno idêntico aplica-se aos deputados estaduais, por força do art. 27, § 1º, da Constituição Federal. Para os vereadores, não existe norma semelhante na Constituição Federal, podendo aplicar-se inclusive pena de perda da função pública.

Em relação ao Presidente da República, o art. 85, V, da Constituição Federal, inclui, entre os crimes de responsabilidade, os que atentem contra a probidade na administração. A Lei nº 1.079/50, ao definir os crimes de responsabilidade, refere-se a conceitos jurídicos indeterminados para definir tais crimes, estendendo-se a todas as categorias de agentes abrangidos pela lei. Assim, constitui crime de responsabilidade “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”.

Sobre a matéria, afirma Marino Pazzaglini Filho⁹: “Assinale-se que não são aplicáveis as sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos ao Presidente da República que for sujeito passivo de ação civil por improbidade administrativa. Essa conclusão resulta das normas constitucionais que disciplinam a cassação do Presidente da República (arts. 85 e 86)”. Segundo o regramento constitucional, a perda do mandato presidencial (*impeachment*) só se verifica por crime de responsabilidade definido em lei especial (Lei Federal nº 1.079, de 10-4-1950), que define os delitos de responsabilidade e regula o processo de julgamento respectivo.

A competência para instaurar o processo é da Câmara dos Deputados e para processá-los e julgá-los é do Senado Federal, cabendo ao Presidente do Supremo Tribunal Federal presidir o julgamento. No caso de condenação, por

⁹PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal, legislação e jurisprudência atualizadas*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 134.

dois terços dos votos do Senado Federal, a punição (resolução do Senado Federal) limita-se à perda do cargo (*impeachment*) com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo de sanção penal por crime comum (art. 2º da Lei nº 1.079/50).

Dessume-se do exposto que o Presidente da República poderá responder, em ação civil, por ato de improbidade administrativa. Na hipótese de ser condenado, descabe a imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos, devendo o decreto condenatório limitar-se às demais penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa. A mesma garantia não é prevista na Constituição Federal, em relação aos governadores e aos prefeitos. Portanto, a eles se aplica, em sua inteireza, a Lei de Improbidade Administrativa. Mesmo que a legislação infraconstitucional ou as Constituições Estaduais prevejam competência do Poder Legislativo para julgamento dos crimes de responsabilidade dos governadores, tais normas não têm o alcance de afastar a incidência do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal.

Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.429/92, aquele que, mesmo não sendo agente público, induz ou concorre para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta, estará sujeito às sanções nela previstas “no que couber”. A expressão “no que couber” refere-se tão-somente à impossibilidade de aquele que não é agente público receber sanção típica, por exemplo, a perda da função pública. Para os fins previstos na citada lei, reputa-se agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em entidades da administração direta, indireta ou fundacional ou de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário público haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual (art. 2º, c/c o art. 1º).

Os responsáveis por atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção ou qualquer benefício do poder público ou para cuja criação ou custeio o erário público haja concorrido ou concorra com menos de 50% também estão sujeitos às penalidades da lei (art. 2º, parágrafo único). Já o abuso de autoridade, definido na Lei nº 4.898, de 9.12.65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5.6.79, sujeita o agente público federal, estadual ou municipal à tríplice responsabilidade: civil, administrativa e penal.

A apuração da responsabilidade civil faz-se por ação ordinária, no âmbito da justiça comum federal ou estadual, dependendo da autoridade. A

responsabilidade administrativa e a penal apuram-se através dos processos especiais estabelecidos nos termos da própria lei, através de representação da vítima à autoridade superior ou do Ministério Público competente para a ação criminal.

5 Modalidades dos atos de improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/92 classifica os atos de improbidade administrativa em três espécies: a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10); c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Em qualquer das espécies, independentemente de outras sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, a lei sujeita o responsável pelo ato de improbidade às cominações previstas no art. 12. Segundo a circunstância, as cominações podem ser: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; multa civil; proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Cabe ao Judiciário aplicá-las, levando em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único).

Na variada tipologia de atos de improbidade administrativa, destaca-se: “Adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou renda do agente público” (art. 9º, VII). Esse destaque deve-se a seu notável alcance, pois inverte o ônus da prova, sempre difícil para o autor da ação em casos como o descrito pela norma. Sob esse prisma, quando desproporcional, o enriquecimento ilícito é presumido, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição.

Formula-se, então, o primeiro conceito, na lição de Cristiano Álvares Valladares do Lago¹⁰: “O caráter exemplificativo de mencionadas hipóteses decorre da interpretação literal, teleológica e sistemática da expressão *notadamente* que antecede o rol descrito pelo legislador”. Filiamo-nos a esse entendimento, conforme se depreende da leitura do caput do art. 9º, que traz a expressão “notadamente”. Infere-se, assim, ser possível a ocorrência de outros casos de improbidade administrativa que ocasionem enriquecimento ilícito, além

¹⁰LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2000. p. 786-791.

daqueles mencionados na lei. A própria expressão constante no artigo mencionado nos leva a essa conclusão, ao considerar como improbidade administrativa toda conduta em que o agente público “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida”. O art. 9º assim preceitua:

Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

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

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou a renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido, ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.

Sobre os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, assim dispõe o art. 10:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Como se observa, os artigos 9º e 10 são enunciados, ora concretos, ora abstratos, das diversas espécies de atos de improbidade administrativa. Verifica-se no estudo da improbidade que, quando o ato ímprobo ocorre, caso não esteja expresso nos art. 9º e 10, fatalmente incorrerá em uma das hipóteses do art.11. Esse dispositivo trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, assim dispendo:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

6 Espécies de sanções aplicáveis

Para cada forma dos atos de improbidade administrativa, cabe uma penalidade específica da Lei nº 8.429/92, dentre as previstas nos três incisos do art.12, além das sanções penais, civis e administrativas previstas em leis e já analisadas. Caio Tácito¹¹, tratando da matéria, destaca a importância da adoção da prevenção:

Mais construtiva, porém, do que a sanção de desvios de conduta funcional será a adoção de meios preventivos que resguardem a coisa pública de manipulações dolosas ou culposas. (...) Os impedimentos legais à conduta dos funcionários públicos e as incompatibilidades de parlamentares servem de antídoto às facilidades marginais que permitem a captação de vantagens ilícitas.

¹¹TÁCITO, Caio. *Moralidade administrativa*. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 218, p. 1/10, out./ dez.1999.

Na hipótese do enriquecimento ilícito, o responsável pelo ato de improbidade está sujeito à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao ressarcimento integral do dano, quando houver, à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos. Sujeita-se ainda ao pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e à proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Já no caso da prática dos atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, o agente público estará sujeito às seguintes cominações: ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se ocorrer esta circunstância; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos; pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano. Fica também proibido de contratar com o poder público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

A terceira hipótese de cominação de pena aplica-se para os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, previstos no art. 11 da Lei nº 8.429/92: ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos entre 3 (três) a 5 (cinco) anos; pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente. Fica também proibido de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos. Na mensuração das penas acima relacionadas, o juiz deve observar a extensão do dano causado, assim como o provável proveito patrimonial obtido pelo agente.

Vale lembrar que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Também, deve-se levar em conta que a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Independente, além disso, da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

7 Procedimento judicial

Caio Tácito¹² assim define os meandros do procedimento judicial:

Na via judiciária, a par dos processos criminais, a ação popular e a ação civil pública facultam a iniciativa popular, ou do Ministério Público, como instrumento de controle da legalidade nos atos da Administração Pública e se especializam no combate à corrupção e a seus efeitos danosos ao patrimônio público.

Dessa forma, qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. Esta representação, por sua vez, será escrita ou reduzida a termo e assinada. Conterá a qualificação de quem representa, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento, segundo o art. 14 da Lei de Improbidade Administrativa. Não sendo preenchidas as formalidades acima indicadas, a autoridade administrativa deverá rejeitar a representação, em despacho fundamentado. Mas esta rejeição não impede a devida representação por parte do Ministério Público. Porém, tal representação deverá conter as formalidades estabelecidas em lei.

Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos. Em se tratando de servidores federais, a ação será processada na forma prevista nos arts. 148 e 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; em se tratando de servidor militar, o feito correrá de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares. De imediato, a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade (art. 15 da Lei nº 8.429/92). Assim, o Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo. Este requerimento não poderá ser negado pela autoridade administrativa.

O Ministério Público e o Tribunal de Contas poderão acompanhar o processo administrativo, devendo comunicar à autoridade processante seu interesse, por meio de ofício. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio

¹²TÁCITO, Caio. *Ibidem*.

público. Tal pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, podendo-se incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. Enfim, a norma permite a investigação ampla do Ministério Público, não mais existindo o sigilo legal bancário para as requisições das necessárias informações.

Após o pedido de seqüestro dos bens e a efetivação da medida cautelar, dentro de 30 (trinta) dias, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada a ação principal, a qual terá o rito ordinário. O prazo de 30 (trinta) dias somente deve ser observado quando houver prévia ação cautelar de seqüestro. Trata-se de prazo meramente indicativo que, se não cumprido, pode tornar ineficaz o seqüestro anteriormente deferido. Caso não seja ajuizada a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, nem por isso há perecimento do direito de ação contra o causador do dano ao patrimônio público e social.

É vedado qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação nestas ações, segundo o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92. A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público. No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Vale acrescentar que, se o Ministério Público não intervier no processo como parte, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade do feito. Ao prolatar a sentença julgando procedente a ação civil de reparação de dano ou decretando a perda dos bens havidos ilícitamente, o juiz determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

7.1 Tutela cautelar

O CPC trata das medidas cautelares, em seu Livro III. Tal previsão torna desnecessária a admissão de cautelares pela lei de improbidade administrativa, pois, conforme o seu art. 17, as cautelares do CPC são aplicáveis ao processo de improbidade administrativa. O primeiro ponto a ser ressaltado é a verificação da possibilidade de serem utilizadas todas as cautelares previstas no Código de Processo Civil para os casos de improbidade administrativa. Nesse sentido, afirma Marino Pazzaglini Filho¹³:

¹³PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., p. 134.

De se ver, outrossim, que, para a proteção de providência jurisdicional pleiteada em ação de improbidade administrativa, o Promotor de Justiça não está limitado às medidas cautelares nomeadas na LIA, podendo, perante a real necessidade, utilizar-se do poder cautelar amplo específico ou inominado previsto no CPC (arts. 796 a 889).

A possibilidade de utilização de qualquer cautelar em se tratando de improbidade administrativa não gera dúvidas. Deve, todavia, ater-se o magistrado aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no tocante à medida a ser utilizada, bem como em quais circunstâncias. A esse respeito, pondera Marcelo Figueiredo¹⁴:

Desnecessário encarecer que a jurisprudência brasileira consagrou o princípio da proporcionalidade como uma das várias idéias jurídicas que fundamentam o exercício dos direitos, bem como a atuação do Poder Judiciário. Qualquer atuação do Poder Judiciário, e, sobretudo, em suas manifestações concessivas de medidas restritivas (como é o caso da consulta), exige necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia da atuação dos direitos fundamentais.

A concessão de medida cautelar em sede de improbidade administrativa submete-se a todos os requisitos necessários inerentes a qualquer medida cautelar. O *fumus boni juris* e o *periculum in mora* também são necessários ante a probabilidade de que ao pedido venha a ser dada procedência. Porém, não deve ser deferida a medida sem que se demonstre a extrema urgência. As medidas cautelares podem ser preparatórias ou incidentais. Quando preparatórias, requerem atuação e tramitação própria para que, em prazo determinado em lei, seja proposta a ação principal. Já nos casos de cautelares incidentais, a medida se faz necessária durante o trâmite processual. Para tanto, deve ser feito pedido ao juízo que esteja conhecendo do processo. Nos casos de improbidade administrativa, tais medidas são de fácil acesso e admissibilidade, visto que o art. 12 da Lei nº 7.347/85 prevê expressamente tal possibilidade.

7.2 Competência

No estudo da competência, a doutrina se dividiu. Na análise da matéria, abriu-se a discussão relativa à possibilidade de cogitar-se de foro por prerroga-

¹⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

tiva de função na improbidade administrativa. Fábio Konder Comparato¹⁵ repele esse entendimento, esclarecendo que, nas ações de improbidade, é inquestionável a competência do juízo de primeiro grau, não sendo lícito ao legislador instituir foro privilegiado. Essa afirmativa se acha apoiada nos fundamentos seguintes: a) a instituição de foro privilegiado é matéria submetida à reserva constitucional, não existindo dispositivo expresso a esse respeito quanto à ação de improbidade, a qual não se confunde com ação penal; b) o princípio da igualdade seria violado pela criação de foro privilegiado, tendo em vista que o constituinte de 1988; não estabeleceu a possibilidade de criação de foro privilegiado, nem autorizou a sua criação mediante lei; c) as disposições constitucionais que instituem foro por prerrogativa de função, em virtude de seu caráter excepcional, são interpretadas de maneira restrita.

A discussão não cessou na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, na Reclamação 591 – SP¹⁶, relativa à ação de improbidade movida contra juízes de Tribunal Regional do Trabalho, decidiu que, estando-se diante de ação civil e não criminal, não teria aplicação o art. 105, I, *a*, da CF. Entretanto, fi cou consignado no voto do relator que, no futuro, impunha-se uma revisão das competências jurisdicionais.

Cita-se também a Reclamação 2.138¹⁷, em cujo julgamento, iniciado em 20-11-02, ensaiou-se uma reviravolta no Supremo Tribunal Federal. Votando, na qualidade de relator, o Ministro Nelson Jobim procedeu à distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição, quais sejam os referidos pelos arts. 37, § 4º, e 102, I, *c*, ambos da Carta Política. Entendeu o Ministro que os agentes políticos, neste último dispositivo, por estarem regidos por normas especiais, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação a ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. A conclusão do voto foi pela procedência da reclamação, reconhecendo a competência do Pretório Excelso, com a extinção do processo em curso perante a 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. O relator foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão.

¹⁵ Apud PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 350-363.

¹⁶ Corte Especial, mv, rel. Min. Nilson Naves, DJU de 15-05-00.

¹⁷ Informativo STF 291.

Em dezembro do mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 10.628/02, que inseriu dois novos parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal, dispondo: a) a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece quanto a inquérito ou ação criminal ajuizada quando já cessado o mandato; b) a ação de improbidade, prevista na Lei nº 8.429/92, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de foro por prerrogativa de função.

O novel diploma constituiu objeto da ADIN nº 2.797 – 2, na qual foi denegada liminar por decisão monocrática da lavra do Min. Sepúlveda Pertence. Sem embargo da relevância dos argumentos contrários à compatibilidade vertical de tal inovação, diante da presunção de constitucionalidade que acompanha as normas emanadas do processo legislativo regular, é temerária a sua não aplicação pelos magistrados singulares. Até porque decisões neste sentido poderiam beneficiar os réus diante da nulidade absoluta que poderia ser reconhecida na eventual sentença condenatória, inclusive em grau de ação rescisória, podendo até ocasionar prescrição da possível renovação da demanda¹⁸.

Com sua nova composição, o Supremo Tribunal Federal poderá elucidar definitivamente a questão. É iminente a necessidade de manifestação conclusiva do Pretório Excelso sobre tão relevante assunto, a fim de ser afastado qualquer risco de insegurança jurídica, o que poderá ocorrer com a retomada do julgamento da Reclamação 2.138, ou com o processamento da ADIN 2.797 – 2.

¹⁸ Enquanto não decidida a questão acerca da inconstitucionalidade em tese do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a inovação da Lei nº 10.628/02, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Reclamação 2.381 – MG (Pleno, mv, rel. Min. Carlos Britto, julg. em 06-11-03, Informativo – STF 328) manifestou entendimento que homenageia a presunção de constitucionalidade das leis, afirmando deverem ser-lhe remetidos os autos de procedimento investigatório instaurado contra atual senador, então governador, à época dos fatos, o qual conclufra pela necessidade de propositura de ação de improbidade. Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no Agravo Regimental na Petição 1.881 – PR (Corte Especial, ac. un., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 25-08-03), malgrado assentar não lhe competir a instauração de procedimento informativo ou administrativo por improbidade, cabendo ao interessado representar à autoridade administrativa competente ou ao Ministério Público, frisou, com muita propriedade, sua competência para a respectiva ação judicial, caso ajuizada contra governador de Estado, em virtude da superveniente edição da Lei nº 10.628/02. A ementa do julgado, bem assim o pronunciamento do relator, são bastante elucidativos a respeito do referido *discrimen*. Por sua vez, pequena irregularidade técnica, constatável com a leitura da ementa do Agravo Regimental na Petição 1.883 – PR (Corte Especial, ac. un., rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 22-09-03), julgado dois dias após, em 18-06-03, parece supor radical mudança hermenêutica, ilação sanada com o teor do voto, no qual se vê inalterado o entendimento de que, com o advento da Lei nº 10.628/02, compete à Augusta Corte o julgamento de ação judicial de improbidade administrativa promovida contra governador de Estado.

8 Declaração dos bens

A lei da improbidade busca, de várias maneiras, bloquear a conduta do agente público, antes que venha a praticar atos ímprobos. Deste modo, a posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente. O Dec. nº 978/93 normatiza a forma da apresentação dessa declaração de bens, conforme expressa o art. 13.

Essa declaração deverá descrever os bens imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no país ou no exterior. Atente-se para fato de que, em determinadas circunstâncias, a declaração deverá indicar também os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico. Outro ponto de relevo na declaração é o fato de que ela deverá ser atualizada anualmente e, quando o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função, deverá novamente demonstrá-la.

A punição para o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que prestar informações falsas, será a demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, segundo o § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429/92. Porém, é lícito ao agente público apresentar cópia da declaração anual de bens entregue na Receita Federal quando de sua declaração do imposto de rendas. Ocorrendo denúncia falsa quanto a ato de improbidade de agente público ou terceiro beneficiário, a esfera administrativa não poderá ficar inerte ao falsário. Quando o autor da denúncia tem conhecimento de que o agente público ou o terceiro beneficiário são inocentes e ainda assim faz a representação, será ele apenado com detenção de 6 (seis) a 10 (dez) meses e multa. Além desta sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem, que houver provocado.

9 Prescrição

O entendimento de que o dano ao erário não prescreve é aceito pela maioria da doutrina. Entretanto, o ato de improbidade em si é passível de prescrição, segundo o art. 23 da Lei nº 8.429/92. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na citada lei podem ser propostas:

- I - até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
- II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Se o vínculo do agente com a administração pública derivar de mandato eletivo, cargo em comissão ou função de confiança, o direito de ação prescreve em cinco anos após o respectivo exercício. Se o agente for titular de cargo efetivo ou emprego, a prescrição consumir-se-á nos termos do prazo previsto para a apuração das faltas disciplinares puníveis com demissão, que é também de cinco anos. Já aos agentes que exercem cargos de direção em entidades privadas, não integrantes da Administração Pública direta, a que se refere o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.429/92, é mais consentânea a aplicação da regra do art. 23, I, do mesmo diploma. Isso ocorre, em face da abertura conceitual da expressão “mandato”, o qual não abrange apenas atividades públicas, mas a gestão de entes particulares, como é, por exemplo, o caso da investidura em diretoria ou conselho de administração de sociedade anônima.

10 Conclusões

Com base nas considerações feitas ao longo deste estudo, podemos chegar as seguintes conclusões:

a) A improbidade administrativa não alberga apenas questões de índole estritamente jurídicas, pois o relevo moral de suas aferições é gigantesco. Há, inclusive, doutrinadores que divergem do gênero na relação improbidade-moralidade. Em virtude das pressões sociais, surgiu, na nossa ordem político-constitucional, a criação de institutos de defesa do patrimônio público, buscando conter as ações levianas de administradores públicos, a exemplo da Lei nº 8.429/92. Sanções severas estão dispostas neste diploma legal, justamente para coibir práticas delituosas dos gestores inaptos ou mal intencionados, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário dos prejuízos causados. Em interpretação extensiva, compreende-se que o termo “agente público”, usado na Lei nº 8.429/92, designa qualquer um que exerça cargo, emprego ou função em entidade, não necessariamente prestadora de serviço público, que receba subvenção, benefício ou incentivo, creditício ou fiscal, do poder público.

b) Ao regulamentar o art. 37, § 4º, da Carta Magna, a Lei nº 8.429/92, no seu art. 12, prevê vários espécimes punitivos a serem aplicados diante da

caracterização de atos de improbidade. No julgamento desses casos, não deverá passar despercebido pelo magistrado o princípio da proporcionalidade, quer para excluir a presença do ato violador da ordem moral administrativa, quer para regular a dosagem da sanção aos fatos cometidos. Deve ainda levar em consideração a incidência de outros limites constitucionais ao *jus puniendi* criminal, tais como a vedação do *bis in idem* e das penas de cunho perpétuo.

c) De acordo com a Lei nº 8.429/92, a legitimidade para ajuizar demanda por ato de improbidade administrativa pertence ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada. No seu texto, está prevista fase destinada ao recebimento da peça vestibular e a possibilidade de imposição de providências de ordem cautelar. Por sua vez, a indisponibilidade de bens, permissiva quando se cogitar de ato que cause enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público, deverá ser argumentada na própria ação ou em demanda cautelar. Na primeira hipótese, está restrita aos bens adquiridos posteriormente aos fatos em apuração, exigindo-se, para a sua decretação, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, além de outros previstos no art. 804 do CPC.

d) O afastamento prévio do agente, previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, o qual pode sobrevir de ofício, objetiva assegurar a satisfatória colheita de provas, ameaçada pela possibilidade do acusado em eliminar ou obstar a produção de elementos de convicção acerca dos fatos a serem devidamente apurados. Essa circunstância deve ser demonstrada pelo julgador no ato que o deferir, sem esquecer que a incidência da medida aos titulares de mandato eletivo se configura exceção, exigindo, para tanto, cautelas redobradas pelo intérprete.

e) A designação do foro é importante, não obstante a indiscutível relevância da argumentação de que a instituição de foro privilegiado se submete à reserva da Carta Política. Assim, a sua disposição mediante lei ordinária afrontaria o postulado que impõe tratamento igualitário (art. 5º, I, CF). Não se pode, por outro lado, inteiramente desconsiderar a presunção de constitucionalidade das leis, de modo a reclamar-se, com urgência, a manifestação do Pretório Excelso sobre o assunto, sob pena de representar forte ferimento à segurança jurídica.

Por fim, a improbidade prescreve nos intervalos temporais mencionados no art. 23 da Lei nº 8.429/92. Sua contagem diferencia-se conforme se trate de agente que exerça cargo efetivo ou emprego público, sem esquecer que, no tocante à pretensão de ressarcimento, suporta a imprescritibilidade, *ex vi* do art. 37, § 5º, da Carta Magna.

Referências

ALMEIDA TOURINHO, Rita Andréa Rehem. A eficácia social da atuação do Ministério Público no combate à improbidade administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 227, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CASTRO, José Nilo de. Improbidade administrativa municipal. In: *Revista Interesse Público*, n. 8, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Ações de improbidade administrativa. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no Estado de Direito. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 5, 1994.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. In: *Revista dos Tribunais*, v. 680.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A moralidade na principiologia da atuação governamental. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. Competência para o julgamento de prefeitos pela prática de atos de improbidade administrativa. In: *Revista Interesse Público*, n. 14, 2002.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. Curitiba: Gênese, 1993.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: história de um conceito. In: *Revista de direito administrativo*, n. 230, 2002.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Improbidade administrativa e atos judiciais. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 11, 1995.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares. *Improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2000.

LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na administração pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 226.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Alguns meios de investigação da improbidade administrativa. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 325.

MATTOS NETO, Antônio José. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da legalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 30, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. Atualizada com a EC nº 31/00, São Paulo: Atlas, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais*,

processuais e de responsabilidade fiscal, legislação e jurisprudência atualizadas. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Luiz Alberto Ferracini. *Improbidade administrativa: teoria, prática e jurisprudência*. Vila Nova: Julex, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Improbidade Administrativa: requisitos para tipicidade. In: *Revista Interesse Público*, n. 11, 2001.

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

RIBEIRO JÚNIOR, Ubergue. Moral e moralidade administrativa: aspectos ontológicos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 228, 2002.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. São Paulo, Freitas Bastos, 1947.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TÁCITO, Caio, *Moralidade administrativa*. São Paulo: RDA, n. 218, out./dez.1999.

LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Antônio Hortêncio Rocha Neto

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Professor do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

1 Considerações iniciais

Grande é a evolução pela qual vem passando a humanidade ao longo do século que se findou e deste que se inicia, com profunda repercussão nas relações entre as diversas sociedades e dentro de cada uma delas. Nesse contexto, afirma Diego Romero¹:

Vivemos, então, num tempo de transição entre uma sociedade industrial e uma sociedade digital, entre uma sociedade nacional e uma sociedade global, entre a lógica formal cartesiana e a cultura dos espaços virtuais, plurais e fragmentados. Estamos envolvidos em uma sociedade de risco, na qual o homem e o planeta vivem cercados de perigo, decorrentes do exacerbado avanço tecnológico desprovido da consciência da finitude dos recursos naturais.

Essas situações de perigo cresceram tanto que tornaram temerária a vida em sociedade, ante o medo dos seus integrantes de sofrerem, a qualquer momento, uma efetiva lesão em seus bens jurídicos. Diante de tal situação, o Estado se viu obrigado a intervir de forma mais enérgica sobre tais condutas, para evitar um verdadeiro colapso social. É, então, a partir daí, que surgem as figuras típicas conceitualmente chamadas de crimes de perigo, que vão tutelar não a lesão ao bem jurídico, mas a sua exposição a um perigo de dano.

Essa intervenção do Estado visa a dar uma maior cobertura ao bem jurídico, de forma que ele seja protegido não só de condutas que possam causar-lhe uma lesão, como também daquelas que possam expô-lo a uma situação perigosa, de iminente lesão, de perigo de dano, em uma verdadeira antecipação da tutela jurídico-penal. Essa proteção, de caráter globalizado, deve abranger tão-somente aqueles bens que são indispensáveis e essenciais à sociedade, sem os quais se acarretaria a ruína social. Estes, sim, serão os bens merecedores dessa ampla cobertura.

José Francisco de Faria Costa² indaga acerca das razões de determinados bens jurídicos, notadamente a vida, mas não somente ela, merecerem tão

¹ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 439, 19 set.2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722>>. Acesso em: 28 out. 2006.

²COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 646.

ampla proteção. Essa proteção envolve o perigo de um crime de lesão, abrangendo aqui a tentativa, seja de um crime de perigo concreto, seja de um crime de perigo abstrato. O próprio autor responde que “tal diferenciada armadura de tutela representa ou indicia, em nossa opinião, uma maior dignidade penal”.

Dessa forma, somente os bens jurídicos primordiais ao convívio social estável seriam passíveis de proteção por todas aquelas espécies de delitos. Surge, a partir daí, a seguinte indagação: quais são esses bens? A resposta nos é dada por Ângelo Roberto Ilha da Silva³, ao esclarecer: “Portanto, há que se tutelar, além dos bens constitucionalmente relevantes assinalados de forma expressa, somente aqueles valores que não se puserem em contradição com ela, observando-se as vedações a incriminações nela contidas, expressa ou implicitamente”.

Conclui-se, dessa forma, que somente serão considerados bens jurídico-penais sujeitos àquela proteção globalizada os que estiverem expressamente tutelados pela Constituição. Serão protegidos também aqueles que, apesar de não o serem de forma explícita, não entrarem em contradição com a Lei Maior, ajustando-se, na verdade, aos seus princípios e mandamentos. Somente estes é que são essenciais para a vida em sociedade.

2 Princípio da ofensividade

Entre os princípios corolários do nosso moderno ordenamento jurídico penal, que é eminentemente garantista⁴, insere-se o da ofensividade ou lesividade. Conforme esse princípio, não há crime sem ofensa a bens jurídicos, assim considerados aqueles essenciais ao convívio social, como observado linhas atrás. Na verdade, essa ofensa envolveria não só a lesão propriamente dita, mas também a exposição a perigo de lesão. O bem jurídico seria, assim, o alvo dessa proteção, seja de uma conduta que venha a lesá-lo, seja de uma conduta que o exponha a uma situação de perigo de dano. Portanto, o controle social só teria legitimidade para atuar quando houvesse lesão a bens jurídicos concretos, isto é, quando o bem a ser atingido possuísse a capacidade de evidenciar as fronteiras do legitimamente crimínável.

³SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 88.

⁴O direito penal moderno tem exatamente essa função, ou seja, tem como finalidade garantir o respeito aos direitos humanos e da cidadania, não se compadecendo com penas que venham a violar tais direitos, como é o caso da de morte, da perpétua, das cruéis, da de banimento e de trabalho forçado, todas proibidas constitucionalmente, consoante o art. 5º, XLVII, “a” a “e”.

Por isso, segundo Magalhães Noronha⁵, “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo bem jurídico protegido pela lei penal”. Já para Heleno Fragoso⁶, “crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal”. Acerca do que foi dito, ensina Fernando Capez⁷ que “a função principal da ofensividade é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos”. Também nesse sentido é o pensamento de Luiz Flávio Gomes⁸:

A função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os bons costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si etc. O direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática. O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico.

Excelente conceituação nos é dada por Ângelo Roberto Ilha da Silva⁹, para quem “o princípio da lesividade ou ofensividade, *nullum crimen sine iniuria*, consiste precisamente na consideração de que toda incriminação deve ter por finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo, ou seja, o modelo legal deve descrever uma conduta que seja apta a vulnerar um bem merecedor da tutela penal”. Por sua vez, René Ariel Dotti¹⁰ afirma que “não é admissível a incriminação de condutas que não causem perigo ou dano aos bens corpóreos e incorpóreos inerentes aos indivíduos e à coletividade”.

⁵NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 105, 1 v.

⁶FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 149.

⁷CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26, 1 v.

⁸GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

⁹SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 92/93.

¹⁰DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 62.

Como se observa, para a incriminação de uma conduta, exige-se que ela tenha violado um bem jurídico. Essa violação envolve a lesão e o perigo de lesão. É preciso, porém, que se atente para o fato de que a referida proteção dada ao bem jurídico essencial ao convívio social é, na verdade, a mais ampla possível. Por isso, ela abrange não só o dano, como também a situação perigosa.

Esta, por sua vez, como lembra José Francisco de Faria Costa¹¹, englobaria o concreto *pôr-em-perigo* e o *cuidado-de-perigo*. Tal nomenclatura permitiria, em última análise, a justificação dos crimes de perigo abstrato, como a seguir se demonstrará, contradizendo o entendimento de alguns autores, para os quais o princípio da ofensividade ou da lesividade não autoriza aquela espécie de delito perigoso; pelo contrário, considera-os inconstitucionais¹².

De qualquer modo, verifica-se que o conceito de ofensividade está insitamente ligado ao conceito de antijuridicidade material, eis que ambos prevêm que determinada conduta somente poderá ser considerada como crime, caso venha a ofender um bem jurídico. É, na verdade, a sua fonte inspiradora. Por essa razão, afirmar-se-ia, seguramente, que, pelo princípio da ofensividade ou da lesividade, seria possível afastar-se a antijuridicidade, no seu aspecto material, e, por conseguinte, o próprio crime.

É nesse sentido o entendimento de Roberto Bitencourt¹³, para quem a antijuridicidade material “se constitui da lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido; isto é, além da contradição da conduta praticada com a previsão da norma, é necessário que o bem jurídico protegido sofra a ofensa ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado”.

Questão interessante, ainda referente ao princípio, em análise, é a sua fundamentação dentro do ordenamento jurídico pátrio. Onde estaria ele previsto? A busca na nossa legislação, em especial na Constituição Federal de 1988, leva-nos à conclusão de que a ofensividade não está, de forma expressa, prevista em qualquer texto legal. Entretanto, da análise de princípios outros trazidos expressamente, podemos identificar o da lesividade.

¹¹ COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 644.

¹² CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 25.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 242.

Como se sabe, a nossa Lei Máxima é considerada e até mesmo designada de “constituição cidadã”, diante da larga gama de princípios protetivos dos direitos humanos e do cidadão por ela trazida – função garantista. Entre estes, encontra-se um princípio-base, ou seja, o princípio da legalidade, previsto no seu art. 5º, XXXIX, para o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Além deste, existe a regra prevista no art. 1º, II e III, que determina ser fundamento da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade humana. Esta última está inserta, na Constituição Federal, em vários dispositivos, tais como os incisos III, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI, todos do art. 5º. Todos eles vedam a tortura e o tratamento desumano ou degradante de qualquer pessoa, proíbem a pena de morte, a prisão perpétua, o trabalho forçado, o banimento e as penas cruéis, determinam o respeito e a proteção ao preso e disciplinam a prisão processual.

Basta uma simples análise dessas normas para se concluir acerca da afluência do princípio da ofensividade. Por outro lado, é preciso observar, na elaboração da figura típica – que somente poderá ser prevista em lei, de acordo com o princípio da legalidade – os princípios da cidadania e da dignidade humana. Em conseqüência, não haveria como se considerar crime uma conduta que sequer violasse ou ofendesse algum bem jurídico, pois tal hipótese seria incompatível com aqueles fundamentos.

A cidadania e a dignidade humana não se compadecem com uma punição ao indivíduo sem que este tenha violado qualquer bem jurídico, porque representaria verdadeira responsabilidade penal objetiva. Por isso, o princípio da legalidade, ao se concatenar com aqueles outros, acaba por contaminar-se com os seus preceitos, fazendo impor às figuras típicas daí decorrentes a observância da violação ao bem jurídico, como requisito essencial à sua plena formação. Se assim não se fizer, não será ilícita, materialmente, a conduta típica. Dessa forma, conclui-se que o princípio da ofensividade ou lesividade está implicitamente previsto no nosso texto constitucional, extraído a partir da análise conjunta dos princípios da legalidade, da cidadania e da dignidade humana.

3 Crime de perigo concreto

Crime de perigo concreto é aquele em que a conduta praticada deverá, efetivamente, expor a perigo de dano o bem juridicamente tutelado, dependen-

do sempre de comprovação. Nessa espécie de delito, o perigo é real, tendo que ser comprovado caso a caso. O perigo integra o tipo, como elemento essencial, sem o qual não haverá a configuração do delito. Aliás, a consumação desses crimes só ocorre com a efetiva exposição do bem jurídico a perigo, exatamente pelo fato de este fator - perigo - ser elemento essencial à constatação do tipo.

Como bem assinala Diego Romero¹⁴, “os delitos de perigo concreto são aqueles que requerem, para a sua verificação, a produção de um resultado, individualmente verificável no caso fático, de real perigo de dano ao objeto protegido pela norma”. Diante disso, verificamos que os crimes de perigo concreto serão, em regra, identificados na nossa legislação penal com a palavra “perigo” fazendo parte integrante do tipo. Essa palavra está inserida em expressões tais como: “expondo a perigo de dano”, “expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem” ou, ainda, “gerando perigo de dano”.

Essa é a regra. Entretanto, poderá acontecer que alguns tipos penais, apesar de não estarem acompanhados de tais expressões, por uma má redação legislativa, sejam também de perigo concreto. Nessas hipóteses, a conclusão será obtida através de uma boa interpretação por parte do aplicador do direito. Exemplo disso nos traz Ângelo Roberto Ilha da Silva¹⁵, ao se referir ao crime de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, descrito da seguinte forma: “se a gestão é temerária”. Acrescenta o citado autor:

Trata-se, sem dúvida, de crime de perigo concreto, jamais podendo ser considerado como sendo de perigo abstrato ou presumido. O temor, vocábulo do qual deriva a adjetivação ‘temerária’, revela, a nosso ver, a exigência do perigo de forma concreta, vislumbrando-o sob o aspecto subjetivo. De modo que o perigo está contido no tipo do delito em questão e isso, e não só isso, demonstra que se trata de crime de perigo concreto. O perigo, repita-se, está presente no tipo, como reclama a doutrina para a configuração do crime de perigo concreto, e não se pode afirmar o contrário exclusivamente pelo fato de o vocábulo “perigo” não estar expresso, mas implícito na adjetivação ‘temerária’. O perigo não é só a motivação, mas elemento do tipo.

De qualquer modo, o perigo, explícita ou implicitamente previsto no tipo penal, deverá ser real e constatado no caso concreto, sob pena de não restar configurado o crime. Tomando-se como exemplo o crime descrito no art. 250

¹⁴ROMERO, Diego. Op. cit.

¹⁵SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 69.

do CP (incêndio), que é de perigo concreto, não basta o agente causar o incêndio. É necessário também que referida conduta venha a expor, de forma efetiva e concreta, o bem juridicamente tutelado a uma situação de perigo de dano. Só assim, restará configurado o delito. Caso não ocorra a mencionada exposição, será atípica a conduta, ante a ausência da caracterização de um de seus elementos essenciais.

O mesmo ocorrerá no crime de direção de veículo automotor sem a devida habilitação, previsto no art. 309 da Lei nº 9.503/97 (Código Nacional de Trânsito). Aqui, não basta, como na hipótese anterior, ser o sujeito flagrado conduzindo o veículo automotor sem possuir habilitação para tanto. Deverá, para a configuração do tipo, ser comprovada uma real situação de perigo produzida por ele ao praticar aquela conduta.

Assim, será atípica a conduta quando a pessoa, que dirigia sem habilitação, mas de forma normal, é parada em uma *blitz* policial que constata a ausência do referido requisito para a condução de veículo automotor. Em tal hipótese, por não ter gerado, de maneira concreta, perigo de dano para qualquer bem juridicamente tutelado, não responderá criminalmente, mas só por possível infração administrativa. Por essas razões, é imprescindível conhecer a conceituação dos crimes de perigo concreto para se fazer uma correta abordagem acerca de todos os seus elementos essenciais, incluindo-se a efetiva e comprovada exposição dos bens juridicamente tutelados ao perigo de dano.

4 Crime de perigo abstrato

O crime de perigo abstrato, diferentemente do crime de perigo concreto, é aquele em que o perigo não integra o tipo penal, mas, ao contrário, é presumido pelo legislador, diante da conduta. Em razão disso, o perigo não precisa ser comprovado caso a caso, bastando, para a configuração do crime, a prática da conduta. Na verdade, o perigo aqui referido é inerente à própria conduta que, encarada de forma abstrata, leva a uma conclusão lógica de que sempre acarretará uma situação de perigo.

Dessa forma, o perigo aqui referido não é elemento do tipo penal, mas sim a sua própria motivação, como ensina José Francisco de Faria Costa¹⁶. Isso porque, como observado acima, a conduta, genérica ou abstratamente considerada, acarreta sempre, pela experiência social, um perigo de dano ao bem

¹⁶COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 620-621.

jurídico. Ante a sua gravidade e, em muitos casos, sua difícil comprovação, motiva o tipo penal, mas não o integra como elemento necessário, exatamente pelas razões mencionadas.

Para Ângelo Roberto Ilha da Silva¹⁷, o crime de perigo abstrato é “aquele cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure*”. No mesmo sentido é o ensinamento de Damásio de Jesus¹⁸, para quem “perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*”. Esse também é o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete¹⁹, segundo o qual o perigo abstrato é aquele “presumido pela norma que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso”. Por fim, para Roxin²⁰, crimes de perigo abstrato são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha que ocorrer um resultado de exposição a perigo”. Nessa trilha, pela relevância das considerações nele contidas, é importante relembrar os ensinamentos de Liszt²¹:

Por ofensa entende-se já a lesão imediata, pela qual o bem é destruído ou sofre diminuição no seu valor, ou perigo *in concreto* e precisamente determinado pela lei, por exemplo, o perigo ‘para a vida ou para o corpo,’ mediante exposição ou abandono de uma pessoa incapaz de valer-se. Às normas que proíbem a ofensa e o perigo *in concreto* se contrapõem as que proíbem certos atos, porque eles envolvem *in abstracto* a possibilidade de um perigo para certos bens jurídicos. Em tais casos esse perigo possível é o único motivo da norma.

4.1 Natureza da presunção nos crimes de perigo abstrato

Questão intrigante diz respeito à natureza da presunção que rodeia os crimes de perigo abstrato. Apesar do entendimento majoritário, no sentido de que é absoluta (*juris et de jure*) a presunção que norteia esses crimes, existem doutrinadores que discordam de tal posição.

¹⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 72.

¹⁸ JESUS, Damásio E. *Direito penal*: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189, 1 v.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 134, 1 v.

²⁰ Apud ROMERO, Diego. Op. cit.

²¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários de José Higinio Duarte Pereira. Campinas-SP: Russell, 2003. p. 236. t. 1.

Uns, como Mantovani²², fazem verdadeira distinção entre o perigo abstrato e o perigo presumido. O primeiro seria aquele em que o perigo é ínsito na conduta, levando-se em consideração a experiência das coisas, cabendo ao intérprete somente verificar a adequação daquela ao tipo, enquanto que, no segundo, o perigo não é ínsito na conduta. Mesmo assim, o legislador o presume de forma absoluta, não admitindo prova em contrário.

Para outros, como Zaffaroni e Pierangeli²³, a presunção dos crimes de perigo abstrato seria relativa, ou seja, *juris tantum*, hipótese em que admitiriam prova em contrário. Há, ainda, os que entendem existirem, nos crimes de perigo abstrato, uns com presunção absoluta e outros com presunção relativa, como João Mestieri²⁴.

Por fim, para Ângelo Roberto Ilha da Silva²⁵, “os crimes de perigo abstrato, como regra, devem manter a presunção absoluta, pressupondo que estejam adequadamente tipificados, ou seja, naqueles casos em que não há meio de separar o perigo da conduta, como, por exemplo, no crime de moeda falsa, que por suas características constitui sempre um potencial perigo à fé pública”. Para o referido autor, seriam, então, de presunção relativa os crimes de perigo abstrato em que, por um equívoco do legislador na formulação do tipo, o perigo não fosse ínsito à conduta, não fosse uma decorrência lógica da ação, de acordo com a experiência das coisas. Nessa última hipótese, seria admitida a prova em contrário.

Entretanto, a partir de uma análise mais aprofundada da matéria, constata-se que a adoção de qualquer entendimento que leve a uma presunção relativa (*juris tantum*) em relação aos crimes de perigo abstrato nos conduz a uma situação incompatível com o ordenamento jurídico penal pátrio. Isso porque, em se adotando a mencionada presunção relativa, estaríamos diante da seguinte hipótese: em um determinado crime de perigo abstrato, a conduta bastaria para configurá-lo, não sendo necessária a comprovação da efetiva exposição a perigo de dano do bem juridicamente tutelado, por parte do órgão acusador, *in casu*, o Ministério Público, ante a presunção do perigo.

²² Apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 73/74.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 561.

²⁴ MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 242, 1 v.

²⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 77/78.

Todavia, como a citada presunção seria relativa, admitir-se-ia a prova em contrário, que, como é claro, caberia ao réu. Diante disso, estaria sendo criada uma espécie de inversão do ônus da prova no direito penal. Porém, tal situação, como dito anteriormente, não se compatibiliza com o nosso ordenamento jurídico, por três motivos, a seguir delineados. Em primeiro lugar, porque o indivíduo-réu não estaria em igualdade com o Estado. Pelo contrário, encontrar-se-ia em total desvantagem, o que, à primeira vista, já nos indica a violação dos princípios da proporcionalidade e da própria dignidade humana, corolários do nosso sistema penal garantista.

Em segundo lugar, porque é inconcebível que alguém, em matéria penal, deva demonstrar o não preenchimento do tipo para, somente assim, ser considerado inocente. Mas, como se sabe, a comprovação de sua responsabilidade criminal caberia ao próprio Estado. O que caberá ao réu, caso faça parte de sua defesa, é a demonstração das causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou da culpabilidade (erro de proibição, coação irresistível etc.), mas nunca que determinado elemento essencial do tipo (o perigo) não se configurou. Tal tarefa, repita-se, é atribuição da parte que acusa. A esse respeito, convém transcrever o ensinamento de Eugênio Pacelli de Oliveira²⁶:

O princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Estado a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas a demonstração da eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ele alegada.

Em terceiro lugar, estar-se-ia ferindo frontalmente o princípio do *in dubio pro reo*, para o qual, como se sabe, a dúvida existente no processo penal deve ser sempre considerada como favorável ao réu. A mencionada violação aconteceria, portanto, quando o acusado não conseguisse comprovar a incoerência do perigo, restando, ao menos, uma dúvida nos autos, consistente na efetivação ou não do perigo no caso concreto. Em tal hipótese, essa dúvida, mesmo dominando a interpretação do juiz, não poderia ser por este aproveitada para beneficiar o réu com uma sentença absolutória. Nesse caso, só por não

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23.

ter sido afastada a presunção do perigo, ficaria o julgador, mesmo que estivesse com dúvida, obrigado a prolatar uma decisão condenatória. Essa hipótese, sem sombra de dúvida, afronta o princípio em análise.

Por essas razões, não será cabível qualquer entendimento que considere relativa a presunção dos crimes de perigo abstrato. A presunção deve ser, realmente, absoluta, restando aqueles delitos que, apesar de considerados como de perigo abstrato, não atribuírem a um perigo ínsito à conduta a pecha de inconstitucionalidade, por violação do princípio da ofensividade, como mais adiante se verá.

4.2 Discussões acerca da antijuridicidade dos crimes de perigo abstrato

Como foi visto, de acordo com o princípio da ofensividade ou lesividade, uma conduta só poderá ser considerada criminosa quando violar um bem juridicamente tutelado. Afirmou-se também que determinados bens jurídicos, por sua essencialidade para a vida social, merecem uma proteção mais abrangente. E assim, requerem punição para as condutas que o lesionariam, para as que o exporiam a um efetivo perigo de dano e para as que, insitamente, trariam uma potencial exposição ao perigo de dano.

É dentro desse contexto que devem inserir-se os crimes de perigo abstrato. Esta espécie de crime, para não afrontar o princípio da ofensividade ou lesividade, tornando-se, então, inconstitucional, terá que violar o bem juridicamente tutelado. É necessário, então, estudar a fundo os crimes de perigo abstrato, correlacionando-os com o citado princípio, para se constatar ou não a sua legitimidade. É exatamente nesse aspecto que os delitos, aqui analisados, sofrem duras críticas. Não são poucos os doutrinadores que entendem serem eles inconstitucionais, isso porque, nas suas compreensões, não violariam qualquer bem jurídico, afrontando o princípio da ofensividade, que é informador do direito penal e eminentemente garantista. Sobre a matéria, leciona Diego Romero²⁷:

Vislumbra-se que os crimes de perigo abstrato não buscam responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, senão evitá-la, barrá-la, prevenindo e protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real, concreto efetivo de dano. Ao fazer uso desta modalidade delitativa, quer o direito penal da atualidade proporcionar, ou melhor, dar a sensação de segurança ao corpo social.

Em suas considerações, acrescenta o citado autor: “claramente, desse emprego dos tipos penais de perigo abstrato, resulta afronta ao enunciado do direito penal clássico *nullum crimen sine injuria* e, por conseguinte, inobser-

²⁷ROMERO, Diego. Op. cit.

vância ao princípio constitucional da ofensividade, pois não há crime sem resultado”. No mesmo sentido é a lição de Lênio Luiz Streck²⁸:

Ora, será demais lembrar que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado? Caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas *in abstracto*, violando os já explicitados princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito.

Edison Miguel da Silva Jr.²⁹, a respeito da matéria, faz as seguintes considerações:

Preocupado com as implicações dessa classificação, Damásio E. de Jesus afirma que “não são admissíveis delitos de perigo abstrato ou presumido em nossa legislação”. Igualmente, Luis Flávio Gomes alerta para a inconstitucionalidade do tipo de perigo abstrato, “por violar o princípio da ofensividade, que conta com assento constitucional indiscutível”. Francisco de Assis Toledo, por sua vez, adverte: “O crescimento descontrolado desses crimes de perigo abstrato, especialmente na área dos delitos de trânsito, delitos contra o meio ambiente, contra a saúde pública, contra a ordem econômica e tributária etc., pode pôr em risco o direito penal de cunho liberal, orientado e autolimitado pela exigência da ofensa ao bem jurídico, transformando essa exigência em uma espécie de ficção a ponto de já se falar na exposição a perigo do direito penal pelo surgimento de um direito penal da exposição ao perigo (Herzog)”.

Como visto, no entendimento de vários autores, os crimes de perigo abstrato, exatamente por não exigirem a comprovação, caso a caso, da efetiva exposição do bem jurídico a perigo de dano, não satisfazem o princípio da ofensividade, sendo, por isso, inconstitucionais. Entretanto, referido entendimento não seria o mais correto, como a seguir se demonstrará.

4.3 Ofensividade na modalidade de cuidado-de-perigo

O princípio da ofensividade ou lesividade deve, como já aludido, ser compreendido de forma ampla, envolvendo uma proteção globalizada do

²⁸ STECK, Lênio Luis. *O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica*. Revista de Estudos Criminais do ITEC, Ano 1, 2001, n. 1, p. 54.

²⁹ SILVA JR., Edison Miguel da. *Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Boletim IBCCrim n. 76 - mar./99, p. 6-7.

bem jurídico. Nesse diapasão, na percepção de José Francisco de Faria Costa³⁰, “a ofensividade pode, assim, estruturar-se em três níveis, todos eles tendo como horizonte compreensivo e integrativo a expressiva nomenclatura do bem jurídico: dano/violação; concreto *pôrem-perigo* e *cuidado-de-perigo*. Por aqui se podem perceber, pois, os pressupostos fundantes dos crimes de perigo abstrato”.

O princípio da ofensividade envolve uma tutela ampla, uma verdadeira armadura para os bens jurídicos. Abrange, portanto, o *cuidado-de-perigo*, que consiste “em proibir conduta que seja apta a vulnerar algum bem jurídico”³¹. E quais seriam essas condutas? A resposta a tal indagação já foi, de certa forma, apresentada neste trabalho, mas, pela sua importância, merece ser repetida. Como já dito, pela experiência das coisas, é fácil notar que determinadas condutas, mesmo sendo analisadas abstratamente, causariam exposição a perigo de dano, caso viessem a ser praticadas.

São condutas que, pela sua gravidade, levam a uma conclusão lógica e inafastável de que, se efetivadas, conduzirão, obrigatoriamente, a uma situação de perigo. São, pois, plenamente aptas a vulnerar o bem jurídico. Por esse motivo, o legislador contenta-se somente com a sua prática para a caracterização do delito, não exigindo a comprovação, no caso concreto, do perigo. Deve-se, todavia, atentar para o seguinte fato: o legislador não exige a comprovação do perigo no caso concreto, mas a ocorrência do próprio perigo.

De fato, a ocorrência da situação perigosa nos crimes de perigo abstrato é inerente à conduta, é ínsita a ela. Portanto, praticada a ação, a situação perigosa advirá, de maneira inexorável, eis que assim informa a experiência das coisas, razão pela qual não necessita de ser comprovada. Por isso é que a presunção, nestes casos, será sempre absoluta (*juris et de jure*), não admitindo prova em contrário. Significa que o perigo sempre existirá, não sendo, entretanto, necessária a sua comprovação. Aqui, mais uma vez, é preciso apresentar os ensinamentos de José Francisco Faria Costa³² sobre o tema:

O intérprete, perante um caso de “imediate” enquadramento na dogmática dos crimes de perigo abstrato, tem de, apelando à *hermeneia*, repensar o tipo perscrutando o seu interior, no sentido de o avaliar em função do princípio da ofensividade. Por outras palavras: não basta o legislador definir com exactidão a conduta ou

³⁰ COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 643/644.

³¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 95.

³² COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 646.

condutas proibidas. É preciso ainda e sempre, através da categoria de mediação do cuidado de perigo, ver se aquela conduta proibida visa a proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico-penal.

Exemplo clássico é o do crime de moeda falsa, previsto no art. 289 do CP. Referido delito envolve conduta que, considerada de forma abstrata, antes mesmo de sua efetivação, leva-nos à conclusão inarredável de que, se praticada, colocará sempre em perigo de dano o bem juridicamente tutelado, qual seja, o da fé pública. A violação a mencionado bem, nesse caso, é incontestável. Por isso, quando praticada a conduta descrita no citado tipo penal, não haverá necessidade de comprovação da ocorrência do perigo, em razão de sua inafastável conclusão de existência, afigurada, diga-se novamente, pela experiência das coisas da vida.

Outro exemplo é o delito de quadrilha ou bando, descrito no art. 288 do CP. Isso porque a simples associação de mais de três pessoas para a prática de crimes indeterminados, mesmo sendo um mero ato preparatório para os delitos a serem futuramente praticados, já põe em risco de dano a sociedade. É que, com tal conduta, a paz que deve reinar no seio social resta afrontada e, com isso, sempre aparece, de maneira inafastável, a exposição à situação de perigo. Assim também o será nos crimes de perigo comum, nos crimes contra a paz pública, nos crimes ambientais etc.

Dessa forma, é preciso analisar o princípio da ofensividade em uma perspectiva mais ampla, envolvendo, além do dano/violação e do concreto *pôr-em-perigo*, também o *cuidado-de-perigo* (proibição de conduta apta a vulnerar o bem jurídico). Com isso, verifica-se que não há contraposição entre este e os chamados crimes de perigo abstrato, baseados naquela última forma de proteção do bem jurídico³³.

³³Transcreve-se, a esse respeito, o entendimento de Ângelo Roberto Ilha da Silva: “Outros exemplos poderiam ser mencionados, mas as hipóteses aqui indicadas são suficientes para ressaltar o equívoco do entendimento segundo o qual os delitos de perigo abstrato não respeitariam o princípio da lesividade. O princípio da lesividade ou da ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal. Em suma, os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência, e, para tanto, é mister uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador. Há que se pensar um direito penal de forma mais atualizada, desprendido do individualismo extremado e voltado tanto para os tradicionais quanto para os novos bens, que, por suas características, só possam ser protegidos de forma eficaz mediante a tutela antecipada, que se traduz na adoção de tipos de ilícito de perigo abstrato” (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 101).

Assim, se, pela experiência das coisas da vida, ou seja, da vivência social, determinada conduta, abstratamente considerada, vier a ser efetivada ou expuser algum bem jurídico a perigo de dano, o crime de perigo abstrato que a consignar não será violador do princípio da ofensividade. Pelo contrário, estará em perfeita sintonia com este último, de acordo com o seu terceiro nível: o *cuidado-de-perigo*. Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade dessa espécie de delito.

Por outro lado, se a conduta abstratamente considerada, mesmo quando efetivada, não expuser um bem jurídico a perigo de lesão, estará evidentemente constatada a violação ao princípio da ofensividade. É que não basta a previsão legislativa de determinada conduta como crime de perigo abstrato. É preciso também que o perigo seja ínsito na conduta, seja uma conseqüência lógica dessa conduta. Se, porventura, não o for, configurada estará a sua inconstitucionalidade, pela não obediência ao princípio acima esposado. Convém frisar, neste aspecto, que não haverá também violação do princípio da proporcionalidade, desde que sejam observadas aquelas condicionantes. Além disso, é preciso se atentar para a idoneidade e a necessidade da resposta penal e para a razoabilidade entre o crime e o bem jurídico protegido³⁴.

Com isso, pode-se afirmar que uma possível inconstitucionalidade não será decorrente, de forma genérica, dos crimes de perigo abstrato em si considerados, mas sim de um possível equívoco de construção legislativa que venha a prever, como infração penal, conduta que não viola, em nenhum dos seus níveis, o princípio da ofensividade. Portanto, a violação a tal princípio, diga-se novamente, é efetivada por erro legislativo e não pelo conceito de perigo abstrato.

Assim, para se confirmar a legitimidade de determinado crime dessa espécie, basta analisar se a conduta nele prevista, caso venha a ocorrer, ocasionará uma efetiva exposição de algum bem jurídico a perigo de dano. Se a resposta for afirmativa, será ele legítimo; se for negativa, será ilegítimo, por violação ao princípio em comento, já que, na hipótese, não se estaria maculando qualquer bem jurídico. A análise deverá, pois, ser feita caso a caso.

³⁴Esclarece, a respeito, Ângelo Roberto Ilha da Silva: “O que revela salientar, como procuramos demonstrar, é que o princípio da proporcionalidade não será desprezado, de antemão, *a priori*, pelo simples fato de o legislador optar pelo modelo de incriminação de perigo abstrato. Verificamos, a partir da análise de um mesmo bem jurídico, dois tipos penais: um atendendo ao princípio, outro não. De modo que, para atender ao princípio da proporcionalidade, o crime de perigo abstrato deverá, antes de tudo, apresentar uma precisa descrição na qual a conduta vulnere, ao menos potencialmente, um bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser ínsito à conduta, de acordo com as regras da experiência e do bom senso. Deve-se, então, averiguar a idoneidade e a necessidade da resposta penal ante a conduta e, num terceiro passo, fazer uma ponderação em torno da razoabilidade na relação entre meio (incriminador) e fim (tutela do bem jurídico). O legislador deverá avaliar a conveniência, valendo-se da prudência para não incorrer em excesso, mas o exame se dá caso a caso. De modo que o crime de perigo abstrato ora poderá ser proporcional ao fato, ora não” (Op. cit., p. 116/117).

5 Considerações finais

A sociedade vem passando por grande evolução, com inegável influência em todas as relações sociais. A atual conjuntura baseia-se em uma verdadeira sociedade de risco. Em razão disso, foi necessária uma intervenção antecipada e mais enérgica do Estado, para dar proteção maior aos bens jurídicos essenciais ao convívio social. Essa proteção veio prever, como figura incriminadora, além das condutas que produzam uma lesão no bem jurídico, também aquelas que o expunham a um perigo de dano.

Entretanto, essa nova forma protetiva, sob pena de ser considerada inconstitucional, deve estar em consonância com o princípio da ofensividade ou lesividade, corolário do nosso atual sistema jurídico penal, que é eminentemente garantista. Para o referido princípio, traduzido pela fórmula *nullum crimen sine iniuria*, não haveria crime sem violação a qualquer bem juridicamente tutelado, assim considerados aqueles previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal.

Surgiu, então, a questão a ser enfrentada, qual seja a de correlacionar os crimes de perigo com o princípio da lesividade. Quanto aos crimes de perigo concreto, nenhum problema adveio, eis que, em sendo estes caracterizados pela efetiva e comprovada exposição ao perigo de dano, a violação ao bem jurídico seria evidente. Já em relação aos crimes de perigo abstrato, foi necessária a realização de um estudo mais apurado. Verificou-se que, nesta espécie de crime, o perigo é a sua motivação, diferentemente do que ocorre nos crimes de perigo concreto, em que o perigo é elemento essencial do tipo. Na verdade, ele é inerente à conduta. Assim, sendo esta praticada, obrigatoriamente, haverá o perigo de dano, consoante constatações trazidas pela experiência da vida.

Por isso, a ocorrência do perigo será sempre presumida, não necessitando de qualquer comprovação caso a caso. Aqui, emergiu o embate quanto à natureza de tal presunção: se absoluta ou relativa. Apesar de argumentações em contrário, observou-se não ser consistente qualquer entendimento que considere a presunção que informa os crimes de perigo abstrato como sendo relativa. Isso porque uma inversão no ônus da prova, em direito penal, violaria os princípios da proporcionalidade, da dignidade humana e do *in dubio pro reo*. Além disso, impor a ao acusado a prova de sua própria inocência, quando tal incumbência competirá ao órgão acusador. Em razão disso, o melhor entendimento seria o que reputa a dita presunção como absoluta (*juris et de jure*).

Todavia, vários autores consideram os crimes de perigo abstrato inconstitucionais, por entenderem que tais delitos não se coadunam com o princípio da ofensividade, ante a não violação de qualquer bem jurídico. Ocorre que referido entendimento não leva em consideração uma análise mais ampla daquele princípio, de forma a abranger nele três níveis: o dano/violação, o concreto *pôr-em-perigo* e o *cuidado-deperigo*. Este último consiste na proibição de conduta capaz de vulnerar o bem jurídico. Neste terceiro nível, o perigo é inerente à conduta. Assim, diante da sua gravidade, pode-se concluir, de maneira inexorável, em razão da experiência das coisas da vida, que o perigo de lesão ao bem jurídico sempre advirá, caso seja ela efetivamente praticada. É exatamente aqui que se inserem os crimes de perigo abstrato.

Salientou-se também que não se deve confundir a não exigência de comprovação do efetivo perigo de dano com a própria exposição a essa situação perigosa. É que os crimes de perigo abstrato exigem, sob pena de violação do princípio da ofensividade, com conseqüente pecha de ser ele inconstitucional, uma efetiva exposição do bem jurídico a uma situação de perigo de dano, não sendo necessária, entretanto, a sua comprovação. Isso nos leva a uma conclusão lógica: em se verificando aquele terceiro nível de violação do bem jurídico – *cuidado-de-perigo* - com efetiva exposição deste ao perigo de dano, não há que se falar em ilegitimidade do crime de perigo abstrato. Ao contrário, se não for observado esse pressuposto, será ele inconstitucional, por violação do princípio da ofensividade.

De qualquer forma, isso acontecerá somente em casos de equívoco legislativo. Ao não se atentar para a exigência de respeito ao princípio da lesividade, em quaisquer de seus níveis, formulam-se tipos penais com condutas que, abstratamente consideradas, não trazem em si, de maneira ínsita, o perigo como conseqüência lógica. Por tudo isso, pode-se concluir que os crimes de perigo abstrato, em si considerados, não são inconstitucionais, pois o seu fundamento encontra suporte no terceiro nível de proteção do bem jurídico: o *cuidado-de-perigo*. Inconstitucional será, sim, a má formulação típica por parte do legislador, que, extrapolando os seus limites, prevê como crime conduta que não viola o bem jurídico em quaisquer de seus níveis de proteção, ferindo, com isso, frontalmente, o princípio da ofensividade.

6 Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 7 v.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JESUS, Damásio E. *Direito pena: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários de José Higinio Duarte Pereira. Campinas-SP: Russell, 2003. 1 t.
- MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 242 p. 1 v.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1 v.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 1 v.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 439, 19 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722>>. Acesso em: 19 nov.2004.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA JR., Edison Miguel da. *Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Boletim IBCCrim n. 76, mar./99.

STECK, Lênio Luis. *O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica*. [s.l.]: Revista de Estudos Criminais do ITEC, ano 1, n. 1, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

1 Introdução

A violência contra a mulher, freqüentemente aviltada pelos resquícios da ideologia patriarcal, é fruto da sua histórica posição de subordinação. Essa prática condenável sofreu notáveis mudanças com a entrada em vigor, no dia 22 de setembro de 2006, da Lei dos Crimes contra a Mulher e Violência Doméstica e Familiar (ou Lei Maria da Penha). Essas mudanças ocorreram principalmente com a criação de mecanismos de intervenção preventiva e repressiva. Os objetivos da citada lei são, principalmente, o de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, visando a assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher.

O Ministério Público, na qualidade de guardião dos interesses da sociedade, assumiu a responsabilidade de agir, em nome da mulher vítima da violência doméstica, com base na legitimidade outorgada pela Lei Maior e pela Lei Maria da Penha, para atuar em juízo, em defesa de suas aspirações maiores. A participação do Órgão Ministerial é indispensável. Tem legitimidade para agir como parte, intervindo nas ações como *custos legis*, tanto nas causas cíveis como criminais (art. 25). Ao ser intimado das medidas que foram aplicadas (art. 22, § 1º), pode requerer a aplicação de outras (art. 19) ou sua substituição (art. 19, § 3º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, deve o promotor estar presente na audiência (art. 16). Também lhe é facultado requerer o decreto de prisão preventiva do agressor (art. 20).

Mesmo que tenha sido atribuída aos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a instituição de um sistema nacional de dados e informações estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 38), o Ministério Público deverá manter um cadastro similar (art. 26, III). As Secretarias Estaduais de Segurança Pública devem remeter informações para a base de dados do Parquet (art. 38, parágrafo único). Tal registro não se confunde com os antecedentes judiciais. Ainda que a operacionalização dessa providência legal possa gerar mais trabalho, a medida é salutar. Trata-se de providência que visa a detectar a ocorrência de reincidência, como meio de garantir a integridade da vítima. Também lhe foi atribuída a defesa dos interesses e direitos transindividuais previsto na lei (art. 37).

Pela primeira vez no Brasil, uma lei nova tenta conter o velho problema da violência contra a mulher. Foi implantado um sistema de maior rigor

penal, introduzido pela Lei nº 11.340/2006, ao fato típico da infração ali definida. A partir das últimas décadas do século XX, são visíveis os avanços, no Brasil, como de resto no mundo ocidental, no sentido da afirmação e garantia dos direitos da mulher, da superação das relações de subordinação e da construção de uma nova forma de convivência entre os gêneros. Esses avanços estão associados ao crescimento da participação da mulher nas atividades econômicas, com sua entrada maciça no mercado de trabalho, coincidente com a expansão do setor terciário da economia. São também resultado da evolução comportamental e da parcial superação de preconceitos no campo da sexualidade.

Seguindo essa tendência, há algum tempo, os movimentos feministas, dentre outros movimentos sociais, se fizeram co-responsáveis pela hoje inegável expansão do poder punitivo. Aderindo à intervenção do sistema penal como base de solução para esses problemas, contribuíram decisivamente para a implantação do maior rigor penal. Como resultado dessas lutas, as legislações punitivas em vários países foram alteradas, buscando conter ou prevenir a violência contra a mulher. Estabeleceram, nesse sentido, princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas constituições democráticas, com a crescente valorização dos direitos fundamentais.

Mulheres e homens entusiastas do rigor penal como pretensa solução para a violência de gênero vêm lutando com a finalidade de superação de práticas diferenciadas, arbitrárias ou discriminatórias. Lutam para a concretização do direito fundamental à igualdade para homens e mulheres. Não aceitam mais as práticas diferenciadas, arbitrárias e discriminatórias que suprimem direitos fundamentais. Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 11.340/06, podemos destacar as seguintes:

a) No âmbito da violência doméstica contra a mulher, será punida a ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico e dano patrimonial, provocados no ambiente familiar. Entende-se, nesse caso, qualquer relação íntima de afeto, independentemente da opção sexual, onde as pessoas convivam ou tenham convivido. Noutros termos, para efeito da citada lei, estão em sua esfera de proteção a família tradicional que se origina do casamento, a família que brota da união estável e até mesmo aquela que surge das relações homossexuais ou a família monoparental.

b) O art. 44 do novo diploma legal alterou o art. 129, § 9º, do Código Penal, elevando a pena máxima do delito para três anos, afastando-o, com isso, do rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Tanto é assim que a nova lei

prevê a criação de juizados especiais criminais, outorgando competência ao juízo criminal comum para a aplicação da Lei nº 11.340/06 até a criação de tais órgãos (art. 14 e 33).

c) O art. 41 trouxe expressa vedação à aplicação da Lei nº 9.099/95 “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista”. A determinação tem relevância, mesmo diante do aumento da pena estabelecida no art. 44. Isso porque existem dispositivos na Lei dos Juizados Especiais que se aplicam aos delitos que estão além de sua competência, como a suspensão condicional do processo, que seriam atingidos pela vedação mencionada. Além disso, existem infrações penais que continuam sendo de menor potencial ofensivo, mesmo que praticadas no âmbito da violência doméstica, como a ameaça, por exemplo. Sem dúvida, o art. 14 trouxe um grande avanço com a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal.

2 Aspectos controvertidos

O diploma legislativo, no afã de proteger a mulher, não hesitou em alterar disposições da Lei dos Juizados Especiais, estabelecendo a aplicação de penas diferenciadas aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Trata-se, portanto, de um dos pontos controvertidos da nova lei. Nesse caso, houve a quebra da isonomia, manifestada na exclusão da incidência da Lei nº 9.099/95 em hipóteses de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41) ou na vedação da aplicação de penas de prestação pecuniária e de substituição da pena privativa de liberdade que implique o pagamento isolado de multa (art. 17).

O princípio da isonomia exige que o mesmo tratamento seja dado e os mesmos direitos sejam reconhecidos a todos que estejam em igualdade de condições e situações. O fato de uma determinada infração penal caracterizar-se como uma violência de gênero não é um diferencial, quando se cuida de institutos relacionados à dimensão do potencial ofensivo da infração penal. Também não o é, quando se cuida do modo de execução da pena concretamente imposta, não se autorizando, assim, por essa irrelevante particularidade, a desigualdade de tratamento.

O grau de uma infração penal que a faz ser identificável como de menor ou de médio potencial ofensivo é determinado pela Lei nº 9.099/95, com base, tão-somente, na medida das penas máxima e mínima abstratamente comina-

das. Trata-se aqui de lei geral imperativamente aplicável a todos que se encontrem na situação por ela definida. Portanto, não está autorizada estabelecer a desigualdade de tratamento entre pessoas a quem seja atribuída prática de infrações penais. Em regra, devem ser-lhes cominadas penas máximas ou mínimas de igual quantidade, tendo em vista o igual teor.

No que concerne à dimensão de seu potencial ofensivo, uma infração penal que se evidencia como violência o gênero, a que é cominada pena máxima de dois anos, não se distingue de quaisquer outras infrações penais para as quais são cominadas iguais penas máximas.

Todas se identificam, em sua igual natureza de infrações penais de menor potencial ofensivo, pela quantidade das penas que lhes são abstratamente cominadas.

Além disso, todos os autores igualmente se identificam na igualdade de condições e situações em que se encontram. Nessa discussão, merece destaque o fato de que a Constituição da República igualou, em direitos e deveres, homens e mulheres, especialmente no que concerne à sociedade conjugal (art. 226, § 5º). O mesmo fez em relação aos filhos, dando-lhe total igualdade, nos termos do art. 227, § 7º.

A nosso ver, está aí, um dos pontos controversos. Quando a lei refere-se à violência doméstica e familiar contra a mulher não está dispondo, única e exclusivamente, sobre a mulher que é agredida pelo marido ou companheiro. Neste contexto de relações, a violência pode ser exercida por pais contra filhas ou, ao contrário, por filhos contra a mãe. Como se observa, criou o legislador infraconstitucional duas situações distintas, deixando de lado a isonomia constitucional. Exemplificadamente, imaginemos que a filha é agredida pelo pai e essa agressão causa lesão corporal. Nesse caso, o pai responderia pelo crime previsto no art. 129 do Código Penal, com a nova pena prevista no art. 44 da Lei nº 11.340/06, sem direito à aplicação de qualquer instituto despenalizador previsto na Lei nº 9.099/95, sendo a ação penal pública incondicionada.

Imaginemos agora a agressão do pai contra o filho. Nesse caso, pelo cometimento da infração, responderá também o pai pela regra do art. 129 do Código Penal, com a nova redação imposta pela Lei nº 11.340/06. Todavia, como o art. 41 da citada lei estabelece que a Lei dos Juizados não se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, neste segundo caso, a ação penal seria pública, condicionada à representação. Portanto, seria possível, em tese, a suspensão condicional do processo.

O mesmo raciocínio pode ser feito no caso do filho que ameaça a mãe e o pai. Na ameaça contra a mãe, não se aplica a Lei dos Juizados Especiais, ao revés do que ocorre na violência perpetrada contra o pai. Ademais, esse tratamento diferenciado tem repercussão nas relações homoafetivas, que passam a ser reconhecidas no território nacional. Aqui não é preciso muito esforço para se perceber que a Lei nº 11.340/06 acabou por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher, bem como entre filhos, entes que o poder constituinte originário tratou de maneira igual. E, como resultado, gerou desigualdade na entidade familiar.

Outro ponto que provoca controvérsia no texto da lei em análise está na aplicação das medidas protetivas de natureza cível. A hierarquia dos bens jurídicos, tutelados pela Constituição da República, se vê também violada. São medidas que impõem o afastamento do autor do alegado crime do convívio com a ofendida e testemunhas, retratando violência de gênero (inciso I a III do art. 22). Tais medidas têm natureza cautelar, sendo aplicáveis unicamente para assegurar os meios processuais em que se busca a realização da pretensão punitiva fundada na alegada prática do crime configurador da violência de gênero.

Sua imposição, portanto, se condiciona à existência de fatos demonstrativos de que a proximidade do autor de um tal crime com a ofendida ou com as testemunhas estaria a impedir sua livre manifestação, assim constituindo um risco ao normal desenvolvimento do processo. A Lei nº 11.340/06 trata de matéria cível, incluindo, dentre as medidas protetivas de urgência, a restrição ou a suspensão de visitas a “dependentes menores” e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios (inc. IV e V do art. 22).

A restrição ou suspensão de visitas a filhos viola o direito à convivência familiar, assegurado pela CF (art. 227) e pela Convenção sobre os Direitos da Criança (§ 3º do art. 9º). Esta expressamente enuncia o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regulamente relações pessoais e contato direto com ambos. Ao pretender suprimir tal direito, a Lei nº 11.340/06 desconsidera a vontade da criança ou do adolescente. Preocupando-se apenas com a audição de “equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar”, viola regras estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Esses dispositivos asseguram à criança que for capaz de formar seus próprios pontos de vista o direito de exprimir suas opiniões livre-

mente sobre todas as matérias que lhe forem atinentes. E assim, devem ser levadas em conta suas opiniões em função de sua idade e maturidade, para esse fim. Deve, além disso, ser-lhe dada oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito.

Outro aspecto controvertido da discriminatória proteção à mulher encontra-se na regra do art. 16 da lei em exame. Estabelece o citado dispositivo que a renúncia à representação só poderá se dar perante o juiz, em audiência especialmente designada para tal fim e ouvido o Ministério Público. A mulher passa a ser assim, objetivamente, inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora. É tratada como alguém incapaz de tomar decisões por si própria.

Ainda no tocante ao citado art. 14, para a plena aplicação da lei, o ideal seria que em todas as comarcas fosse instalado um JVDFM. O juiz, o promotor, o defensor e os serventuários da justiça deveriam ser capacitados para atuar nessas varas. As comarcas também precisariam contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (art. 34). Porém, diante da realidade brasileira, não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todas regiões deste país. Até porque, de modo injustificado, sequer foi exigida sua criação ou definidos prazos para a sua implantação.

3 Considerações finais

Podemos concluir, nestas observações sobre a Lei nº 11.340/2006, que, infelizmente, o que se verifica é a constante ausência de uma política pública criminal, através da ratificação de uma legislação de emergência, com forte apelo à sua função simbólica. Ainda que se conclua pela existência da eficácia simbólica da lei, o fato é que esta possui limites. Por isso, deve ser usada com parcimônia, sob pena de se adotar um procedimento autofágico. Diante da pluralidade exacerbada da legislação, os mecanismos de persecução penal apresentam capacidade reduzida de realização do plano de criminalização. Por consequência, atuam de forma mais seletiva, pondo em xeque a credibilidade do sistema que, por sua vez, é componente indispensável para a eficácia simbólica da norma.

Desnuda-se, assim, a ineficácia do sistema penal, mormente no que toca aos crimes que compõem a delinquência e que, em regra, estão fora das categorias atingidas pela Lei nº 9.099/95. Não há como compreender que o legislador pretenda resolver o problema da violência doméstica recorrendo, de forma discriminatória e inconstitucional, ao mesmo procedimento. O discurso do “mais do mesmo” já foi objeto suficiente de demonstração na literatura especializada, para que se pretenda apresentá-la com foros de novidade. A questão passa a ser pragmática: enquanto o país não conseguir sair deste círculo vicioso, o problema criminal avulta. Portanto, fica difícil saber até quando o quadro será reversível sem o recurso a práticas exterminatórias.

LIMITAÇÕES À LIBERDADE EM FACE DA PRÁTICA DE TIPOS PENAIIS

Ricardo Alex Almeida Lins

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

O Estado, monopolizando o poder de coerção, é, de certa forma, em relação ao homem, obstáculo às suas liberdades, enquanto o homem é, por essência, livre. A liberdade, reza a Declaração de Direitos de 1789, inspirada nessa doutrina, consiste no poder de fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício da liberdade não tem outros limites, além daqueles indispensáveis a assegurar a todos o desfrute dos seus direitos. Tais limites estão estabelecidos, de forma geral, na lei.

No tocante à liberdade, Duguit¹ chegou a dizer que o homem tem o dever de exercê-la. Além disso, não deve dificultar o exercício da liberdade por parte das outras pessoas. O equilíbrio entre autoridade e liberdade tornou-se, então, o principal problema político do direito. Permite-se, pois, ao homem exercer seus direitos e suas liberdades nos limites estabelecidos pela legislação ordinária, desde que não desfigure os direitos constitucionalmente declarados. As liberdades individuais, vistas por esta seara, não são castelos onde o homem vive indiferente ao resto da sociedade.

A interdependência social e a solidariedade social e fraternal exigem que as liberdades individuais sejam guiadas pelo bem-estar individual acomodado ao bem comum. Esse modo de entendê-las converge para o que se convencionou chamar de direito social. Segundo Radbruch², tutelando o bem comum, é ele delimitado pelos direitos a que todos aspiram: os direitos humanos, cuja essência se expressa precisamente em garantir a liberdade exterior do homem, possibilitando, assim, a liberdade interior da sua conduta moral. Para melhor entender a necessidade de limitação da liberdade em vista do bem comum, observe-se o comentário de Rawls³:

Ao limitar a liberdade por referência ao interesse geral na ordem e na segurança públicas, o governo age apoiado num princípio que seria escolhido na posição original. Pois, nessa posição, cada um reconhece que o rompimento dessas condições constitui um perigo

¹ Apud GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 120.

² Apud GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Op. cit., p. 129.

³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 231

para a liberdade de todos. Isso decorre, logicamente, da compreensão de que a manutenção da ordem pública é uma condição necessária para que todos atinjam seus objetivos, quaisquer que sejam (desde que se situem dentro de limites).

Com efeito, o problema da liberdade se põe no âmago da experiência do direito, pela razão fundamental de ser a liberdade a raiz mesma do espírito. Consoante observação de Wilhelm Windelband⁴, só é possível falar de preceito, ou de norma de conduta e de sua vigência, admitindo-se que existe no homem um poder capaz de transpor as funções naturalmente necessárias da vida psíquica, possibilitando o cumprimento da prescrição normativa. Esse poder é a liberdade e o domínio do homem sobre sua consciência, “a determinação da consciência empírica pela consciência normativa”.

Como se observa, 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. Cabe à reflexão filosófica o olhar atento para denunciar os atos de prepotência, bem como a ação silenciosa da alienação e da ideologia. A esse respeito, Mounier⁵ afirma:

O “batismo da opção” (Kierkegaard) marca e consolida cada etapa da luta da liberdade. A opção aparece, inicialmente, como poder de quem opta; escolhendo isto ou aquilo, indiretamente escolho-me a mim mesmo e nesta opção me edifico. A opção, decisão criadora, rompendo com fatalidades e probabilidades, subverte necessariamente cálculos e previsões, mas somente assim pode se tornar a origem criadora de uma nova ordem e de uma inteligibilidade nova e, para quem tomou tal decisão, da maturidade graças à qual o mundo progride e o homem se forma.

Para ratificar tal posicionamento, observemos o pensamento de Whitaker da Cunha⁶, para quem “a liberdade deve ser entendida não como direito a

⁴ Apud REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p. 219.

⁵ Apud MARTINS, Antônio Colaço. *Metafísica e ética da pessoa: a perspectiva de Emmanuel Mounier*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 75.

⁶ CUNHA, Fernando W. da. *A declaração de direitos e garantias das liberdades individuais como princípios básicos na estrutura do Estado*. Revista do Curso de Direito da UFU, p. 125. 1983.

comportamento sem limites, metafisicamente considerado, mas como uma conduta solidária, limitada pelos direitos dos outros, num feixe de prerrogativas e responsabilidades, como percebeu Kant”.

O homem alcança sua independência pessoal interior, quando adquire consciência de si mesmo perante o ambiente em que vive e perante o mundo; quando consegue discernir o seu poder como indivíduo, como ente social e, acima de tudo, quando começa a refletir sobre sua própria liberdade. Entendemos, portanto, que liberdade individual é um atributo da vontade humana e uma conquista da personalidade do homem, de posse de si mesmo. Ao trazer à tona considerações sobre a limitação interna e externa do postulado da liberdade, conclamando a sociedade a averiguar como decorreu o processo de motivação que leva um agente a ser culpado por determinado fato, Eduardo Correia⁷ enfatiza:

Mesmo sem cometer o erro dos positivistas de negar a liberdade de autodeterminação ao homem, mesmo aceitando, como se deve, que o delinqüente quando se decidiu pelo crime poder-se-ia ter decidido de outra maneira, não pode recusar-se que um conjunto de circunstâncias exógenas e endógenas facilitam ou dificultam a sua decisão de o cometer.

Há quem sustente, porém, que ser honesto ou ser criminoso é o produto de decisão livre através da qual se escolhe a tendência que existe dentro de cada homem para o bem ou para o mal. Desse modo, todas as qualidades do caráter do delinqüente, seguindo tal linha de entendimento, podem ser-lhe imputadas através de sua culpa pelas decisões tomadas. Assim, à proporção que o direito criminal afirma certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever de formar ou, pelo menos, de preparar a sua personalidade com vista a não se colocarem em conflito com tais valores ou interesses. Violando este dever, em conformidade com Eduardo Correia⁸, o delinqüente se constitui em culpa pela não formação ou não preparação conveniente da sua personalidade. Nesse sentido, assinala:

O direito penal não quer fazer dos homens sábios artistas, heróis ou santos. Com o juízo de culpa apenas se quer censurar o delinqüente que não se preparou para respeitar aquele mínimo que a vida em sociedade impõe. Em face desta meta tão modesta e dispondo o homem para a alcançar do conjunto de todos os elementos de sua personalidade, dificilmente se poderá falar de tendências relativamente às quais ele nada pode.

⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 45, 1 v.

⁸ CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 329.

A primeira idéia, portanto, que se faz do direito penal é que ele é um direito sancionador, que afeta a liberdade do indivíduo, quando este pratica atos reprováveis, contrariando as regras sociais e legais, presentes no Estado Social e Democrático de Direito em que vive. Então, toda vez que houver uma conduta negativa e, portanto, proibida pela lei penal, teremos a imposição da pena. Para reforçar tal afirmação, traz-se a lição de Kelsen⁹, que, na presente citação, despe-se do seu brilhantismo e faz coro à obviedade:

Quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de “prescrita”), a conduta real (fática) pode corresponder à norma ou contrariá-la. Corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como de acordo com a norma deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma.

Portanto, uma normal motivação obriga o agente a conduzir-se de conformidade com o ordenamento jurídico. A norma de dever é, assim, dirigida a cada indivíduo, impondo-lhe a obrigação de motivar-se de conformidade com o direito. Significa que os comportamentos são sempre fundados em um valor ou presos a um desvalor, posto que a norma se dirige não à exterioridade da ação, mas ao comportamento no seu todo. Reprova-se o agente por ter podido agir diversamente, quando não o fez. Deste modo, vê-se que a reprovação pressupõe uma anterior utilização da liberdade de modo contrário ao estabelecido pelo ordenamento jurídico. Assim, através de um desígnio pessoal, ao se decidir pela prática do ilícito, o homem, ao mesmo tempo, usa sua liberdade e obsta a sua preservação em plenitude.

Ademais, justifica-se o peso das conseqüências do ato ilícito, qual seja a limitação da liberdade, quando se verifica que a prática do ilícito é previsível e, portanto, dotada de vontade. No dizer de Miguel Reale¹⁰, o futuro não vem ao nosso encontro como um bem ou um mal imprevisível e gratuito da natureza; é antes um desafio à liberdade como condição que permite ao homem empenhar-se em operações de pesquisa. Assim, ainda que a liberdade seja tida como bem inalienável, sofre necessárias limitações desde quando surgem os ilícitos penais. Sem dúvida, a prática do delito extingue o *status libertatis* e faz com que os indivíduos sofram as conseqüências de uma

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998. p. 18-19.

¹⁰ REALE, Miguel. Op. cit., p. 43.

ordem imperativa, advinda da chamada custódia em flagrante delito ou por ordem da autoridade que enfeixa poderes expressamente para deter a locomoção de ir e vir de um infrator.

Tal cerceamento legitima-se na necessidade de uma medida que evite a desordenação da sociedade. O tolhimento da liberdade, ante o dever de justiça, é essencial no sentido da repressão e da defesa social. Daí se inferir que, se os direitos individuais têm garantias, sofrem, por outro lado, as devidas limitações, para que venham atender aos reclamos da tranqüilidade pública. A permissão da restrição da liberdade de cada indivíduo corresponde à necessidade de se proteger a liberdade de todos, em uma concessão plenamente democrática.

2 Justificativas para a intervenção estatal na esfera penal

Quando a ação de alguém coloca em risco a liberdade de outras pessoas, a intervenção do Estado se justifica plenamente. Assim é que, quando há uma violação à regra geral de coexistência das liberdades, está amplamente justificada a aplicação da pena com vistas a restringir a liberdade daquele que ameaça a liberdade alheia. Kant¹¹ chega mesmo a dizer que “o direito e a faculdade de constringer são uma mesma coisa”. Faz parte, então, da noção de direito a ameaça, o constringimento, a aplicação da pena.

Esclarece o citado autor que o direito é a limitação da liberdade de cada um e a condição de sua consonância com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal. Neste sentido, o direito público seria, então, o conjunto de leis exteriores que tornam possível semelhante acordo universal. Assim, já que toda restrição de liberdade pelo arbítrio de outrem chama-se coação, segue-se que a constituição civil é uma relação de homens livres que se encontrariam, contudo, à mercê de leis coercitivas.

No texto: “Sobre o dito comum: isso pode ser dito em teoria, mas nada vale na prática”, de 1793, Kant¹² afirma que *status civil*, considerado como situação jurídica, fundamenta-se nos seguintes princípios: a liberdade de cada membro da sociedade como homem, a igualdade deste com todos os outros como súdito e a independência de cada membro de uma comunidade como cidadão. A partir desses pressupostos, serão analisadas duas justificativas para a intervenção estatal na esfera penal.

¹¹ Apud NAHRA, Cínara Maria Leite. O imperativo categórico e o princípio da coexistência das liberdades. *Princípios*, Natal, UFRN, ano 2, v. 3, p. 13-31, jul./dez.1995.

¹² Apud NAHRA, Cínara Maria Leite. Op. cit., p. 24.

2.1 Limitação da liberdade pela reprovação da opção realizada pelo agente

A reprovação penal é o resultado da análise de todo o fato considerado criminoso nas suas relações objetiva e subjetiva com o agente. A existência de uma imputação subjetiva, em nível de culpabilidade, fundamenta a reprovação penal pela conduta desviada dentro do grupo social. O liberalismo, no desejo de fundamentar a punição, condicionou-se à existência de uma relação psíquica entre o autor e o fato delituoso. Outrossim, expulsou do campo penal a responsabilidade objetiva, tendo em vista que o aspecto objetivo passava a ser a razão da responsabilidade. Neste passo, a limitação da liberdade pela punição só é legítima quando presente tal relação psíquica.

Para que haja consciência do ilícito, segundo Maggiorè¹³, não é necessário o exato conhecimento da norma. Basta a idéia por parte do agente de estar agindo ilicitamente, de modo que a norma penal não tem a função prática de transformar-se em motivos de agir. Tal objetivo a norma penal só pode alcançar desde que conhecida. Neste contexto, a limitação à liberdade pela punição só seria legítima, caso houvesse o dolo manifesto. Para Musotto¹⁴, o direito penal deve atender às exigências concretas da vida social, de modo que a reprovação ocorrerá por ter o agente agido diversamente do preceituado. A mera violação da norma, então, não é capaz de legitimar a limitação da liberdade, pois não encerra o conteúdo do crime. Este é revelado pela disparidade entre o fato violador e os valores e interesses sociais. Sobre a matéria, leciona com sua lucidez ímpar, Miguel Reale Júnior¹⁵:

Liberdade de querer é, então, a capacidade de impor um sentido aos impulsos, capacidade de determinar-se de acordo com o sentido próprio do homem e de suas circunstâncias. O homem livre é aquele que pode interferir no processo dos impulsos, impondo-lhe um sentido. É pressuposto da ação e logo, também, da culpabilidade que o agente não seja prisioneiro dos impulsos, que ele possa agir segundo sua determinação racional.

Deste modo, é no domínio de sua liberdade que o agente, ao optar pela prática do ilícito, assume as conseqüências e se decide por se sujeitar à punição. Dirige, assim, sua existência segundo seus impulsos livres. O comportamento

¹³ Apud REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 139.

¹⁴ *Ibidem*, p. 141.

¹⁵ *Ibidem*, p. 149.

é, conseqüentemente, tanto uma decisão do agente acerca de sua vida como, também, o reflexo de sua personalidade. Tanto a decisão do agente como a sua personalidade possibilitam que se individualize a reprovação da formação concreta da vontade delituosa. Jorge Figueiredo Dias¹⁶ entende, por isso, que a decisão de um comportamento concreto, fundado na opção de um valor posto como motivo de agir, tem de ser reconduzida a uma decisão prévia, na qual o homem decide sobre si mesmo. Liberdade, assim, é a capacidade de decidir sobre seu próprio ser, pelo sentido de sua vida.

Mister se ressaltar, contudo, na esteira de Francisco Muñoz Conde¹⁷, que a capacidade de poder atuar de modo diverso daquele como se atuou é indemonstrável. Lembra o citado autor que, no direito penal, como nos demais ramos do direito e da vida social, há casos em que “a pessoa, entre várias tarefas possíveis, elege uma que é prejudicial a outros, sem que isso lhe proporcione um juízo negativo por sua conduta”.

Ressaltando tal circunstância, segundo o citado autor, em uma sociedade em que coexistem distintos sistemas de valores, “é preciso admitir a existência de indivíduos que, mesmo podendo, teoricamente, conhecer a ilicitude de sua ação, nem sequer a questionam, quando essa ação é normal no grupo social a que pertencem (ciganos, estrangeiros, etc.)”. Sendo sua conduta reprovada pela lei, mesmo não incorrendo em erro de proibição, a sua liberdade será cerceada, uma vez que o ordenamento jurídico “fixa uns níveis de exigência mínimos, que podem ser cumpridos por qualquer pessoa”¹⁸. Além desses níveis, o ordenamento não pode impor o cumprimento de suas determinações.

Assim, a limitação da liberdade consiste na reprovabilidade da prática da ação, ou seja, na reprovação da opção realizada livremente pelo agente, quando poderia agir conforme o direito. Limita-se, assim, a liberdade, reprovando-se pessoalmente o agente por ter, na situação concreta, optado e agido, quando estava em seu poder não fazê-lo, pondo-se em consonância com a norma legal. Vale salientar, contudo, que a limitação da liberdade através da punição só é possível àquele que é livre. A imputabilidade é pressuposto da ação, pois o inimputável não age, enquanto se compreenda a ação como escolha entre valores. Desse modo, imputável é o homem que é livre, que possui liberdade.

¹⁶Ibidem, p. 159.

¹⁷MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 127.

¹⁸MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 161.

2.2 Adaptação social pela norma jurídica

Sobre a essência da norma jurídica, que se apresenta como instrumento de adaptação social, ensina Maria Helena Diniz¹⁹:

É evidente, entretanto, que nem todos os fatos, mesmo conduta, têm para a vida humana o mesmo valor, a mesma importância. Há fatos, inclusive puros eventos da natureza, que possuem para os homens, em suas relações intersubjetivas, significado fundamental, enquanto outros, ou por lhes fugirem ao controle, ou por não lhes acarretarem vantagens, ou, ainda, por não lhes provocarem o interesse, são tidos como irrelevantes.

A interligação entre o indivíduo e os mandamentos da norma apenas pode ocorrer se o indivíduo tiver capacidade para se sentir motivado pela norma, conhecer o seu conteúdo ou se encontrar em uma situação em que pode ser rígido, sem maiores esforços, por ela. Desse modo, pode desenvolver suas faculdades para conhecer as normas que regem a convivência no grupo a que pertence e, assim, dirigir seus atos de acordo com essas normas. A esse respeito, argumenta Francisco Muñoz Conde²⁰:

A norma penal se dirige a indivíduos capazes de se motivarem, em seu comportamento, pelos mandamentos normativos. O importante não é que o indivíduo possa escolher entre várias ações possíveis, que é precisamente o que a norma proíbe com a ameaça de uma pena. A partir de determinado desenvolvimento mental, biológico e cultural do indivíduo, espera-se que este possa motivar-se por mandatos normativos. [...] A “motivação”, a capacidade para reagir frente às exigências normativas, é, segundo acredito, a faculdade humana fundamental que, unida a outras (inteligência, afetividade, etc.), permite a atribuição de uma ação a um sujeito e, em consequência, a exigência de responsabilidade pela ação por ele praticada.

Escrevendo sobre as características da norma jurídica, Arnaldo Vasconcelos²¹ arremata: “Se a observância voluntária da norma afasta a coação, tornando-a prescindível e, por isso, insuficiente para discriminá-la, não dispensaria, contudo, o momento hipotético da coatividade”. Permaneceria esta, fosse ou não fosse a norma acatada. Assim, a coatividade também não serve como elemento caracterizador da norma jurídica.

¹⁹ DINIZ, Maria H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 210.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 130.

²¹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 34.

A pena é um desses fatos sociais de validade universal, no tempo e no espaço, do qual nenhum povo prescinde e, se quiser prescindir, dissolve-se. A justificação da pena está na sua necessidade, ou seja, em ser ela um meio imprescindível para a manutenção de uma comunidade social humana. Álvaro Mayrink Costa²² afirma esse pensamento, ao explicar como e por que a norma jurídica é essencial para dar ao Estado instrumento de imputação e, assim, capacidade de promover a adaptação social daqueles que ferem o ordenamento através do uso inadequado da liberdade. Nessa perspectiva, arremata:

O regime de paz jurídica em que se funda o Estado pressupõe a submissão à norma daquela tendência que tem o homem a dar satisfação às suas necessidades e interesses por qualquer meio e, para alcançar um bem que pretende, ser capaz de ameaçar ou ferir um bem ou interesse alheio. Sem a pressão mediadora do Estado e a força que apóia a ordem de Direito, seria a luta de todos contra todos, e a organização social findaria por desagregar-se na extrema anarquia.

3 O problema da coexistência das liberdades

Todos podem fazer o que bem entendem dentro de sua liberdade, mas todos têm que responder por todas as suas ações. Cada ato individual que reflita o bem ou o mal é registrado. Cada um de nós responde por todas as ações praticadas. Todos os atos praticados auxiliam ou prejudicam nossa vida. A liberdade do homem está, portanto, cercada e impregnada de limites, mas, mesmo assim, o homem continua a ser livre. Ocorre que, no exercício da liberdade, não nos é permitido tudo querer, pois a liberdade se exerce dentro dos limites das possibilidades. Nesse aspecto, interessante anotar a posição de John Rawls²³ sobre tal limitação:

Ao limitar a liberdade por referência ao interesse geral na ordem e segurança públicas, o governo age apoiado num princípio que seria escolhido na posição original. Pois, nessa posição, cada um reconhece que o rompimento dessas condições constitui um perigo para a liberdade de todos. Isso decorre, logicamente, da compreensão do que a manutenção da ordem pública é uma condição necessária para que todos atinjam seus objetivos, quaisquer que sejam (desde que se situem dentro de certos limites), e para que cada um possa satisfazer a própria interpretação de suas obrigações

²² COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 754.

²³ RAWLS, John. Op. cit., p. 231.

religiosas e morais. Restringir a liberdade de consciência dentro dos limites, por mais imprecisos que sejam, do interesse do Estado na ordem pública é uma limitação derivada do princípio do interesse comum, isto é, o interesse do cidadão representativo igual.

É cediço que a liberdade encontra mais limitações ao seu exercício, as quais provêm da interdependência recíproca do convívio humano e da reação de conceitos dominantes da organização social, quando tais conceitos são postos em dúvida ou em xeque. O convívio humano impõe muitas restrições ao uso que os indivíduos podem fazer de suas faculdades. Deste modo, ao se estudar o problema da liberdade, não se pode perder jamais de vista que o homem se torna livre em um conjunto de relações recíprocas de dependência, de limitações e abstenções mútuas, que é a sociedade.

Por extensão, é preciso entender que a liberdade deve ser praticada dentro de uma estrutura chamada de ordem legal, que perfaz o conjunto de normas de organização e conduta²⁴. Destarte, podemos chegar à conclusão de que apenas com a valorização do homem como ser que sobrevive, trabalha, cria um espaço comum em que interage com outros, e o entendimento pleno desse ser pelo direito, é que “conseguiremos construir um mundo onde todos os homens se sintam à vontade”²⁵.

3.1 A vida em comunidade como premissa à limitação da liberdade individual

A vida do homem está passível de condições superiores que transcendem a própria pessoa, de modo que não se desenvolve, se a pessoa não lhes obedece. Também a comunidade impõe certas exigências ao indivíduo, não meramente porque ela assim se determina, mas por serem necessárias ao convívio saudável e fértil entre os homens. A reivindicação de nossa liberdade está intrinsecamente mesclada de instinto para não ser suspeita. Mounier²⁶ afirma que ninguém é verdadeiramente livre, senão quando todas as outras pessoas, homens e mulheres, que lhe rodeiam forem também livres. Ninguém se torna livre, senão através da liberdade dos outros.

²⁴LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 324-325.

²⁵FIORATI, Jete Jane. *Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt*. Apud BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 216.

²⁶Apud MARTINS, Antônio Colaço. Op. cit., p. 73.

O homem está destinado a conviver com os outros homens e realizar-se plenamente ao interagir com eles. A liberdade é desigual, quando, por exemplo, uma categoria de pessoas tem uma liberdade maior que outra, ou a liberdade é menos extensiva do que deveria ser. Ocorre que todas as liberdades de cidadania devem ser as mesmas para cada membro da sociedade. Uma liberdade básica, então, só pode ser limitada pela própria liberdade, isto é, apenas para assegurar que a mesma liberdade básica estará adequadamente protegida em um segundo momento e para ajustar o sistema único de liberdades da melhor forma possível.

A experiência da liberdade é ambígua: ela nasce da emoção e pode surgir de sentimentos sem valor ou falsos, que lhe proporcionam uma justificação irreal. O perigo oculta-se no fato de a simples autenticidade estar em oposição à conveniência social daquele fato, ao efeito de tal comportamento em face da vida de outrem. A vivência real da liberdade, por outra via, consiste em se sentir livre de uma maneira especial, quando se faz bem aquilo que se tem a fazer, quando se apreende a essência do problema e depois se comporta em harmonia com isso. Sobre tal aparência de liberdade, pronuncia-se Guardini²⁷:

À primeira vista, a liberdade parece consistir em satisfazer a vontade própria. Fazer o que agrada ou é útil parece ser, à primeira vista, sinônimo de independência e, por isso, de liberdade. A experiência moral demonstra, porém, que isso apenas me leva a depender de mim mesmo, de todos os entraves interiores que me aprisionam, levame a cometer o mal, a interferir negativamente na conduta dos outros, e isso é verdadeira e essencialmente negação da liberdade. Porque o errôneo, o falso, o invasor, o injusto, o mal, tudo isso constitui escravidão absoluta. A real liberdade é alcançada pela fuga do 'eu' egoísta e elementar e pelo caminhar constante para uma exigência mais pura, normalmente alcançada através da luta, do vencimento próprio e do sacrifício.

É preciso que se distinga a verdadeira liberdade daquela que é simples aparência e se consubstancia, no mais das vezes, na excitação do prazer ocasionado pela ambição de mandar. Tal liberdade deságua, muitas vezes, no exercício da violência e da crueldade para com os outros, que, tendo os mesmos direitos, são prejudicados pelo excesso de seus pares. Assim, tudo aquilo que se contrapõe às exigências da liberdade, embora momentaneamente dê a sensação de poder e de exaltação da vida, desemboca, finalmente, na estreiteza.

²⁷ GUARDINI, Romano. *Liberdade, graça e destino*. São Paulo: Livraria Flamboyant; Lisboa: Editorial Áster, 1943. p. 42.

Converte-se em um estorvo, em um autêntico tropeço, em uma negação da liberdade. Acerca da convivência em comunidade, trazemos a lume os comentários de Rawls²⁸:

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, quando os demais têm um dever estabelecido de não interferir.

Um conjunto bastante intrincado de direitos e deveres caracteriza qualquer liberdade básica particular. Não apenas deve ser permissível que os indivíduos façam ou não façam uma determinada coisa, mas também o governo e as outras pessoas devem ter a obrigação legal de não interferir e não criar obstáculos.

Quando os valores morais são solapados, e se exaspera a noção de direito, fazendo caso omissivo do dever, alimentando a permissividade, como tem acontecido, o egoísmo cresce monstruosamente. Nesse caso, o homem se desumaniza, porque seus sentimentos e sua vontade são substituídos por desejos incontrolados e impulsos instintivos, que passam a dominar seu raciocínio. Neste aspecto, convém transcrever as palavras de Arminda Miotto²⁹:

Nessa situação de vale-tudo, denominada direito, para satisfazer o egoísmo, as instituições fundamentais para o convívio humano são negadas e escarneadas. Nesse quadro, como admirar-se de que a criminalidade, em uns e em outros países, internamente e transpondo fronteiras, apresente-se como se está apresentando? Para satisfazer o egoísmo, como sua ânsia de ter mais bens materiais e mais facilmente obtê-los; para aumentar o gozo dos instintos, é feito aquilo que está ao alcance: roubos, homicídios, assaltos, seqüestros, extorsões, negociatas, tráfico de influências, tráfico de drogas, suborno, corrupção, etc.

Os homens são seres éticos. Na interação de sentimentos, conhecimentos, manifestações de vontade, atos e ações, direitos e deveres, convivem em sociedade. Essa interação e esse convívio são imprescindíveis para que eles realizem a sua destinação humana. A criminologia não pode deixar de levar isso em conta. É importante, conseqüentemente, que se perquiria a relação psicológica da pessoa com a realidade objetiva com a qual se envolve.

²⁸RAWLS, John. Op. cit., p. 219.

²⁹MIOTTO, Arminda Bergamini. *Acriminologia*. *Revista de Informação Legislativa*, out./dez.1979. p. 210.

Na mesma direção, Miguel Reale³⁰ afirma que convém pensar-se em um modelo ideal de Estado de Direito, ao modo de Max Weber. Um modelo em que “todas as valências de liberdade se compõem ou se relacionam em unidade aberta e dinâmica”. Dessa forma, a liberdade individual, compreendida ora como liberdade de consciência, ora como liberdade política e econômica, vem a se tornar uma “liberdade social”. Assim, é possível configurar-se um bem comum a todos os membros da coletividade. Para tanto, o valor da liberdade não precisa se converter no da igualdade, pois se trata de valores diferentes, “irredutíveis um ao outro, mas sim correlacionáveis entre si até formarem uma íntima díade indecomponível”.

A existência humana funciona como corolário da expressão maior do direito, pressupondo a questão da coexistência humana, ou, como querem Zaffaroni e Piarangeli³¹, “as existências simultâneas” em sociedade. Em suas considerações, esclarecerem:

Estas têm seu asseguramento 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.

Também encontramos em João Mendes de Almeida Júnior³² a idéia de coexistência social com base na idéia de segurança. Para ele, corroborando tudo o que vimos até agora, “o primeiro interesse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é que a coexistência dos indivíduos”. Sem a idéia de coexistência embasando a questão de valores como justiça e segurança, o direito terminaria por transformar sua especificidade em um fim em si mesmo, o que não é crível nem hoje, nem em tempo algum. Isso se dá porque, no dizer de Anamaria Vasconcelos³³,

³⁰ REALE, Miguel. Dimensões da liberdade na experiência jurídica e social brasileira. *Presença filosófica*. Rio de Janeiro, v. 12, p. 15, jan./dez. 1986.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 93.

³² ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 7, 1 v.

³³ VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal*: justiça como fundamento axiológico. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 77.

“aplicar a lei não é um fim em si mesmo. É preciso que tal atuação tenha uma valoração qualquer que seja segurança, como alguns defendem, ou mesmo a justiça, que é a posição que acatamos”. Justifi cando a teoria de o Estado direcionar a vida social resulta do dever que lhe incumbe de garantir a segurança de seus membros, escreve Claus Roxin³⁴:

Hoje, como todo poder estatal advém do povo, já não se pode ver a sua função como na realização de fins divinos ou transcendentalis de qualquer outro tipo. Como cada indivíduo participa do poder estatal com igualdade de direitos, essa função não pode igualmente consistir em corrigir moralmente, mediante a autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas. A sua função limita-se, antes, a criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais. De resto, não se pode contestar seriamente a redução do poder estatal para esse fim numa óptica terrena e racional de garantia total da liberdade do indivíduo para conformar a sua vida.

3.2 Motivos subsidiadores da criação dos tipos penais

Nossa vida se desenvolve dentro de um mundo de normas. Cremos ser livres, mas, na realidade, estamos presos em uma estreita rede de regras de conduta, a qual, desde nosso nascimento até a morte, dirige nossas ações nesta ou naquela direção. Muitas dessas normas se tornam tão costumeiras, que não nos damos conta da sua presença. Mas, se observarmos como se desenvolve a vida de qualquer criança, é possível verificar que toda ela está repleta de cartazes indicativos, alguns ordenando que se tenha um certo comportamento, outros proibindo. Muitos desses cartazes indicativos são regras de direito. Por isso, um dos primeiros cuidados do estudo do direito é criarmos a consciência da importância da normatividade em nossa existência individual e social.

O direito traça os limites da liberdade, mas a liberdade em si não é uma criação do direito nem do Estado. As liberdades individuais são anteriores ao Estado e inatas. Trata-se de uma anterioridade lógica, não cronológica, através da qual se pode conceber a liberdade anteriormente a qualquer cogitação de Estado. Este não cria a liberdade, mas, ao contrário, limita-a e lhe regula o uso.

³⁴ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1992. p. 27.

Sabe-se que a liberdade apenas é jurídica, quando regulada pelo direito. Mas é inegável que a sua matéria, o seu suporte de fato é anterior ao direito. Nessa direção, transcrevemos algumas indagações propostas por Reale³⁵:

É a razão pela qual se põem, hoje, como um desafio, as seguintes perguntas reversíveis: Como será possível a nossa experiência jurídica e social, sob o signo de uma participação livre em uma comunidade concreta? Como será necessário ordenar a comunidade nacional para que o país legal se identifique com a comunidade real, em sentido de efetiva participação às sedes decisórias do poder e aos benefícios da socialização do progresso? Como deverá ser a democracia social que, em nossa época, é o nome novo da democracia liberal? Como conciliar liberdade e desenvolvimento?

Em linhas gerais, o direito penal surge como um importante instrumento de manutenção da paz social. Como resume Jescheck³⁶, “*la misión del derecho penal es la protección de la convivencia humana em la comunidad*”. No mesmo sentido, Wessels³⁷ explica que a tarefa do direito penal é a proteção dos valores elementares da vida comunitária, no âmbito da ordem social, e como garantidores da manutenção da paz jurídica.

Assegura Francisco Muñoz Conde³⁸ que é o Estado, produto da correlação de forças sociais existentes em um determinado momento histórico, que define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não liberdade. Ao discorrer sobre a culpabilidade, o citado autor a define como a “culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicitar por que e para que, em um determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave quanto a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio”. Com tal visão, tem-se que, um Estado social e democrático de direito, deve explicar empiricamente por quais razões faz uso da pena e a que pessoas se aplica. Isso sempre ocorre para proteger, de modo eficaz e racional uma sociedade que, se não é completamente justa, “tem em seu seio e em sua configuração jurídica a possibilidade de vir a sê-lo”.

Segundo Ferri³⁹, no intuito de prover o desenvolvimento ordenado da socie-

³⁵ REALE, Miguel. Op. cit., p. 22.

³⁶ Apud GUASP DELGADO, Jaime. “La pretensión procesal”. *Estudios Jurídicos*. Madri, Civitas, p. 582, 1996.

³⁷ WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Fábris, 1976. p. 3.

³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 129.

³⁹ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 232.

dade civilizada, em virtude dos indivíduos que, de uma forma ou de outra, burlam ou tentam burlar o direito, o Estado exerce a defesa social. E esclarece: “Vivendo em sociedade, o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da própria personalidade física, intelectual e moral. Portanto, deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções, que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado”.

Nesse contexto, o legislador dita normas penais por necessidade de defesa social e as dita para todos. Desse modo, busca radicar na consciência coletiva a impressão de que certas ações são ilícitas, proibidas e punidas. Por outro lado, a aplicação da sanção para qualquer cidadão que transgrida a norma penal surge como uma necessidade imprescindível para o Estado. Sobre tais assertivas, enfatiza Eurico Ferri⁴⁰:

Na realidade, o princípio fundamental de que, quando um indivíduo viola a lei penal deve responder por isso, quaisquer que sejam suas condições fisiopsíquicas, reforça, direta e indiretamente, o sentido de disciplina social e da obrigatoriedade da lei, que lhe é o fundamento; dá completa e segura satisfação às partes lesadas, eliminando, assim, as sobrevivências da vindicta privada; dirime toda a questão sobre a obrigação de indenização do dano por parte do delinquento reconhecido enfermo mental ou imaturo; torna a justiça penal mais sincera e mais segura, libertando-a das hodiernas logomaquias sobre a culpabilidade – e portanto punibilidade – dos acusados reconhecidos autores de crimes.

Na lição de Bittencourt⁴¹, apesar da existência de outras formas de controle social, algumas mais sutis e, por isso, mais difíceis de limitar que o próprio direito penal, “o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização sócio-econômica específica”. A criação dos tipos penais, portanto, propõe-se a fazer do direito penal, não o exclusivo, mas um dos instrumentos necessários “à correção das distorções causadas por um individualismo exacerbado favorecendo a homogenização social, com vistas à realização da igualdade concreta possível entre os cidadãos, ou seja, com a finalidade de contribuir para que se realize uma sociedade dotada de justiça social”⁴².

⁴⁰FERRI, Enrico. Op. cit., p. 239.

⁴¹BITTENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. *Direito e justiça*, Porto Alegre, v. 20, p. 99, 1999.

⁴²LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 11.

4 Responsabilidade como pressuposto da liberdade

O ato livre não surge espontaneamente. Por um lado, nunca se é livre sem limites. Muito freqüentemente, o ato não procede de uma escolha, mas da necessidade ou do hábito. Muitas vezes, é realizado a partir de domínios exteriores que se impõem por força: o instinto, a defesa, a adaptação, por exemplo. Mas, mesmo dentro de seus limites, a condição de liberdade não exige somente um esforço, nem traduz unicamente o peso de suas conseqüências; sobre ela pesa também a responsabilidade, envolvendo tudo o que isso significa. A esse respeito, observa Guardini⁴³:

Participo das coisas que faço de uma maneira que se diferencia essencialmente de todas as demais. Não tenho que agüentar apenas as conseqüências da ação, como em tudo o que faço; tenho que responder pelo próprio fato de o ter produzido. Sou responsável pelas suas conseqüências, boas ou más. E esta responsabilidade não é meramente externa e jurídica; é também interna, afetando o âmago do meu ser. O significado e o peso da ação recaem sobre mim. Pela ação fico submetido a uma certa regra, e por ela se determina o sentido da minha pessoa.

O medo perante a responsabilidade, a preocupação em fugir a qualquer conhecimento e decisão, a preguiça que não aceita a independência são atitudes que encontram justificativa na própria natureza humana. Hoje, porém, mais que nunca, o indivíduo deve se responsabilizar por seus atos, opor resistência a interferências alheias, ao passo que luta para que prevaleçam medidas mais justas. A propriedade do homem sobre seus atos exprime-se pela maneira como ele os subordina a si, através da responsabilidade. Liberdade e responsabilidade constituem a dignidade essencial do homem. Ambas, é certo, levantam graves problemas ao espírito humano, de onde decorre a grande tentação do homem em se desfazer delas, mediante qualquer circunstância de tensão.

Hengel⁴⁴ ressalta a força do fator consciente, o fato de que cada indivíduo deve querer saber o que realiza praticamente. Trata-se da responsabilidade da ação, não no sentido fraco da emoção experimentada por uma subjetividade que fracassa na sua tentativa de traduzir a sua intenção na realidade, mas no sentido forte que consiste em tornar o indivíduo senhor de si. Em outras pala-

⁴³ GUARDINI, Romano. Op. cit., p. 13.

⁴⁴ Apud ROSENFELD, Denis L. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 102.

bras, alguém não subordinado às opiniões de outrem, alguém que quer sempre saber o que está exposto. Não se trata, então, de desresponsabilizar os indivíduos das conseqüências não previstas de suas ações; pelo contrário, busca-se tornar cada um capaz de verificar interiormente o processo graças ao qual cada indivíduo se determina conscientemente. De fato, as determinações do indivíduo são determinações pensadas.

É característica dos sistemas penais modernos que a responsabilidade individual seja estabelecida como condição para a punição. O legislador tem a prerrogativa de punir determinados atos, independentemente de o homem ser livre ou não, por julgar que os valores sociais, nos casos puníveis, são superiores aos individuais. Porém, deve o juiz, diante do caso concreto, considerar os condicionamentos fáticos, pois ele não decide apenas com respeito aos valores em jogo, mas também sobre a existência de um fato.

Se a responsabilidade é a capacidade de entender o caráter criminoso dos fatos e determinar-se de acordo com este entendimento, voltamos à base que é a capacidade de agir com livre arbítrio. No direito, o termo “responsabilidade” é substituído por imputabilidade, pois imputar um fato a alguém é responsabilizá-lo do mesmo. Assim, no que diz respeito à responsabilidade de um sujeito por ato cometido, teremos duas situações a serem consideradas: se o autor podia entender, pelo exercício de sua capacidade mental, o ato que praticou; se, de acordo com esse entendimento, quis provocar o resultado verificado. É esta a distinção entre imputabilidade e responsabilidade esposada por Miguel Chalub⁴⁵:

Imputabilidade revela a indicação da pessoa ou do agente a quem se deve atribuir ou impor a responsabilidade ou a autoria de alguma coisa em virtude de fato verdadeiro que lhe seja atribuído ou de cuja conseqüência seja responsável. Desse modo, a imputabilidade mostra a pessoa para que se lhe imponha a responsabilidade, pois que não haverá esta quando não se possa imputar à pessoa o fato de que resultou a obrigação de ressarcir o dano ou responder pela sanção legal. A imputabilidade, portanto, antecede à responsabilidade. Por ela, então, é que se chega à conclusão da responsabilidade para a aplicação da pena ou imposição da obrigação.

Para Fernando Pedroso⁴⁶, a imputabilidade decorre da responsabilidade, sendo aquela, portanto, pressuposto desta, que é sua conseqüência. Portanto, a

⁴⁵ CHALUB, Miguel. *Introdução à psicopatologia forense: entendimento e determinação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 82.

⁴⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*. São Paulo: Lend, 1993. p. 484.

liberdade envolve sempre responsabilidade social. Liberdade não é licenciabilidade nem, simplesmente, fazer o que nos apetece. A liberdade é limitada pelo fato de que o “eu “sempre existe em um mundo e com ele tem uma relação dialética. A liberdade de um ser humano é limitada pelo seu corpo, pela doença, pelo fato de que morre, pela sua capacidade de inteligência, pelos controles sociais, etc. O homem livre é responsável, na medida em que pode pensar e atuar para o bem-estar do grupo.

A culpa é a experiência subjetiva decorrente de não termos assumido plena responsabilidade, isto é, não termos correspondido às nossas próprias potencialidades nos relacionamentos com o outro. Estar apto a pôr em dúvida e a contestar é o que nos distingue do mundo. Em nossa compreensão em relação à liberdade individual, o mais importante é que os valores humanos nunca são unilaterais, mas envolvem sempre um “não” e um “sim”.

Quando assumimos a nossa condição humana, com necessidades e liberdade, limites e potencialidades, e buscamos realizar o nosso ser, tornamo-nos responsáveis pelas nossas atitudes e atos. Isto é, somos responsáveis não somente pelas intenções das nossas ações, mas também pelas suas conseqüências. As nossas ações têm, por trás de si, motivações. Quando temos a consciência do fim almejado e dos meios utilizados, praticamos um ato voluntário. Ao contrário do que muitos podem pensar, somente uma pequena parte de nossas ações tem motivações conscientes e são voluntárias. A maioria delas tem motivações inconscientes e são automáticas.

Segundo Kaufmann⁴⁷, o objeto da ordem jurídica não pode ser encontrado no próprio processo de produção jurídica, mas sim na pessoa humana, que deve necessariamente figurar como seu objeto de proteção. Além disso, deve-se atentar para o fato de que, em uma sociedade pluralista e de risco, nem sempre é possível ao autor tomar conhecimento do dever jurídico, concretizando sua compreensão através da reiteração de condutas arriscadas e, por isso mesmo, induzindo à edificação do princípio da tolerância, ao lado da responsabilidade. Através da vontade, o indivíduo pode dirigir sua conduta de acordo com a norma. Este é o pensamento de Welzel⁴⁸, para quem o objeto primário da culpabilidade é a vontade livre, já que somente através dela se constrói toda a ação. Na esteira desse entendimento, afirma o citado autor:

⁴⁷ Apud TAVERS, Juarez. *Culpabilidade e incongruência dos métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, p. 156, out./dez. 1998.

⁴⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 167.

Culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto ‘culpabilidad de voluntad’. Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones – todo aquello que el hombre simplemente ‘es’-, ya sean valiosas o mediocres (desde luego pueden ser valoradas), sólo aquello que él hace con ellas o cómo las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o cómo hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como ‘mérito’ o reprochado como culpabilidad.

5 Necessidade de intervenção mínima no âmbito penal

Não se pode ignorar as dificuldades práticas com que o legislador se defronta para, em muitos casos, usar com correção os critérios da proporcionalidade e da necessidade. Todavia, em se tratando da criação de tipos penais, é necessário ao legislador ter presente que ele tem o direito de intervenção mínima, ou seja, tem o direito de criar o tipo penal quando o caminho da tutela penal se apresenta como inarredável e necessário.

O direito penal mínimo é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais. Segundo Ferrajoli⁴⁹, “configura a proteção do fraco contra o mais forte; tanto do fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, como também do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinqüente, e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele”. A proteção vem por meio do monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para sua aplicação. Provém, além disso, no processo, de uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir.

Segundo o entendimento de Francisco Muñoz Conde⁵⁰, todo tipo penal deve incluir um comportamento humano capaz de colocar em perigo ou lesionar um bem jurídico, que não é senão o valor que a lei quer proteger de ações potencialmente danosas. Bem jurídico, portanto, é uma qualidade positiva que o legislador atribui a determinados interesses. Daí a necessidade de se ter sempre presente uma atitude crítica, tanto frente aos bens jurídicos protegidos como frente à forma de protegê-los penalmente. Por seu turno, Claus Roxin⁵¹ aduz:

⁴⁹FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed., Madri: Trotta, 1997. p. 335.

⁵⁰MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 242.

⁵¹ROXIN. Claus. *Derecho penal: parte general*. Madri: Civitas, 1997. p. 52.

La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos” ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados “bienes” previamente dados, como la vida, la integridad corporal, el honor, la Administración de Justicia, etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la pubibilidad en un doble sentido.

Acrescenta o citado autor que a proteção de bens jurídicos não se realiza somente através do direito penal, mas também pelo instrumental de todo o ordenamento jurídico. O direito penal deve ser usado apenas como a última entre todas as medidas protetoras de que se disponha. Significa dizer que somente pode haver intervenção estatal, em matéria penal, quando se verificar a falha de todos os outros meios de solução social do problema. Por isso, denomina-se a pena como a *ultima ratio* da política social, e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. Assim, tendo em vista que o direito penal apenas protege uma parte dos bens jurídicos, ou seja, apenas no tocante a formas de ataque concretas, depreende-se, então, a sua natureza fragmentária.

Seguindo o pensamento de Francisco Muñoz Conde⁵², a partir do momento em que o direito penal positivo respeitar os princípios político-criminais mínimos, situando-se no contexto de um Estado democrático, será viável a interpretação dos preceitos penais “com amplitude suficiente para tornar a maior e melhor proteção possível aos valores fundamentais da sociedade compatível com o mínimo custo de repressão e sacrifício da liberdade individual”. O direito penal não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica. Portanto, o direito penal tem uma fisionomia subsidiária, e sua intervenção só se justifica, no dizer de Francisco Muñoz Conde⁵³, “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”.

Conforme esclarece Carlos Manãs⁵⁴, “de acordo com o princípio da intervenção mínima, com o qual se relacionam as características da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal só deve interferir nos casos de

⁵²MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 131.

⁵³MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 60.

⁵⁴MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

ataques graves aos bens jurídicos mais importantes”. Ratificando esse pensamento, preconiza Maurach⁵⁵: “Na seleção dos recursos próprios do Estado, o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar, e entrar somente quando se revelar indispensável para a manutenção da ordem jurídica”. No mesmo sentido, ensina Carbonell Mateu⁵⁶: “A tarefa do direito penal é precisamente a de interferir o mínimo possível para conseguir o máximo de liberdade”. Assim, como a legalidade não tem tido força suficiente para banir do sistema penal o indesejável arbítrio do Estado, impõe-se, para evitar uma legislação inadequada e injusta, restringir e mesmo, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

Finalizamos este ensaio acerca do papel do Estado no âmbito penal com as palavras de Ricardo de Brito Freitas⁵⁷. Para ele, a existência do Estado de Direito impõe “um dever de abstenção por parte do Estado, ou seja, um dever de nada fazer no sentido de oferecer obstáculos ao pleno exercício dos direitos individuais e, além disso, de garanti-los de forma eficaz em benefício de todos os membros da sociedade”.

⁵⁵ MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 31.

⁵⁶ MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996. p. 194.

⁵⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 147.

Referências

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. 1 v.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade*. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, ano XXI, v. 20, 1999.
- CHALUB, Miguel. *Introdução à psicopatologia forense: entendimento e determinação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. 1 v.
- COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CUNHA, Fernando W. da. “A declaração de direitos e garantias das liberdades individuais como princípios básicos na estrutura do Estado”. *Revista do Curso de Direito da UFU*, 1983.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. 2 ed., Campinas: Bookseller, 1998.
- FIORATI, Jete Jane. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. *Os direitos humanos e o direito fundamental*. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia de Araújo. (Org.). Rio de Janeiro, 1999.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

GUARDINI, Romano. *Liberdade, graça e destino*. Trad. Domingos Sequeira. São Paulo: Livraria Flamboyant. Lisboa: Editorial Áster, 1943.

GUASP DELGADO, Jaime. La pretensión procesal. *Estudios Juridicos*, Madrid, 1996.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O papel da constituição, seus valores e princípios na formação do direito penal. *Direito Penal e Constituição*, São Paulo, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MANÃS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS, Antônio Colaço. *Metafísica e ética da pessoa: a perspectiva de Emmanuel Mounier*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. T. I. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MIOTTO, Arminda Bergamini. A criminologia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, ano 16, n. 64, out./dez.1979.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NAHRA, Cínara Maria Leite. O imperativo categórico e o princípio da coexistência das liberdades. *Princípios*, Natal, UFRN, ano 2, v. 3, jul./dez. 1995.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*. São Paulo: Leud, 1993.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. Dimensões da liberdade na experiência jurídica e social brasileira. *Presença Filosófica*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 12, n. 1, jan./dez. 1986.

_____. *Filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REIS, Suely Pereira Reis. Psiquismo e inimputabilidade. *Rev. da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 5, 1998.

ROSENFELD, Denis L. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madri: Civitas, 1997.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1992.

SUNG, Jung Mo. *Conversando sobre ética e sociedade*. Petrópolis: Vozes, 1998.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, out./dez.1998.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Santiago: Editorial de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO GENÉTICO E BIOTECNOLOGIA: NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Talden Farias

Advogado

Professor da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas - FACISA

Professor da Universidade Estadual da Paraíba - UEPB

1 Introdução

Um forte debate acerca dos organismos geneticamente modificados vem sendo promovido no Brasil nos últimos anos, envolvendo a comunidade científica, determinados setores empresariais, imprensa, poder público e sociedade civil organizada. De um lado, as empresas que trabalham com biotecnologia prometem realizar maravilhas por meio da manipulação genética, como aumento da produtividade agrícola, criação de animais e plantas resistentes às intempéries ambientais, descoberta de novas vacinas, produção de alimentos mais nutritivos e retirada dos genes defeituosos dos seres humanos.

De outro lado, parte da comunidade científica e as organizações não-governamentais alertam para os gravíssimos riscos que essa técnica pode trazer para o meio ambiente e para a saúde humana. Essas entidades alegam que as conseqüências dessas alterações genéticas ainda não podem ser medidas, seja em termos ecológicos, econômicos ou de saúde pública. O meio ambiente é considerado, nos termos do *caput* do art. 225 da Constituição Federal, como um bem essencial à sadia qualidade de vida da coletividade. Assim, nem o poder público nem a sociedade podem se furtar da obrigação de defendê-lo, procurando eliminar ou pelo menos diminuir esses riscos.

Nesse diapasão, ganha destaque a necessidade de proteção ao patrimônio genético e, conseqüentemente, à diversidade biológica, de que depende todo o equilíbrio ambiental planetário. A biotecnologia pode trazer efeitos imprevisíveis ao modificar a composição genética dos seres vivos. O princípio da precaução recomenda uma postura de cautela por parte do Estado e da sociedade, diante não das intervenções que causam efeitos negativos sobre o meio ambiente e a saúde humana, mas daquelas que simplesmente poderão chegar a causar tais efeitos.

Este trabalho tem o objetivo de analisar a importância do patrimônio genético para a garantia do direito constitucional ao meio ambiente ecologica-

mente equilibrado. Para isso, abordará especialmente a importância da aplicação do princípio da precaução, em virtude das modificações genéticas de seres vivos oriundas da moderna biotecnologia.

2 Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Em junho de 1972, a Organização das Nações Unidas – ONU promoveu, em Estocolmo, na Suécia, a 1ª Conferência sobre o Meio Ambiente. Ao final, foi aprovada a Declaração Universal do Meio Ambiente, estabelecendo que os recursos naturais, como a água, o ar, o solo, a flora e a fauna, devem ser conservados em benefício das gerações futuras. Para tanto, caberá a cada país regulamentar esse princípio em sua legislação, de modo que esses bens sejam devidamente tutelados. Nessa Declaração, o direito humano fundamental ao meio ambiente foi definitivamente reconhecido como uma questão crucial para todos os povos do planeta, ao estabelecer no princípio 1: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações futuras e presentes”.

A Declaração abriu caminho para que legislações em todo o mundo se voltassem cada vez mais para a proteção dos ecossistemas. De acordo com José Afonso da Silva¹, essa declaração deve ser considerada como uma continuidade ou prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já que visa a resguardar um direito de fundamental importância para o ser humano. Nessa ordem de idéias, o Brasil editou a Lei nº 6.938/81, que declarou, pela primeira vez, no ordenamento jurídico nacional a importância do meio ambiente para a vida e para a qualidade de vida, estabelecendo os objetivos, os princípios, os conceitos e os instrumentos para essa proteção.

O art. 2º da citada lei estabelece: “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. É importante destacar que, em 1981, a referida lei já colocava a dignidade da vida humana como objetivo maior de todas as políticas públicas de meio ambiente.

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1995. p. 59.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente foi consagrado como um direito fundamental da pessoa humana. O Título II da Carta Magna brasileira, que trata dos direitos e garantias fundamentais, faz uma referência direta ao meio ambiente quando, no art. 5º, estabelece a ação popular como instrumento para a defesa do meio ambiente. Ademais, o caput do art. 225 classificou o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. Assim, é evidente que se trata de um direito humano fundamental reconhecido constitucionalmente. Não se pode esquecer que, de acordo com o § 2º do art. 5º da Carta Magna, os direitos humanos considerados fundamentais não são apenas aqueles ali elencados. São também os outros decorrentes do regime e dos princípios adotados constitucionalmente, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A vida é o direito do qual provém todos os direitos. Por essa razão, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido pelo art. 225 da Constituição Federal como essencial à qualidade de vida e à própria continuidade da vida. Na verdade, ao meio ambiente se deve atribuir a mesma importância que tem o direito à vida, pois, sem o necessário equilíbrio ambiental, o planeta fatalmente será atingido. Nesse diapasão, o art. 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, assinado no dia 17 de novembro de 1988, em São Salvador, na República de Salvador, estabelece: “Toda pessoa tem direito de viver em um meio ambiente sadio e de beneficiar-se dos equipamentos coletivos essenciais”.

É por isso que José Rubens Morato Leite² equipara o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao direito à vida, à igualdade e à liberdade. Cristiane Derani³ afirma que a proteção ao meio ambiente é o resultado de uma escolha pela continuidade da vida humana. Para Antônio Augusto Cançado Trindade⁴, o meio ambiente é essencial à continuidade da espécie humana e à dignidade do ser humano enquanto animal cultural. Segundo esclarece, o meio ambiente resguarda tanto a existência física dos seres humanos quanto a qualidade dessa existência física, tornando a vida plena em todos os aspectos.

² LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 176.

³ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 78.

⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 76.

O direito ambiental é um direito fundamental de terceira geração, visto que cuida não só da proteção do meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, mas também das futuras gerações. Caracteriza-se, assim, como um direito transindividual e transgeracional. Norberto Bobbio⁵ apresenta o seu posicionamento sobre o assunto:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Destarte, sendo os direitos fundamentais aqueles inerentes ao valor mínimo de dignidade humana, é evidente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se enquadra nessa classificação. Por isso, ao mesmo tempo em que é colocado como um direito de todos, o papel de defender o meio ambiente é dever de qualquer pessoa, tanto física ou jurídica quanto pública ou privada. Essa é a razão por que todas as políticas públicas, seja na fase de discussão, de planejamento, de execução ou de avaliação, devem necessariamente levar em conta a variável ambiental, visto que estão em jogo a qualidade e a continuidade da vida.

3 Perspectiva jurídica do meio ambiente

É praticamente unânime a doutrina brasileira ao afirmar que a expressão “meio ambiente”, por ser redundante, não é a mais adequada, posto que meio e ambiente são sinônimos. Com efeito, segundo o Dicionário Aurélio meio significa “lugar onde se vive, com suas características e condicionamentos geofísicos; ambiente”; já ambiente é “aquilo que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas”⁶. Por isso se utiliza, em Portugal e na Itália, apenas a palavra “ambiente”, à semelhança do que acontece nas línguas francesa, com *milieu*, alemã, com *unwelt*, e inglesa, com *environment*⁷.

⁵BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 56.

⁶FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁷FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 17.

A despeito disso, o uso consagrou esta expressão, de tal maneira que os técnicos e a própria legislação terminaram por adotá-la. A Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, não apenas acolheu como precisou a terminologia:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

A referida lei definiu o meio ambiente da forma mais ampla possível, fazendo com que este se estendesse à natureza como um todo de um modo interativo e integrativo. Com isso, a lei encampou a idéia de ecossistema, que é a unidade básica da ecologia. Trata-se da ciência que estuda a relação entre os seres vivos e o seu ambiente. Dessa forma, cada recurso ambiental passou a ser considerado como sendo parte de um todo indivisível, com o qual interage constantemente e do qual é diretamente dependente.

Edis Milaré⁸ define ecossistema como “qualquer unidade que inclua todos os organismos em uma determinada área, interagindo com o ambiente físico, de tal forma que um fluxo de energia leve a uma estrutura trófica definida, diversidade biológica e troca de materiais (troca de materiais entre componente vivos)”. Trata-se de uma visão sistêmica que encontra abrigo em ramos da ciência moderna, a exemplo da física quântica, segundo a qual o universo, como tudo que o compõe, é composto de uma teia de relações em que todas as partes estão interconectadas⁹.

Consagrou-se definitivamente a terminologia, na medida em que a Constituição Federal de 1988 se refere, em diversos dispositivos, ao meio ambiente, recepcionando e atribuindo a este o sentido mais abrangente possível. Em face disso, a doutrina brasileira de direito ambiental passou, com fundamentação constitucional, a atribuir ao meio ambiente o maior número de aspectos e de elementos envolvidos.

Com base nessa compreensão holística, José Afonso da Silva¹⁰ conceitua o meio ambiente como a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em

⁸MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 980.

⁹CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. 3. ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1988. p. 88.

¹⁰SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 19.

todas as suas formas”. Arthur Migliari¹¹ repete a definição com a única diferença de destacar expressamente o elemento trabalhista – com o que, aliás, concorda a maioria dos estudiosos do assunto. Afirma o citado autor que o meio ambiente é a “integração e a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e do trabalho que propiciem o desenvolvimento equilibrado de todas as formas, sem exceções. Logo, não haverá um ambiente sadio quando não se elevar, ao mais alto grau de excelência, a qualidade da integração e da interação desse conjunto”.

Com efeito, são quatro as divisões feitas pela maior parte da doutrina brasileira de direito ambiental no que diz respeito ao tema: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. Essa classificação atende a uma necessidade metodológica, ao facilitar a identificação da atividade agressora e do bem diretamente degradado, visto que o meio ambiente por definição é unitário. Como afirma Celso Antônio Pachêco Fiorillo¹², independentemente dos seus aspectos e das suas classificações, a proteção jurídica ao meio ambiente é uma só e tem sempre o único objetivo de proteger a vida e a qualidade de vida.

O meio ambiente natural ou físico é constituído pelos recursos naturais, como o solo, a água, o ar, a flora e a fauna, e pela correlação recíproca de cada um destes elementos com os demais. Esse é o aspecto ressaltado pelo inciso I do art. 3º da Lei nº 6.938/81. Já o meio ambiente artificial é aquele construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes. Embora esteja mais relacionado ao conceito de cidade, o conceito de meio ambiente artificial abarca também a zona rural, referindo-se simplesmente aos espaços habitáveis¹³, visto que nele os espaços naturais cedem lugar ou se integram às edificações urbanas artificiais.

O meio ambiente cultural é o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico. Constitui-se tanto de bens de natureza material, a exemplo dos lugares, objetos e documentos de importância para a cultura, quanto imaterial, a exemplo dos idiomas, das danças, dos cultos religiosos e dos costumes de uma maneira geral.

¹¹ MIGLIARI, Arthur. *Crimes ambientais*. Brasília: Lex Editora, 2001.

¹² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32.

¹³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., p. 21.

Embora comumente possa ser enquadrada como artificial, a classificação como meio ambiente cultural ocorre devido ao valor especial que adquiriu¹⁴. O meio ambiente do trabalho, considerado também uma extensão do conceito de meio ambiente artificial, é o conjunto de fatores que se relacionam às condições do ambiente de trabalho, como o local de trabalho, as ferramentas, as máquinas, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações, os processos, a relação entre trabalhador e o meio físico. O cerne desse conceito está baseado na promoção da salubridade e da incolumidade física e psicológica do trabalhador, independentemente de atividade, do lugar ou da pessoa que a exerça.

4 Importância do patrimônio genético

A Carta Magna de 1988 alçou o patrimônio genético brasileiro à categoria de bem constitucionalmente protegido. Por patrimônio genético se devem compreender as informações de origem genética oriundas dos seres vivos de todas as espécies, seja animal, vegetal, microbiana ou fúngica.

Luís Paulo Sirvinskas¹⁵ afirma que o patrimônio genético é formado pelos seres vivos que habitam o planeta Terra. Portanto, inclui a fauna, a flora, os microorganismos e os seres humanos. O inciso I do art. 7º da Medida Provisória nº 2.186-16/01 define patrimônio genético como a “informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécie vegetal, fúngica, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva”.

Existe uma relação direta entre o patrimônio genético e a biodiversidade ou diversidade biológica, já que esta é o conjunto de vida existente no planeta ou em determinada parte do planeta. Nos termos do art. 2º da Convenção Internacional sobre Diversidade Biológica, que foi promulgada no Brasil, pelo Decreto nº 2.519/98, diversidade biológica “significa a variabilidade de

¹⁴SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 23.

¹⁵SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 246.

organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”.

A diversidade biológica é o mais importante pressuposto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é considerado, no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Essa é uma consideração muito ampla acerca da temática ambiental, já que leva em conta não apenas a individualidade dos recursos ambientais, mas especialmente a relação de interdependência de cada um destes entre si.

Na opinião de José Rubens Morato Leite¹⁶, ao conceituar o meio ambiente, o legislador brasileiro teve a intenção de destacar a relação de interação e unicidade entre os recursos ambientais, inclusive os seres humanos. É nesse sentido o entendimento de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁷:

Como bem – enxergado como verdadeira *universitas corporalis* – é imaterial, não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida etc) que a forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental.

Assim, o meio ambiente é bem, mas como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa.

Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável.

Em vista disso, o meio ambiente pode ser classificado de duas formas: como microbem e como macrobem. Na condição de microbem, o meio ambiente é reduzido a um de seus elementos individuais, o que leva a destacar normalmente apenas o aspecto econômico ou estético desse bem; já na condição de macrobem, qualquer componente do meio ambiente merece ser protegido, por fazer parte de um sistema em que todas as partes estão interconectadas.

¹⁶ LEITE, José Rubens Morato. Op. cit., p. 78.

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Função ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e (Coord). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 75.

No macrobem, é o aspecto imaterial do meio ambiente que se destaca, ao contrário do que ocorre com os microbens. Assim, é possível dizer que o patrimônio genético é um bem de contornos essencialmente extrapatrimoniais, na medida em que diz respeito a uma espécie inteira ou a espécies inteiras e ao equilíbrio das espécies como um todo. Compõe uma gama de informações estratégicas sob diversos aspectos, necessárias ao equilíbrio do meio ambiente e à qualidade de vida da coletividade.

Em última análise, isso implica dizer que a proteção da diversidade biológica não é apenas a garantia da sobrevivência de determinadas espécies e sim de todas as espécies, inclusive a humana, já que existe uma interdependência entre todas as formas de vida. É por isso que a defesa do patrimônio genético é considerada, no inciso II do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, como um pressuposto do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além de ser responsável pela estabilidade dos ecossistemas e conter uma das propriedades fundamentais do meio ambiente, o patrimônio genético constitui o fundamento das atividades sócio-econômicas. São diretamente dependentes da diversidade biológica a agricultura, a pecuária, a pesca, o turismo ecológico e uma grande parte das atividades industriais, como a indústria alimentícia, biotecnológica, cosmética, energética e farmacêutica. Na verdade, exceto os minérios e os derivados do petróleo, todos os produtos e serviços colocados no mercado de consumo são retirados do estoque de biodiversidade da natureza, posto que têm origem animal, vegetal, microorgânica ou fúngica. São exemplos de tamanha riqueza os cereais, as flores, as frutas, as essências, os extratos medicinais, as madeiras, os óleos e as verduras.

Talvez a maior dificuldade para a defesa da diversidade biológica e de seu patrimônio genético esteja no fato de, na maioria das vezes, tal exploração não resultar em benefício econômico imediato, já que o conhecimento do ser humano acerca das potencialidades dessas informações ainda é superficial. O fato é que, mesmo sem valor econômico estipulado, o patrimônio genético deve ser resguardado por conta de seu valor ecológico e por ser um elemento integrante do meio ambiente.

5 Biotecnologia, biossegurança e organismos geneticamente modificados

A engenharia genética é a ciência que trabalha com a manipulação dos genes e a criação de inúmeras variações entre os genes de organismos diferentes. Trata-se de uma série de técnicas que permitem a identificação,

o isolamento e a multiplicação de genes de qualquer organismo. Olga Jubert Gouveia Krell¹⁸ adverte que o conceito de engenharia genética tem um alcance maior do que o da mera manipulação genética, posto que envolve também questões como reprodução assistida, diagnose genética, terapia gênica e clonagem. No entanto, o assunto foi definido, no inciso IV do art. 3º da Lei nº 11.105/05 como a atividade de produção e manipulação de moléculas ácido desoxirribonucléico (ADN) e ácido ribonucléico (ARN) recombinante.

O ADN e o ARN são ácidos nucleicos conceituados, nos termos do inciso II do art. 3º da referida lei, como o “material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência”. O ADN é responsável pela síntese das proteínas e controle das atividades metabólicas e celulares como um todo. Por sua vez, o ARN recebe as informações contidas no ADN e as encaminha para os ribossomos onde as enzimas e outras proteínas são produzidas.

Essa produção de proteínas é feita segundo o código específico de cada espécie, constituindo o cerne da engenharia genética. Nessa ordem de idéias, o ADN e o ARN recombinante são os elementos modificados pela referida ciência. O inciso III do art. 3º da lei em comento as define como “as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural”.

A biotecnologia é o ramo da engenharia genética que se dedica à modificação genética dos organismos vivos com o objetivo de atender a uma demanda agrícola, ambiental, científica, econômica, industrial, médica ou sanitária. O art. 2º da Convenção Internacional sobre Diversidade Biológica dispõe que biotecnologia “significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”. Sobre o assunto, Aurélio Wander Bastos¹⁹ enfatiza:

¹⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Biodiversidade, biotecnologia, biossegurança e proteção do meio ambiente. *Revista Idéia Nova*. Recife, n. 1, p. 77, 2003.

¹⁹ BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade intelectual e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 32.

A biotecnologia é definida como a aplicação de princípios científicos e de engenharia para o processamento de materiais e energias por agentes biológicos com a finalidade de prover bens e serviços. A(s) biotecnologia(s) consiste(m) na utilização de bactérias, levedos e células animais e vegetais em cultivo, cujo metabolismo e capacidade de biossíntese estão orientados para a fabricação de substâncias específicas.

A biossegurança consiste no sistema de segurança que se propõe a impedir que ocorram danos ao meio ambiente e à saúde pública na manipulação genética de organismos. É o conjunto de regras cujo objetivo é impedir ou pelo menos minorar os riscos oriundos da biotecnologia. Assim, o conceito de biossegurança é inerente e obrigatório a esse tipo de atividade. Os organismos geneticamente modificados, também chamados de transgênicos, são o resultado da aplicação dos conhecimentos biotecnológicos quando da manipulação do código genético dos seres vivos. O objetivo é criar outro ser vivo geneticamente diferenciado, ou obter um determinado produto ou resultado oriundo deste ser, tendo em vista o aproveitamento agrícola, econômico ou terapêutico. O inciso V do art. 3º da Lei nº 11.105/05 define OGM como o organismo cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética. A expressão “geneticamente modificado” se refere ao uso da tecnologia do ADN recombinante para modificações genéticas na fauna, na flora ou nos microorganismos.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo²⁰ afirma que o vocábulo “transgênico” tem o sentido de “além do gene”. É formada pelo prefixo latino “trans”, que significa algo além de ou para além de, e pela palavra “gênico”, que traz a idéia relacionada ao gene. Com efeito, o conteúdo da idéia de transgenia está diretamente relacionado à noção de modificação genética dos organismos. São denominados de OGMs aqueles organismos cuja composição genética foi alterada pelo ser humano de uma forma tal que o ciclo evolutivo da natureza não poderia fazer. Isso ocorre quando um ou mais genes selecionados são transferidos de um organismo para outro, fazendo uma recombinação genética entre espécies que podem ser relacionadas ou não.

A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio é a instância administrativa de caráter consultivo e deliberativo pertencente ao Ministério da Ciência e Tecnologia. Tem o objetivo de acompanhar e de disciplinar o

²⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Op. cit., p. 210.

desenvolvimento científico e técnico em relação aos OGMs. Por ser uma instituição com qualificação para atuar nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins, a função da CTNBio é, a um só tempo, viabilizar o desenvolvimento tecnológico e diminuir ou evitar os riscos ao meio ambiente e à saúde humana.

O caráter multidisciplinar da CTNBio se sobressai em face dos inúmeros interesses que a matéria desperta, pois envolve os mais diversos tipos de atividades e de profissionais. Por isso, o art. 11 da Lei nº 11.105/05 determina que o órgão deve ser composto por especialistas de notório saber científico e com grau acadêmico de doutor em áreas como agricultura e pecuária, ciência e tecnologia, defesa do consumidor, indústria e comércio, meio ambiente, relações exteriores, saúde do trabalhador e saúde humana. A competência da CTNBio está especificada no art. 14 da referida lei, abarcando tudo o que diz respeito aos OGMs, como autorizações de funcionamento, emissão de pareceres avaliadores e classificação dos transgênicos segundo o grau de nocividade apresentado.

O inciso II do § 1º do art. 225 da Constituição Federal determina que o poder público é obrigado a fazer o controle da pesquisa e da manipulação de material genético. Tais atividades, segundo o art. 1º da Lei nº 11.105/05, envolve o cultivo, a manipulação, o transporte, a comercialização, o consumo, a liberação e o descarte de OGMs. Embora a CTNBio também cuide desse controle, é evidente que os órgãos administrativos de meio ambiente possuem o papel mais importante na defesa e na gestão pública do meio ambiente.

É por meio do licenciamento ambiental e da sua decorrente fiscalização que a Administração Pública exerce o seu poder de polícia em matéria ambiental, o que inclui também as atividades biotecnológicas. Paulo Affonso Leme Machado²¹ entende que apenas as atividades puramente teóricas de ensino e de pesquisa que envolvem os organismos geneticamente modificados estariam de fora dessa obrigação. Segundo esclarece, o inciso IX do art. 5º da Constituição Federal consagra a liberdade de pensamento no que diz respeito às atividades intelectuais e de comunicação.

Os §§ 2º e 3º do art. 16 da Lei nº 11.105/05 estabelecem, respectivamente: “Somente se aplicam as disposições dos incisos I e II do art. 8º e do caput do artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, nos casos em que

²¹MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 968.

a CTNBio deliberar que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente”: “A CTNBio delibera, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental”. Com o mesmo objetivo de atrelar a possibilidade de exigência ou não do licenciamento ambiental e do estudo prévio do impacto ambiental à CTNBio, estão também o inciso III do § 2º do art. 53 e o art. 54 do Decreto nº 5.591/05.

6 Riscos da biotecnologia

Ao dispor sobre as normas de segurança envolvendo os OGMs, a Lei nº 11.105/05 reconheceu a possibilidade de a engenharia genética trazer riscos. Aliás, não fosse por isso, o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal não determinaria o controle e a fiscalização por parte do poder público em relação às pessoas que desenvolvem tais atividades. Normalmente, o perigo está associado à possibilidade do dano e o risco à potencialidade do perigo, de maneira que este é mais previsível que aquele. Nesse sentido, os riscos mais graves provocados pelos OGMs dizem respeito ao meio ambiente e à saúde humana. Existem também implicações econômicas e sociais que devem ser observadas.

O problema desse tipo de risco é que os danos causados ao meio ambiente são de difícil ou mesmo de impossível recuperação. Dessa forma, a única maneira de proteger efetivamente o patrimônio ambiental é evitando que tais danos ocorram. Nesse diapasão, Heline Sivini Ferreira²² afirma que os riscos ambientais são ilimitados no que diz respeito ao tempo e globais em função do alcance e potencial catastrófico. Os alimentos transgênicos estão relacionados ao aumento da incidência de alergias. Ao se transportar o gene de uma espécie para outra, o elemento alergênico possivelmente estará sendo transplantado junto. Além do mais, no cruzamento de genes de espécies diferentes, novos compostos podem ser formados, como proteínas e aminoácidos, abrindo margem para o surgimento de outros elementos alergênicos. A respeito desse assunto, Heline Sivini Ferreira²³ enfatiza:

²² FERREIRA, Heline Sivini. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2004. p. 68.

²³ FERREIRA, Heline Sivini. Op. cit. p. 61-62.

A falibilidade da ciência na determinação de situações de perigo evidencia-se também quando analisamos a tão recente possibilidade de isolar e recombinar genes. Em 1989, por exemplo, a *Food and Drug Administration* (FDA) aprovou, como suplemento alimentar, a venda de aminoácidos triptofano, obtido através da transgenia. Por razões até então desconhecidas, 37 pessoas morreram e outras 1.500 foram infectadas por uma nova patologia denominanda *eosinophilia myalgia magna*. Estudos posteriores revelaram que o produto comercializado continha impurezas altamente tóxicas provenientes do processo biotecnológico empregado, o que ocasionou a sua retirada imediata do mercado.

Um outro exemplo de falha nas avaliações científicas ocorreu em 1994, quando a FDA concedeu à empresa norte-americana Monsanto licença para utilizar o hormônio rBGH com o intuito de aumentar o rendimento da produção de leite. Inicialmente considerado inofensivo, “a injeção de rBGH provocou graves infecções nos animais e aumentou, no leite, o teor de uma substância denominada IGF, que eleva o risco de câncer mamário”.

Outro problema verificado diz respeito aos antibióticos. Normalmente, os cientistas inserem nos alimentos genes de bactérias resistentes a tais medicamentos, com o intuito de se assegurarem do sucesso da modificação genética. Isso pode fazer com que determinados antibióticos não surtam efeitos no corpo humano, em virtude da resistência dos microorganismos.

A potencialização dos efeitos das substâncias tóxicas é outra questão importante, visto que inúmeras plantas e micróbios dispõem naturalmente de tais substâncias para se defenderem de seus inimigos. É possível que o transplante de um gene de uma espécie para outra aumente o nível de toxicidade dessas substâncias, passando a prejudicar os seres humanos e toda a cadeia ecológica. O surgimento de pragas devido à transferência de genes resistentes é uma ameaça ao meio ambiente, pois a tendência é que as pragas se tornem resistentes aos genes transferidos. O uso continuado de sementes transgênicas criará um círculo vicioso, já que cada vez mais se exigirão doses maiores ou mais fortes de defensivos²⁴.

A introdução de uma espécie no meio ambiente é irreversível, já que o gene pode se espalhar sem qualquer controle. Assim, a impossibilidade de controlar a natureza é um risco a ser considerado²⁵. É por isso que não deve ocorrer o descarte de tais substâncias na natureza, pois podem causar graves

²⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pachêco. Op. cit., p. 217.

²⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pachêco. Op. cit., p. 217.

danos aos recursos ambientais. Os OGMs, por exemplo, podem causar a eliminação de insetos e de microorganismos do ecossistema, empobrecendo-o e ocasionando desequilíbrio ambiental. Outro possível efeito é a transformação de culturas tradicionais em culturas geneticamente modificadas, por meio da troca de pólen entre culturas de polinização aberta, acarretando a perda de variedades nativas e a contaminação das reservas e estoques de material genético²⁶.

Já entre as implicações econômicas e sociais, cabe destacar as seguintes: dependência tecnológica, aumento do desemprego no campo, desfavorecimento da agricultura familiar, consolidação dos monopólios das grandes corporações internacionais, elevação dos preços dos produtos e serviços oriundos da biotecnologia, inibição da livre circulação da informação científica em decorrência do segredo comercial gerado pelo patenteamento e inviabilização da pesquisa biotecnológica por parte dos países em desenvolvimento²⁷.

7 Importância do princípio da precaução

Antônio Herman Benjamin²⁸ destaca que a prevenção é mais importante do que a responsabilização do dano ambiental, já que a dificuldade, a improbabilidade ou mesmo a impossibilidade de recuperação é a regra em se tratando de um dano ao meio ambiente. Com efeito, são inúmeros os casos em que as catástrofes ambientais têm uma recuperação difícil e lenta ou que até não têm reparação. Assim, seus efeitos acabam sendo sentidos principalmente pelas gerações futuras.

Por conta dessas características do dano ambiental, a Constituição Federal estabelece que deve ser dada prioridade àquelas medidas que impeçam o surgimento de lesões ao meio ambiente. Tanto o *caput* do art. 225, quando dispõe sobre o dever do poder público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, quanto outros dispositivos determinam a adoção de medidas na defesa dos recursos ambientais como uma forma de cautela em relação à degradação.

²⁶ GUERRANTE, Rafaela Di Sabato; ANTUNES, Adelaide Souza; PEREIRA JÚNIOR, Nei. Transgênicos: a difícil relação entre a ciência, a sociedade e o mercado. In: VALLE, Silvio; TELLES, José Luiz (Org.). *Bioética e biorrisco*: abordagem transdisciplinar. Rio de Janeiro: Interciência, 2003. p. 54.

²⁷ VIEIRA, Paulo Freire. Erosão da biodiversidade e gestão patrimonial das interações sociedade-natureza: oportunidades e riscos da inovação biotecnológica. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Org.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 236.

²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Op. cit., p. 227.

O problema é que o princípio da prevenção é aplicado em relação aos impactos ambientais conhecidos e dos quais se possa estabelecer as medidas necessárias para prever e evitar os danos ambientais, não levando em conta a incerteza científica. Contudo, inúmeros danos ao meio ambiente têm ocorrido e podem continuar a ocorrer simplesmente porque não existe conhecimento científico suficiente a respeito da repercussão dos empreendimentos e tecnologias implementados, como é exatamente o caso dos OGMs.

Em decorrência disso, pode-se afirmar que a mera prevenção aos danos não garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deixando de seguir a determinação constitucional. Para suprir a necessidade de criação de um dispositivo que possa fazer frente aos riscos ou à incerteza científica, ganhou corpo o princípio da precaução, que exige uma ação antecipada diante dos riscos de danos ambientais ou à saúde humana.

O princípio da precaução estabelece a vedação de intervenções no meio ambiente, salvo se houver a certeza de que as alterações não causarão reações adversas, já que nem sempre a ciência pode oferecer à sociedade respostas conclusivas sobre a inocuidade de determinados procedimentos. A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento consagrou pioneiramente o princípio da precaução no âmbito internacional, ao estabelecer no 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 científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Existe realmente uma grande semelhança entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção, pois o primeiro é apontado como um aperfeiçoamento do segundo. Prova disso é que os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente que se prestam a efetivar a prevenção são apontados também como instrumentos que se prestam a efetivar a precaução. Entendendo que a precaução é uma compreensão mais alargada do conceito de prevenção, afirma Ana Carolina Casagrande Nogueira²⁹:

²⁹NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. FERREIRA, Helene Sivini. Op. cit., p 199.

O “princípio da precaução”, por sua vez, é apontado pelos que defendem seu status de novo princípio jurídicoambiental como um desenvolvimento e, sobretudo, um reforço do princípio da prevenção. Seu fundamento seria, igualmente, a dificuldade ou impossibilidade de reparação da maioria dos danos ao meio ambiente, distinguindo-se do princípio da prevenção por aplicar-se especificamente às situações de incerteza científica.

Dessa forma, a precaução diz respeito à ausência de certezas científicas, enquanto a prevenção deve ser aplicada para o impedimento de danos cuja ocorrência é ou poderia ser conhecida, estando esta mais relacionada ao conceito de perigo e aquela ao conceito de risco. Dentro de uma acepção teleológica, pode-se dizer que esse princípio significa que é mais correto errar tentando defender o meio ambiente do que correr riscos ambientais em favor de interesses individualizados³⁰. Nesse sentido, afirma Paulo Affonso Leme Machado³¹:

A precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar no futuro. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.

No Brasil, já existem diversas bases legais referentes a esse princípio. Por exemplo, o art. 5º do Decreto nº 4.297/02 determina a observância da precaução em relação ao zoneamento ecológico-econômico, entre outros princípios do direito ambiental. Já o § 3º do art. 53 se refere à precaução como instrumento de proteção do meio ambiente. Para alguns autores, esse princípio estaria implícito no inciso IV do § 1º do art. 225 da própria Constituição Federal, que exige o estudo prévio de impacto ambiental em relação às atividades, potencial ou efetivamente, causadoras de significativa degradação ambiental³².

De qualquer forma, o art. 1º do Decreto nº 5.591/05 impõe expressamente a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, em se tratando de OGMs. Esse aspecto já era previsto nas considerações

³⁰ RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. O Mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 50, out./dez.2002.

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. Op. cit., p. 57.

³² COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no direito ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 488, 7 nov.2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em: 11 out.2005.

da Resolução nº 305/02 do Conselho Nacional do Meio Ambiente que dispõe sobre o licenciamento ambiental de transgênicos. Ao prever, em seu preâmbulo, que, quando existir “ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”, a Convenção da Diversidade Biológica deixou claro que a precaução é a postura mais indicada no caso dos transgênicos.

8 Considerações finais

Ao meio ambiente se deve atribuir a mesma importância do direito à vida, pois sem o necessário equilíbrio ambiental, o planeta fatalmente sofrerá as conseqüências. O direito ambiental é um direito fundamental de terceira geração, visto que cuida não só da proteção do meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, mas também das futuras gerações. Caracteriza-se assim como um direito transindividual e transgeracional.

O conceito de meio ambiente é desdobrado pela doutrina em quatro dimensões: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. O primeiro é o constituído pelos recursos naturais propriamente ditos; o meio ambiente artificial é aquele construído ou alterado pelo ser humano sendo constituído pelos edifícios urbanos e pelos equipamentos comunitários; o meio ambiente cultural é o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico, constituindo-se tanto de bens de natureza material quanto imaterial; por fim, o meio ambiente do trabalho é o conjunto de fatores que se relacionam às condições laborais.

O patrimônio genético, que é o conjunto de informações de origem genética oriundas dos seres vivos de todas as espécies, foi alçado pela Carta Magna de 1988 à categoria de bem constitucionalmente protegido. significa dizer que essa proteção não é apenas a garantia da sobrevivência de determinadas espécies, mas de todas as espécies, inclusive a humana, já que existe uma interdependência entre todas as formas de vida. Além disso, o patrimônio genético constitui o fundamento da maioria das atividades sócio-econômicas.

A engenharia genética é a ciência que trabalha com a manipulação dos genes e a criação de inúmeras variações entre os genes de organismos diferentes. A biotecnologia é o ramo da engenharia genética que se dedica à modificação genética dos organismos vivos, com o objetivo de atender a uma demanda agrícola, ambiental, científica, econômica, industrial, médica

ou sanitária. A biossegurança consiste no sistema de segurança que se propõe a impedir que ocorram danos ao meio ambiente e à saúde pública na manipulação genética.

Os OGMs são o resultado da aplicação dos conhecimentos biotecnológicos quando da manipulação do código genético dos seres vivos. A CTNBio é a instância administrativa, de caráter consultivo e deliberativo pertencente ao Ministério da Ciência e Tecnologia tem o objetivo de acompanhar e de disciplinar o desenvolvimento científico e técnico em relação aos OGMs, com o intuito de viabilizar o desenvolvimento tecnológico e diminuir ou evitar os riscos ao meio ambiente e à saúde humana.

Os riscos mais graves provocados pelos OGMs dizem respeito ao meio ambiente e à saúde humana. Todavia, existem também implicações econômicas e sociais que devem ser observadas. O problema desse tipo de risco é que os danos causados ao meio ambiente são de difícil ou mesmo de impossível recuperação. Assim, a única forma de proteger efetivamente o patrimônio ambiental é evitando que tais danos ocorram.

O princípio da precaução estabelece a vedação de intervenções no meio ambiente, salvo se houver a certeza de que as alterações não irão causar reações adversas. Isso porque nem sempre a ciência pode oferecer à sociedade respostas conclusivas sobre a inocuidade de determinados procedimentos. Tendo em vista os gravíssimos riscos ao meio ambiente e à saúde humana, faz-se necessário que o princípio da precaução seja aplicado, suspendendo o uso comercial dessa técnica até que os limites de segurança sejam comprovadamente adequados.

9 Referências

BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade intelectual e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Função socioambiental*. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e (Coord). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. 3. ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1988.

COLOMBO, Silvana Brendler. *O princípio da precaução no direito ambiental*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <[http://www1.jus.com.br/doutrina/texto .asp?id=5879](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879)>. Acesso em: 11 out.2005.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: 1999.

FERREIRA, Heline Sivini. *O risco ecológico e o princípio da precaução*. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRANTE, Rafaela Di Sabato; ANTUNES, Adelaide Souza; PEREIRA

JÚNIOR, Nei. *Transgênicos: a difícil relação entre a ciência, a sociedade e o mercado*. In: VALLE, Silvio; TELLES, José Luiz (Org.). *Bioética e biorrisco: abordagem transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. Biodiversidade, biotecnologia, biossegurança e proteção do meio ambiente. *Revista Idéia Nova*. Recife, n. 1, 2003.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIGLIARI, Arthur. *Crimes ambientais*. Brasília: Lex Editora, 2001.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. O mercosul: os agrotóxicos e o princípio da precaução. *Revista Direito Ambiental*, São Paulo, ano 7, n. 28, out./dez.2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1995.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

VIEIRA, Paulo Freire. *Erosão da biodiversidade e gestão patrimonial das interações sociedade-natureza: oportunidades e riscos da inovação biotecnológica*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Org.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

NORMA PENAL: CONCEITO, FUNÇÕES E CARACTERÍSTICAS

Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Professor do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

1 Introdução

O homem é, por natureza, um ser eminentemente social, que sente a necessidade de relacionar-se. Dessa forma, desde os primórdios, passou a viver em conjunto, em grupamentos, ainda que de maneira desorganizada e tribal. Todavia, com a natural evolução dos tempos, sempre motivado pelo desejo de melhoria de sua condição, o ser humano passou a se desenvolver através de vários estágios. E assim, foi avançando desde a fabricação rudimentar dos primeiros utensílios domésticos, passando pela tímida economia familiar, até atingir a época atual. No percurso dessa evolução social do homem, um traço marcante sempre esteve presente: a violência. Rousseau (1712-1798) observava que a sociedade humana, à medida que progredia, também atingia níveis crescentes de agressividade. Na visão do aludido filósofo, o progresso é diretamente proporcional à agressividade.

Assim, a humanidade tem vivido num constante ambiente voltado à prática da criminalidade. Esse fato é observável desde as antigas civilizações estruturadas nos estuários dos rios Tigre e Eufrates, na antiga Mesopotâmia. É também permanente a idéia da repressão das ações delitivas, com o objetivo de proteger a estrutura do corpo comunitário.

Nasceu daí, o direito penal, com sua base repressiva e retributiva, formulando institutos jurídicos. Desde a primeira lei penal, a do Talião, e a primeira codificação legal, com o Código de Hamurabi, na Babilônia, busca-se manter a ordem social, objetivando resguardar, também, a dignidade do homem. Com efeito, desde as origens da civilização, busca-se evitar a existência de uma sociedade sem controle no agir humano. Isso a tornaria totalmente anárquica e desorganizada, um verdadeiro caos, onde tudo seria liberado. É nesse contexto que nasce a norma, para disciplinar a vida em sociedade e, no caso em estudo, a norma penal.

2 Conceito de norma penal

Advinda do latim, a expressão “norma” (esquadro, régua) revela, no campo da conduta humana, a diretriz de um comportamento socialmente estabelecido. Em outras palavras, trata-se de uma regra de conduta que expri-

me um “dever-ser”, prescrevendo o que deve ser feito para atingir determinada finalidade. A norma jurídica prescreve a conduta adequada para se alcançar a segurança e a ordem no âmbito dos relacionamentos em sociedade. A respeito da matéria, enfatiza J. Flóscolo da Nóbrega¹:

As normas surgem por imposição de nossas necessidades, como modos de satisfazê-las com o mínimo de atritos e desgastes possível (...). A norma difere da lei natural em ser uma regra que exprime o que deve ser, o que deve acontecer, enquanto a lei natural enuncia apenas o que acontece, o que é. Outra diferença se encontra em que a lei natural é necessária, traduz fato que acontece de maneira certa, inevitável, enquanto que a norma é contingente, exprime fato que pode, ou não, acontecer. Outra nota diferencial é que a norma se refere apenas às relações humanas, ao passo que a lei natural se aplica a toda a natureza. A forma da norma é sempre a de um imperativo, um juízo prescrevendo um dever; imperativo positivo, de fazer, ou negativo, de não fazer, nele está sempre presente o verbo dever, de modo expresso, ou subentendido. Em alguns sistemas normativos, como a religião, a moral, o imperativo é categórico, impõe-se de forma incondicional; no direito, nos usos sociais, na técnica, na política, o imperativo é hipotético, depende de condições determinadas na própria norma.

A norma penal, espécie do gênero norma jurídica, pode ser conceituada em sentido amplo e estrito. Em sentido amplo, é aquela que define um fato punível, impondo, de forma abstrata e genérica, a sanção cabível. Pode também ser definida como aquela que envolve princípios gerais e disposições sobre os limites e ampliações de normas incriminadoras. Em sentido estrito, norma penal é aquela que descreve uma conduta ilícita, impondo uma sanção. De forma genérica, pode-se afirmar que a norma penal volta-se à definição de crimes e ao estabelecimento de sanções. Cuida também das condições para que seja aplicada a lei penal. Esta, por sua vez, é o principal meio de veiculação da norma penal, ou seja, seu instrumento primordial de manifestação.

As normas penais incriminadoras, contidas na parte especial do Código Penal e em leis extravagantes, são aquelas que definem crimes e estabelecem sanções. As demais estão previstas na parte geral, disciplinadoras da aplicação e dos limites das normas incriminadoras, denominadas integrantes ou de segundo grau. Estas últimas dividem-se, essencialmente, nas seguintes espécies: normas de aplicação (que estabelecem os limites de validade e aplicabilidade das normas incriminadoras); normas declarativas ou

¹NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987. p. 20.

explicativas (que definem certos conceitos previstos na lei); normas diretivas (que fixam os princípios a serem estabelecidos em determinada matéria); normas interpretativas (que se prestam à interpretação de outras normas).

Na elaboração da norma jurídica, o legislador observa determinadas particularidades técnicas, vislumbradas na constatação de que o preceito imperativo a ser obedecido não se contém de maneira expressa na norma penal. São explicitados, tão-somente, a sanção e o comportamento humano ilícito, como decorrência do princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Na norma penal, a regra proibitiva (por exemplo, não matará) permanece implícita na definição do crime, e só pode ser delimitada indiretamente. Essa característica motivou Karl Binding² a afirmar que, no cometimento de uma infração, o criminoso não ofende a lei em si, mas seu preceito proibitivo, ou seja, a própria norma. Há, por conseguinte, uma verdadeira distinção entre a norma e a lei penal, no sentido de que a primeira criaria o ilícito, enquanto a segunda ficaria responsável pela definição do delito.

Nessa ordem de idéias, proposta por Binding, a conduta delitiva violaria não a lei, mas a própria norma, visto que o infrator praticaria exatamente o comando previsto naquela. A lei teria caráter descritivo da conduta proibida ou imposta, tendo a norma, a seu turno, caráter proibitivo. Assim, de acordo com essa teoria, as normas figurariam como imperativos puros imotivados, visto que não integrariam o âmbito do direito penal, mas de outras searas jurídicas. Acerca da referida tese, Heleno Cláudio Fragoso³ apresenta a seguinte explicação:

Contra a teoria de Binding, porém, objetou-se que a indeterminação da natureza dessas normas é inconcebível, pois elas se situariam fora do campo do direito. Por outro lado, levaria ela a crer que a sanção não é essencial à norma jurídica (Hans Kelsen). Não há, todavia, a distinção que Binding procurou estabelecer. Norma é o imperativo jurídico que possui os atributos a que já acima aludimos. A lei é uma das formas de expressão da norma jurídica, ou seja, é fonte formal da norma, que pode revelar-se também através do direito não escrito (consuetudinário), ou da jurisdição (no caso de precedentes judiciais obrigatórios, como ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra). Na norma penal

²Apud FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 89-90.

³FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 90-91.

(cuja única fonte é a lei formal), o preceito está implícito na descrição da conduta incriminada, que aparece como um pressuposto da aplicação da sanção. Esta é elemento essencial à norma, constituindo (antes de sua transgressão) a ameaça de um mal a ser infligido pela inobservância do preceito. Após a violação do preceito, a sanção surge como sua consequência jurídica.

A norma penal, portanto, formada, em sua modalidade incriminadora, pela união indissolúvel entre preceito e sanção, apresenta natureza imperativa. Essa dimensão é manifestada por meio de mandatos (imperativos positivos) ou proibições (imperativos negativos), implícitos e previamente formulados. Nesse aspecto, a lei penal moderna não é formulada em ordem direta, mas na estrutura de vedação indireta, na qual é descrito o comportamento humano pressuposto da consequência jurídica materializada na sanção⁴.

3 Funções da norma penal

Como se sabe, o direito é uma forma de controle social. O veículo de manifestação desse controle é a própria norma jurídica, que se consubstancia em regra de conduta bilateral e coercitiva, amparada por uma sanção. Na lição de J. Flóscolo da Nóbrega⁵, o sistema de controle social encontra tradução nos seguintes termos:

- a) para que a vida social subsista, se faz necessária a satisfação das necessidades fundamentais de ordem, segurança e eficiência;
- b) para isso, impõe-se a obediência aos padrões de comportamento aprovados pelo grupo social;
- c) para conseguir essa obediência, o direito traduz aqueles padrões em normas coercivas e bilaterais, normas autárquicas, com o poder de fazer-se realizar por si mesmas, quando não o forem pela vontade do destinatário.

De fato, o controle social é o processo através do qual a sociedade procura adequar o comportamento de seus membros aos padrões tradicionalmente consagrados como aceitáveis, de modo a garantir a segurança e a ordem. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁶ apresentam, acerca do tema, o seguinte magistério:

⁴PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 90-91.

⁵NÓBREGA, J. Flóscolo da. Op. cit., p. 63.

⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 4. ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 70.

Chamamos “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação.

Com efeito, desenvolvendo sua função de controle social, a norma apresenta, genericamente, as hipóteses de definição de crimes e o estabelecimento das condições de aplicação da sanção penal⁷. Em uma análise mais aprofundada, pode-se acrescentar que as normas penais não têm como finalidade única punir os infratores, ou seja, aqueles que praticam as condutas descritas nos tipos penais incriminadores. Há normas que, ao contrário de apresentarem proibições ou mandamentos cuja ofensa enseja punição ao agente, possuem um conteúdo explicativo. Outras, ainda, existem que excluem o crime ou isentam o réu de pena. São as chamadas normas penais não incriminadoras.

Assim, do quadro exposto, verifica-se que, não obstante a finalidade genérica de controle social, as funções específicas das normas penais são diversas, conforme sejam classificadas em incriminadoras ou não-incriminadoras. As normas penais incriminadoras, ou normas penais em sentido estrito ou mandamentais, têm a função de definir as infrações penais, proibindo ou impondo condutas, sob a ameaça de imposição de uma sanção. Constituem-se de dois preceitos: o primário (*preceptum iuris*), responsável pela descrição detalhada e perfeita da conduta que se procura proibir ou impor e o secundário (*sanctio iuris*), encarregado da individualização da pena, ou seja, da cominação em abstrato.

As normas penais não-incriminadoras, a seu turno, apresentam as seguintes funções, conforme sejam permissivas, explicativas ou complementares: tornar lícitas determinadas condutas (normas permissivas justificantes); afastar a culpabilidade do agente, através das causas de isenção de pena (normas permissivas exculpantes); esclarecer determinados conceitos (normas explicativas); fornecer princípios gerais para a aplicação da lei penal (normas complementares)⁸.

⁷FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 89.

⁸GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 22-24.

4 Características das normas penais

As normas jurídicas, de maneira geral, apresentam as seguintes características principais: emanção do Estado; generalidade e abstração (regulamentação genérica de relações ou fatos, com previsão hipotética de uma série infinita de casos enquadráveis em um tipo abstrato); bilateralidade (estabelecimento de direitos e deveres jurídicos respectivos); coercibilidade e imperatividade (advindas do caráter mandamental da norma, significando o conjunto de imperativos assegurados coativamente pelo poder público, em decorrência da chancela do Estado, autorizando, conseqüentemente, em face do descumprimento, o emprego da força pela via institucional); irrefragabilidade (revogação apenas por outra norma jurídica)⁹.

Aponta-se, ainda, a heteronomia - do grego *heteros* (diverso) + *nomos* (regra) - significando a característica da norma jurídica que esclarece ser esta imponível à vontade do destinatário. A vontade do Estado prevalece, no âmbito da legalidade, sobre a vontade individual. Enquanto a norma moral é autônoma (do grego *autos*, por si só + *nomos*, regra), isto é, seu cumprimento é livre pelo destinatário, a norma jurídica é heterônoma, isto é, o seu cumprimento é obrigatório. Enquanto a norma moral dirige-se de dentro para fora, isto é, o homem se auto-impõe um procedimento sem que sua vontade seja dirigida, a norma jurídica é heterônoma, imposta por um ordenamento jurídico, cuja característica é a coercitividade.

A norma moral não se opõe à vontade individual; pelo contrário, exige liberdade de assentimento para a realização de seu imperativo. O ato moral só é válido quando praticado por livre e espontânea vontade; praticado à força, seria imoral. A norma jurídica, por sua vez, não leva em conta a convicção ou assentimento de seus destinatários; trata-se de um comando irresistível, a ser cumprido à força, se necessário. J. Flóscolo da Nóbrega¹⁰, discorrendo sobre o assunto, apresenta como caracteres diferenciais notáveis das normas jurídicas, especificamente, a bilateralidade e a coercibilidade. Sobre a matéria, enfatiza:

A bilateralidade se afirma na estrutura imperativo-atributiva da norma; esta, enquanto prescreve um dever, ou obrigação de fazer, ou não fazer algo, confere ao mesmo tempo uma pretensão, ou poder de exigir o cumprimento desse dever. Atua de ambos os lados, de um,

⁹FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 89.

¹⁰NÓBREGA, J. Flóscolo da. Op. cit., p. 21-22.

atribuindo um direito, de outro lado, impondo uma obrigação (...). Nenhum outro sistema normativo apresenta essa nota essencial, que é específica, exclusiva do direito.

A coercibilidade, ou coatividade, é o poder que tem a norma jurídica de fazer-se cumprir com emprego da força física. As demais normas deixam seu cumprimento à vontade do destinatário; a norma jurídica, porém, sobrepõe-se à vontade do destinatário, anula essa vontade e exige cumprimento de modo incondicional, inexorável, recorrendo, para consegui-lo, mesmo à força física, à coação. É essa outra nota essencial, exclusiva do direito; a norma jurídica nasce com o destino de realizar-se a todo custo e cumprirá esse destino, ou pela vontade do destinatário, ou sem essa vontade e mesmo contra ela (...). Quando não é possível realizar de fato esse cumprimento, realiza-se de modo indireto, por qualquer forma sucedânea, a saber:

- a) impondo uma sanção contra o faltoso;
- b) obrigando-o a reparar os danos causados com a sua falta;
- c) anulando-se os atos praticados em violação de seu dever.

No que tange, particularmente, à norma penal, objeto do presente estudo, Damásio de Jesus¹¹ analisa suas características básicas: exclusividade, imperatividade, generalidade, abstração e impessoalidade, conforme a dicção que se segue:

1. Exclusividade.

A norma penal é exclusiva, tendo em vista que somente ela define infrações e comina penas.

2. Imperatividade.

A norma penal é autoritária, no sentido de fazer incorrer na pena aquele que descumpra o seu mandamento. É ela que separa a zona do lícito do ilícito penal. Na primeira, o homem pode agir livremente sem incorrer em qualquer sanção. Não pode, porém, ingressar na zona do ilícito penal sem sofrer conseqüências jurídico-criminais.

A todos é devido o acatamento à lei penal. Daí o seu caráter de obrigatoriedade.

Todas as leis ou normas penais são imperativas, mesmo as de caráter não incriminador, como as permissivas.

Diz-se que os dispositivos legais permissivos, se por um lado autorizam ações ou omissões dos sujeitos ativos, por outro impõem obrigações aos sujeitos passivos, para que não criem obstáculos ao exercício daquelas. Assim, com respeito à legítima defesa, prevista no art. 25 do CP, se de um lado o legislador autoriza a conduta do sujeito ativo, de outro impõe ao sujeito passivo a obrigação de não obstaculizar a reação daquele.

É certo que com a prática do fato típico surge a relação jurídico-punitiva: aparece o direito concreto de punir do Estado e a obrigação de o sujeito não impedir a aplicação da pena. Quando há uma norma

¹¹ JESUS, Damásio E. *Direito penal*: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18-21.

penal permissiva, porém, como a que descreve a defesa legítima, ocorre uma inversão nos pólos da relação jurídica entre o sujeito e o Estado. Sendo a legítima defesa um direito subjetivo em relação ao Estado, este tem a obrigação de reconhecer os efeitos dessa causa excludente da antijuridicidade (...).

As normas penais não-incriminadoras, se bem que não contenham sanção expressa, não são desprovidas de sanção jurídica. São normas que se dirigem, sobretudo, aos órgãos do poder público, e a sua violação é juridicamente sancionada.

3. Generalidade.

A norma penal atua para todas as pessoas. Tem eficácia *erga omnes*. E aqui vem à baila o problema dos destinatários da norma penal.

As normas não-incriminadoras, como vimos, dirigem-se, sobretudo, aos órgãos do poder público.

Quais são os destinatários das normas penais incriminadoras?

Diz-se que, em relação ao seu preceito primário, todos os cidadãos são destinatários de seu conteúdo, ao passo que o secundário se dirige aos encarregados de sua aplicação.

O certo, porém, é que também a *sanctio juris* tem destinação geral (...).

Assim, mesmo os inimputáveis devem obediência ao mandamento proibitivo contido na norma penal incriminadora.

E, como observou Grispiñi, o Estado não pode de antemão saber a que sujeitos terá eficácia a norma; por isso, a cominação legal de *sanctio juris* se dirige a todos, para que após a prática do fato proibido possa ter-se em conta a individualidade própria do autor da infração, para se lhe aplicar, em lugar da pena, a medida de segurança cabível.

4. Abstração e impessoalidade.

A norma penal é, ainda, abstrata e impessoal, dirigindo-se a fatos futuros.

Abstrata e impessoal porque não endereça o seu mandamento proibitivo a um indivíduo. Dirige-se a fatos futuros, uma vez que 'não há crime sem lei anterior que o defina' (arts. 5º, XXXIX, da Const. Federal, e 1º do CP).

Em síntese, a norma penal possui como característica a imperatividade. Assim, uma vez violada, há a previsão de pena para o infrator. A norma jurídico-penal é endereçada a todos os cidadãos genericamente considerados, através de mandados (imperativo positivo) ou proibições (imperativo negativo) implícita e previamente construídos, visto que a lei moderna não contém ordem direta.

A coercibilidade penal se distingue das demais formas de coerção jurídica, porque procura evitar novos delitos com a prevenção especial. Em sua generalidade, a lei penal se destina a todos, com oposição *erga omnes*; a impessoalidade e abstração indicam que o regramento penal não se destina a uma pessoa exclusivamente ou a uma categoria de indivíduos. É construído

para vigorar no seio da sociedade, com efeitos abstratos, disseminados. E, por fim, a própria irrefragabilidade, determinando que, somente através de uma norma penal superveniente, a primitiva lei poderá ser revogada, deixando de ser aplicada.

5 Considerações finais

Depreende-se, da evolução do direito penal até os dias atuais, que a norma sempre foi instrumento fundamental para a sua concretização no meio social. Essa exigência impõe-se, principalmente, na atualidade, a partir de idéias fortemente garantistas e democráticas. Isso ocorre, especialmente pelo fato de que o direito pena humanos mais graves e perniciosos à sociedade. Esses comportamentos são capazes de ensejar risco e perigo aos valores mais importantes para a convivência humana. Por isso, o direito penal descreve as ações reprováveis como infrações, trazendo à tona as respectivas sanções, estabelecendo todas as regras complementares e gerais necessárias à correta materialização da justiça criminal.

Atente-se, nessa linha, para o fato de que o direito penal, por intermédio da norma, passa a “controlar” socialmente a conduta e o comportamento dos indivíduos. Abarca não só os grupos mais próximos dos centros do poder, como também todos os demais indivíduos disseminados na comunidade. É indiscutível que, em qualquer sociedade, existe uma estrutura de poder, verificando-se segmentos ou setores mais próximos (hegemônicos) e outros mais alijados (marginalizados) do poder.

Obviamente, essa estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal. Uma das formas mais violentas de sustentação é justamente o sistema penal, na conformidade da comprovação de resultados que este produz sobre as pessoas. Nesse contexto, a norma penal cumpre a função da criminalização seletiva, elegendo bens jurídicos relevantes que necessitam de tutela jurídica, exemplificativamente, a vida, a saúde e a liberdade, de modo a conter, no tecido social, as diversas ações criminosas possíveis de lesionar os referidos bens.

Na ótica abordada, a norma penal delimita um âmbito, com base no qual o sistema de que faz parte pode selecionar e criminalizar pessoas. Porém, a lei, nesse aspecto, não pode ser interpretada de forma simplória. Deve ser vislumbrada como objeto com caráter programático, institucionalizando e enunciando todo o sistema repressivo e suas vertentes. Contudo, ao se reconhecer a eficácia preventiva das leis penais, não se pode pretender a imposição

geral de um mecanismo social do terror. Pelo contrário, deve-se ter em conta o reconhecimento da necessidade de uma crítica permanente em confrontação com a realidade e a capacidade do direito penal para efetivar os direitos fundamentais, núcleo intangível da esfera humana, estabelecidos entre as garantias constitucionais.

Referências

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcos Alexandre Bezerra Wanderley de Queiroga
Procurador da República

1 Introdução

O presente trabalho ocupa-se da atuação do promotor de justiça na área cível, centrando-se na análise do Ministério Público como instrumento para a implementação das políticas públicas constitucionais, voltadas ao alcance da plena cidadania. Em primeiro plano, será abordada a elevação dos direitos sociais ao patamar constitucional, demonstrando como as políticas públicas nessa área alcançaram o status de direitos fundamentais. Far-se-á também o estudo do fenômeno da constitucionalização do direito, bem como da dimensão alcançada pelo Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico atual. Em seguida, serão discutidas as conseqüências da presença dos direitos sociais no texto constitucional, avaliando-se a efetividade e a exigibilidade de tais preceitos pelo jurisdicionado.

Sob a ótica da tripartição dos poderes, será analisada a legitimidade do Poder Judiciário para efetivar e implementar as políticas públicas, quando o Legislativo e o Executivo se mostrarem inertes. Buscar-se-á avaliar a atuação do Judiciário nesse campo tormentoso, colhendo as posições do Pretório Excelso e apresentando os principais precedentes que assinalam positivamente essa possibilidade. Nesse contexto, será analisado o conceito de políticas públicas, examinando sua implementação à luz da reserva do possível e do mínimo existencial, como balizadores da constante tensão entre a limitação dos recursos públicos e a dimensão das necessidades coletivas.

O papel do Ministério Público, na implementação das políticas públicas, será visualizado, essencialmente, no que concerne à forma como o promotor de justiça com atuação cível poderá agir na positivação dos direitos sociais. Nesse sentido, serão avaliados os instrumentos processuais e legais colocados à sua disposição, como forma de preservação da dignidade da pessoa humana, na busca da cidadania plena. Dar-se-á ênfase à problemática orçamentária que envolve o tema, tratando-se da ação civil pública como instrumento de controle da execução do orçamento.

Por fim, será analisado o papel do Poder Judiciário na busca de se conferir efetividade às decisões judiciais, mormente as tomadas em ações civis públicas manejadas pelo Ministério Público. Em suas linhas gerais, o trabalho tecerá alguns comentários tópicos, considerados úteis para a atuação do

promotor de justiça, em especial dos que militam na área de curadorias, responsáveis por velar pelo respeito à Constituição, com especial atenção aos direitos fundamentais.

2 Constitucionalização do direito

As bases do constitucionalismo são encontradas entre os séculos XVI e XVIII, com a superação do Estado absolutista. Os primeiros documentos formais que já evidenciavam o nascimento do movimento constitucionalista foram a *Petition of Rights*, em 1629, e o *Bill of Rights*, em 1688, idealizados pelos ingleses, como consequência da luta travada entre a realeza e a burguesia. Importante ressaltar que a burguesia lutava pelos seus próprios interesses e não na defesa dos desvalidos. Um pouco mais tarde, após a independência das colônias norte-americanas, surgiu a Constituição de Virgínia, em 1776, como forma de consolidar sua autonomia política frente aos ingleses. Evidentemente, deve ser lembrada como gérmen do constitucionalismo a *Magna Carta Libertatum*, documento imposto, em 1215, pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra, com a finalidade de limitar os poderes reais, especialmente no campo tributário.

Entretanto, pode-se dizer que o impulso determinante à concepção do constitucionalismo, como entendido atualmente, foi dado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, seguida da Constituição francesa de 1791. Embora percam em originalidade, visto que não foram as pioneiras, as Constituições norte-americana e francesa tiveram grande repercussão, em virtude da significação assumida após a sua adoção. Nesse aspecto, destaca-se a Constituição francesa, que representou, de forma pioneira, um movimento que eclodiu no seio do povo, e não apenas reflexo dos interesses burgueses.

Os primeiros textos constitucionais se basearam nas lições de Locke e Rousseau. Tomaram a feição de um documento político, em que era apenas estruturada a organização do poder do Estado e previstos limites ao exercício deste mesmo poder frente à liberdade dos indivíduos. O contexto histórico da época explica esse modelo de constituição, na medida em que o movimento constitucionalista servia à burguesia emergente, responsável pela ruptura com o Estado absolutista. A burguesia pretendia, com uma constituição, dispor de um documento formal que contivesse a forma de obtenção, o exercício e os limites do poder do Estado, procurando-se, sobretudo, a segurança jurídica e a liberdade, tão ausentes no Estado absolutista.

Portanto, o modelo das primeiras constituições, que inauguraram o Estado liberal, reduzia-se a uma carta de organização política e limitativa do poder, já que o papel do Estado era garantir a liberdade dos cidadãos, sem interferência na esfera jurídica privada. Data daquela época o surgimento dos hoje chamados direitos fundamentais de primeira geração, que eram conhecidos como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Naquele contexto, o movimento liberal-burguês preocupou-se, sobremaneira, em impor limites ao Estado, evitando-se o retrocesso ao absolutismo de outrora.

A constituição não possuía poder normativo relevante, na medida em que traçava apenas as diretrizes, dependendo de normatização infraconstitucional. Assim, não se podiam aplicar diretamente as suas determinações ao caso concreto. Ademais, diante da inexistência de controle de constitucionalidade, o legislador infraconstitucional tinha grande liberdade para legislar, sem maiores compromissos com os ditames constitucionais. A constituição não ocupava o centro do sistema jurídico, lugar reservado para os códigos de direito privado, que tiveram como modelo em todo o mundo o Código Napoleônico de 1804. Era o primado da lei, e não da constituição. Esta ocupava um papel secundário, meramente figurativo.

Não é difícil imaginar que as diretrizes constitucionais eram frequentemente desrespeitadas por leis casuísticas, carecendo o ordenamento jurídico de harmonia e unidade. Entretanto, paulatinamente, as constituições foram alcançando prestígio e reconhecimento, sobretudo na obra do austríaco Hans Kelsen, para quem a constituição deveria ocupar o topo da pirâmide do ordenamento jurídico. Assim, as cartas constitucionais foram vistas como instrumentos para conduzir toda a ordem jurídica em uma direção única, dando-lhe identidade e coerência. Para tanto, todas as normas deveriam estar conformadas com os mandamentos constitucionais. Nesse sentido, surgiram os primeiros sistemas concentrados de controle de constitucionalidade. O primeiro sistema surgiu na Áustria, em 1920, sob os auspícios de Kelsen, servindo de modelo para todo o mundo. A constituição ganhava força, estando mais apta a garantir a liberdade tão almejada pelo modelo liberal-burguês.

O positivismo era a corrente filosófico-jurídica que vigia à época. Segundo seus ensinamentos, o direito deveria ser excessivamente objetivo, importando apenas os mandamentos legais. Distanciava-se dos elementos éticos e morais. Desde que estivessem em conformidade com a constituição, as leis deveriam ser invariavelmente cumpridas. Esse regime desaguou nos sistemas nazista e fascista da Alemanha e da Itália. A lei justificava as atrocida-

des cometidas por esses regimes. A constituição igualmente não os vedava, uma vez que, como se viu, o seu papel resumia-se à organização política do Estado, não havendo valores morais, éticos e humanos em seu corpo. A dignidade da pessoa humana não era ainda reconhecida como princípio jurídico a povoar as constituições daquele tempo.

Entretanto, as conseqüências foram severas. O desrespeito aos direitos humanos, as atrocidades, a destruição foram sem precedentes. Logo, percebeu-se que a constituição deveria dizer mais, fazer mais. Como a carta política já possuía força, poderia conter mandamentos éticos e morais, tornando-os obrigatórios e cogentes. Também se percebeu, especialmente no pós-guerra, que apenas a liberdade do indivíduo era insuficiente. O Estado também poderia e deveria fazer mais para corrigir as distorções sociais e reconstruir as nações destruídas. Além da liberdade, proporcionar a igualdade substancial entre as pessoas deveria ser papel do Estado, que estaria obrigado a prestações positivas, para corrigir as distorções advindas do modelo capitalista liberal. Além dos direitos políticos, também os sociais deveriam ser contemplados. Surgem, destarte, os chamados direitos de segunda geração e a noção de justiça distributiva.

O positivismo dá lugar ao chamado pós-positivismo. Mantinha-se o apego à lei, mas sem descurar dos elementos morais e éticos. Surge no pós-guerra, com a redemocratização e a necessidade de aliar a lei ao elemento humano, como reação ao positivismo nazi-fascista. Supera, assim, o modelo estéril e legalista do positivismo, introduzindo, ao lado do dogma legal, os conceitos de justiça e equidade, colocando a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico. Preocupa-se com a justificação da lei pela legitimidade moral, e não em justificar na lei as condutas imorais. As cartas constitucionais atuais passam a carregar em seu corpo normas dessa natureza, voltadas aos direitos sociais, aos elementos éticos e humanos, conforme lembra Luís Roberto Barroso¹:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na constituição, explícita ou implicitamente.

¹BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 28.

A constituição assume o centro do ordenamento jurídico. Seus comandos e princípios expressam a síntese dos valores do sistema, dando-lhe unidade e harmonia. A dignidade da pessoa humana alcança o status de princípio máximo, norteador de toda a atividade jurídica. Os valores éticos aparecem positivados em normas constitucionais, pos-suindo força normativa. A constituição deixa de ser apenas uma carta política, para servir de instrumento de transformação da realidade. Com isso, passou a obrigar o Estado a assumir uma postura positiva, implementando políticas públicas em prol de toda a população, buscando a satisfação das necessidades coletivas e o bem comum.

As normas constitucionais, imbuídas de valores humanos, passam a espalhar-se pelo ordenamento. “Nesse ambiente, a constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”².

Esse fenômeno caracteriza a constitucionalização do direito. É a constituição como norma máxima, no centro do sistema jurídico, contendo regras e princípios cogentes, devendo toda a ordem jurídica ser vista a partir da perspectiva constitucional. Por ocupar esse papel tão relevante, nada mais correto do que inserir na carta constitucional os valores mais importantes e consagrados pela sociedade, sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana. À luz desse preceito, impõe-se a realização de políticas públicas para proporcionar a todos o mínimo de decência, através da implementação dos direitos sociais ou de segunda geração.

3 O Estado Democrático de Direito

O primeiro modelo de Estado concebido para pôr em prática a realização de políticas públicas, como consequência da constitucionalização do direito, foi o chamado *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, na tradição europeia do pós-guerra. A esse respeito, afirma Américo Bedê Freire Júnior³:

²BARROSO, Luís Roberto. *O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito* (no prelo).

³FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 25.

Verificou-se, então, a necessidade de uma efetiva intervenção estatal com o desiderato de materializar os sonhos de garantia de direitos como vida, saúde, alimentação e quejandos. Emergem os direitos de segunda geração a exigir prestações positivas por parte do Estado, a existir uma regulamentação direta no comércio e nas relações trabalhistas e surgem os primeiros sistemas de previdência social.

Contudo, o Estado de Bem-Estar Social fundava-se na existência de normas programáticas, consistentes mais em promessas do que em atuação efetiva do poder público. Não se previam mecanismos eficientes de implemento. De outro lado, viu-se o Estado agigantar-se demasiadamente, crescendo em igual proporção sua ineficiência. Diante de tais problemas, não tardou para que esse modelo fosse superado, dando lugar ao chamado Estado Democrático de Direito. “Nunca existiu tanta preocupação (ou consciência da falta de efetivação) com a efetivação da Constituição como em nossos dias. A Constituição do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de se fazer normativa e não meramente simbólica”⁴. Ocorreu, então, o enxugamento da máquina estatal, com o fomento de atividades pela iniciativa privada. Alterações significativas no modelo administrativo fizeram entrar em cena a chamada administração gerencial, centrada principalmente no princípio da eficiência e na atuação do terceiro setor, as chamadas paraestatais.

Mas a mudança de interpretação da constituição talvez tenha sido o ponto de maior destaque. O que antes era visto como simples preceitos enunciativos, como normas programáticas, carentes de qualquer força vinculante, passa a ser encarado como princípios normatizados, ou seja, verdadeiras normas jurídicas, com eficácia e aplicabilidade direta e imediata. As promessas dão lugar à ação, como bem ponderou o Ministro Celso de Mello:

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, relator Ministro Celso de Mello).

Além de se retirar do ordenamento jurídico as normas contrárias à Constituição, deve-se atribuir aos princípios constitucionais a eficácia positiva ou simétrica. Tal eficácia confere ao beneficiado da norma o direito subjetivo de obter, em juízo, a

⁴FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 27.

tutela específica prevista no comando legal. “Se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou omissão –, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário”⁵. Portanto, o Estado Democrático de Direito deve organizar-se de forma a criar mecanismos efetivos para a implementação das políticas públicas. Deve, além disso, permitir ao beneficiado buscar perante a justiça a efetivação dos mandamentos constitucionais, que outrora eram concebidos apenas como promessas.

Essa efetivação é possível porque as políticas públicas constitucionais acham-se fundadas em normas do texto magno, cuja aplicação é direta e imediata. São, portanto, exigíveis segundo a melhor interpretação. Por outro lado, a democracia consolida-se com a redescoberta da cidadania, sobretudo na conscientização dos direitos por parte da população. Surgem mecanismos processuais e constitucionais de acesso à justiça, em vários níveis de proteção, desde o individual, passando pelo coletivo e pelo difuso, acompanhando as necessidades do mundo cada vez mais globalizado. Há ascensão institucional do Poder Judiciário, do Ministério Público e de organismos de proteção. Diante dessas circunstâncias, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, que, como o próprio nome diz, baseia-se no poder do povo e nas regras jurídicas, existe o ambiente propício à judicialização das políticas públicas, como instrumento para o alcance efetivo da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 não deixa dúvida de que temos um Estado Democrático de Direito, ao prever esse modelo expressamente no *caput* art. 1.º. Tem como fundamento central a dignidade da pessoa humana (inciso III), que, sem sombra de dúvida, é o princípio central de todo o ordenamento jurídico. Uma vez se enquadrando a República Federativa do Brasil no conceito de Estado Democrático de Direito, passemos a analisar o tema sob essa ótica.

4 Tripartição dos poderes e a legitimidade do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas

Como se sabe, outro princípio norteador do Estado Democrático de Direito é a separação dos poderes, positivada no art. 2.º da Constituição Federal. As bases desse preceito estão na obra de Montesquieu, que os concebeu

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 367.

separados, mas harmônicos. Tanto que “o filósofo deixa apenas os seis parágrafos escritos sobre separação e todos os demais dos setenta e um do capítulo VI, descrevendo como imaginava coordenação de poderes”⁶.

Entretanto, é preciso que se corrija a terminologia usualmente empregada para designar esse princípio. Mais correto seria falar-se em separação de funções, e não de poder. O poder é uno e indivisível, titularizado pelo povo, segundo dispõe o parágrafo único do art. 1.º da Constituição Federal. Todavia, para melhor desempenho de suas funções, o poder é distribuído entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, cada um com uma missão constitucionalmente definida. Entretanto, fiquemos com a expressão “separação dos poderes”, posto que arraigada na doutrina e, sobretudo, na Carta Constitucional.

A separação dos poderes do Estado é mandamento basilar para a manutenção do chamado Estado Democrático de Direito. Dessa forma, cada poder passa a limitar o outro, havendo uma moderação e racionalização das funções, em prol dos direitos dos indivíduos. Sua previsão faz parte do núcleo intangível da Constituição brasileira, figurando como cláusula pétrea, no art. 60, § 4.º, III. Portanto, a separação dos poderes existe como pressuposto da existência do Estado Democrático de Direito, que visa, como visto, a preservar e implementar a dignidade da pessoa humana. O alcance desse objetivo passa necessariamente pela consolidação de políticas públicas, quando o Estado age positivamente em prol dos cidadãos.

Logo, é fácil concluir que a separação dos poderes não é um fim em si mesma. Não pode ser encarada como fetichismo filosófico jurídico, mas como sustentáculo à manutenção do Estado Democrático de Direito. Este, por sua vez, deve desenvolver meios para a implementação da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, a separação dos poderes não poderá jamais ser entrave à realização dos direitos fundamentais, pois seria subverter toda a ordem. Ao contrário, deve estar a serviço da consecução de tais direitos, o que envolve necessariamente a satisfação das políticas públicas, voltadas aos chamados direitos de segunda geração. Sobre a matéria, enfatiza Américo Bedê Freire Júnior⁷:

Nesse diapasão, deve ser frisado que não apenas os direitos da primeira geração devem ser protegidos pela separação dos poderes, mas todas as gerações dos direitos fundamentais, já que uma das características dos direitos fundamentais é a sua indivisibilidade.

⁶PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004. p. 49.

⁷FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 38.

Todas as dimensões dos direitos fundamentais, portanto, podem (devem) ser protegidas pelo princípio em comento. Constatamos, assim, ser um arremedo absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, uma vez que tal interpretação aniquila a efetividade (correta aplicação) da separação dos poderes.

Como se pode notar, muitos apontam a separação dos poderes como entrave ao exame das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Ora, cada poder possui sua função própria e indelegável. Cabe ao Legislativo e ao Executivo eleger as prioridades e executar as políticas públicas conforme juízos de conveniência e oportunidade, não podendo o Judiciário se imiscuir no assunto. Os membros do Legislativo e do Executivo foram eleitos pelo voto popular, o que os legitima a traçar o rumo do país. Nessa perspectiva, não se poderia admitir que o Judiciário ordenasse ao Executivo a construção de uma escola ou de um hospital, ou mesmo que alterasse a lei orçamentária, transferindo recursos dirigidos à construção de um campo de futebol para obras emergenciais de saneamento básico. Tudo isso seria apenas tarefa do administrador, seguindo os comandos legais do legislador. Nessa direção, afirma Rafael Bicca Machado⁸:

Os membros do Judiciário não se submetem à apreciação do voto popular, logo, não são detentores do direito de decidir o que, a seu ver, é melhor para a sociedade. Até porque desta não receberam mandato para tanto. Os que o receberam foram os integrantes do Legislativo e do Executivo, estes sim que se submetem e se expõem, eleição a eleição, ao crivo do voto e à apreciação popular.

Importantes vozes se levantam para defender tal posicionamento, a exemplo do Ministro Nelson Jobim. Em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, afirmou que “A decisão judiciária não pode se produzir fora dos conteúdos da lei – lei essa democraticamente assentada em processo político, constitucionalmente válido. Não há espaço legítimo para soberanismos judiciários estribados na visão mística de poder sem voto e sem povo. A mensagem democrática e republicana é simples: cada um em seu lugar; cada um com sua função”.

A afirmação é correta até certo ponto. Em verdade, pelas razões acima expostas, realmente compete ao Legislativo e ao Executivo a implementação

⁸MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar: cada um com sua função. Apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. *Revista Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 43.

das políticas públicas. O constituinte reservou a esses poderes tal missão. No entanto, não se pode esquecer de que as políticas públicas expressam a atuação do Estado na vida social, com o objetivo de dar efetividade aos direitos fundamentais. Esse direitos, inclusive os sociais, estão previstos na Constituição, tendo aplicabilidade direta e imediata (art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal). Têm, além disso, força vinculante, espraiando-se por todo o ordenamento jurídico, buscando assegurar a constitucionalização do direito.

Esse nível constitucional assumido pelos direitos fundamentais, mormente aqueles de segunda geração, foi fruto de um longo amadurecimento e aperfeiçoamento do movimento constitucionalista, já analisado neste trabalho. O espaço de discricionariedade do gestor público, na implementação de tais políticas, é bastante reduzido, na medida em que ele tem o dever de pô-las em prática. Nesse aspecto, convém transcrever a lição de Luíza Cristina Fonseca Frischeisen⁹:

Nesse contexto constitucional, que implica também a renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. (...) Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

(...) As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

Assim, compete ao Legislativo e ao Executivo a implementação das políticas públicas. Pelo princípio da separação dos poderes, o Judiciário não poderia ser intrometer nessa seara, que é reservada aos representantes eleitos pelo povo. Contudo, se esses poderes se mostrarem relapsos e omissos na efetivação de tais comandos constitucionais, o Judiciário pode ser acionado para fazer valer os preceitos constitucionais. Não se trata da sobreposição do Poder Judiciário quanto aos demais, mas sim da sobreposição da Constituição.

⁹ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 95-97.

O Judiciário seria chamado simplesmente para fazer valer os comandos da Carta Magna. Não estaria substituindo a discricionariedade dos demais poderes pela sua, mas velando pela aplicação da Constituição. Como foi visto, não há discricionariedade na omissão de políticas públicas constitucionais, mas sim verdadeira arbitrariedade. Logo, a omissão ou a insuficiência na satisfação das necessidades públicas, resguardadas constitucionalmente, não podem ser afastadas do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal), a pretexto da preservação da separação dos poderes. Sob essa ótica, Américo Bedê Freire Júnior¹⁰ alerta: “Em nenhum momento, pretende-se colocar o Judiciário acima dos demais poderes. Ao contrário, em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição; contudo, quando tal tarefa não foi cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico”. Atento a essas diretrizes, a Suprema Corte não tem ficado inerte diante do problema, realçando a nova tendência de implementação de políticas públicas diante de inúmeros precedentes, dos quais apontaremos alguns mais notórios.

5 Precedentes no STF sobre a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário

O papel do Poder Judiciário nesse tormentoso tema vem encontrando força no Supremo Tribunal Federal, com destaque para a atuação do Ministro Celso de Mello. Em julgado no ano de 2000, o ministro já apontava a necessidade da interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas. Julgando o AgRE 271.286/RS (publicado no DJ em 24.11.2000, p. 101), entendeu a 2.ª Turma do STF que o Poder Judiciário poderia compelir o poder público a executar programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e necessitadas, ao decidir:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, *caput*, e 196) e representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

¹⁰FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 71.

Assim, restou assente que o direito à saúde, previsto na Constituição Federal, pode ser cobrado judicialmente, quando os gestores públicos ficarem omissos. No caso, não poderia haver discricionariedade do Executivo em cumprir ou não essa política. Mas, diante do comando constitucional que assegura a saúde como direito público subjetivo, representando uma prerrogativa jurídica indisponível, extensiva à generalidade das pessoas (art. 196 da Constituição Federal), o administrador está obrigado a garanti-la, podendo ser compelido judicialmente. Como já dito e repetido, não está o Judiciário se sobrepondo aos demais poderes, mas fazendo valer a supremacia da Constituição.

Em outro importante julgado, o Ministro Celso de Mello, em 29 de abril de 2004, no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF (Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 345), admitiu a ingerência do Judiciário na formulação das leis orçamentárias. No caso prático, foi ajuizada arguição de descumprimento de preceito fundamental contra o veto do Presidente da República ao § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O veto presidencial implicava desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Assim, o veto acarretaria prejuízos na implementação de políticas públicas ligadas à saúde, na medida em que poderia tolher parte dos recursos destinados a tais programas. Embora o dispositivo vetado tenha sido espontaneamente restaurado pela Presidência da República, o que acarretou a perda do objeto da ADPF, o Ministro Celso de Mello apresentou suas razões, admitindo expressamente que o Judiciário poderia e deveria intervir em tais casos, para garantir a implementação das políticas públicas. Nesse sentido, anotou:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Em outro caso emblemático, no julgamento do RE 436996/SP, em 26 de outubro de 2005 (Informativo do Supremo Tribunal Federal n.º 407), o Ministro Celso de Mello determinou que o Judiciário compelissem o poder público municipal a garantir a matrícula de crianças em idade pré-escolar em creches, nem que para isso tivesse que construir novas unidades. Na decisão, o Ministro Celso de Mello considerou a educação infantil prerrogativa constitucional indisponível (Constituição Federal, art. 208, IV):

Por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

Segundo o entendimento do ministro, a política pública em questão não poderia ficar à mercê de avaliações “meramente discricionárias” da Administração Pública, nem condicionada ao “puro pragmatismo governamental”. Não poderiam os municípios “demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social”. Embora reconhecendo que a implementação das políticas públicas deveria ficar a cargo do Executivo e do Legislativo, acrescentou em seu voto:

Revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Em outra recente decisão, em 1º de fevereiro de 2006, no RE 393.175/RS (Informativo n.º 414 do Supremo Tribunal Federal), o Ministro

Celso de Mello determinou que o poder público fornecesse medicamentos a pacientes em estado grave, independentemente de previsão orçamentária para tanto, em decisão assim ementada:

Ementa: pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Reconhecido e provido.

Seguindo a linha das decisões acima citadas, outras tantas vêm tomando forma nos mais diversos tribunais e juízos espalhados pelo país. Tais decisões revelam uma tendência atual de se dar efetividade às normas da Constituição. Nesse sentido, o Poder Judiciário assume papel relevante nessa missão, apesar de vozes ainda se levantarem contra tais medidas, a exemplo do Ministro Nelson Jobim, como restou evidente em seu discurso de posse na presidência do STF. Entretanto, a implementação de políticas públicas através de comandos do Judiciário esbarra em algumas dificuldades práticas, centradas essencialmente na denominada figura “reserva do possível”. No próximo tópico, esse tema será abordado, relacionando-o a outros conceitos, como o de “mínimo existencial”.

6 O mínimo existencial, as políticas públicas e a reserva do possível

Antes de tratarmos do tema, devemos voltar ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio garante um “espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”¹¹. Representa um núcleo intangível, normatizado na Constituição Federal, exigível judicialmente, uma vez que possui eficácia positiva. Sobre a matéria, enfatiza Gustavo Tepedino¹²:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º,

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p 372.

¹² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 13. 2t.

no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

O mínimo existencial, como o próprio nome já deixa transparecer, é o elemento fundamental dessa dignidade. São as condições básicas e imprescindíveis de que deve dispor o cidadão para uma vida digna ou bastante próxima à dignidade. São os direitos mínimos, carentes da implementação de políticas públicas que os assegure. Segundo Ricardo Lobo Torres¹³, “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo”.

As políticas públicas, nesse contexto, compõem o conjunto de medidas (ou mesmo uma providência isolada), a serem adotadas pelo Estado para a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos. Essas medidas devem garantir, pelo menos, o chamado mínimo existencial a todos, como forma de implementar os direitos fundamentais resguardados na Constituição. As políticas públicas tendentes a satisfazer o mínimo existencial, como já repisado ao longo do texto, não poderão ficar na discricionariedade do legislador e do administrador, já que a todos, pelo simples fato de existirem, devem ser asseguradas as condições básicas de sobrevivência. E aqui não se trata de caridade estatal, mas de direito assegurado ao indivíduo pela Constituição.

Esse, o mínimo existencial confere ao cidadão a prerrogativa de buscá-lo em juízo, pois o poder público não pode, de forma alguma, vilipendia-lo. Assim, questiona-se a possibilidade de o administrador negar efetividade ao mínimo existencial, sob a alegação de ausência de recursos públicos. Até porque a receita do Estado deve ser empregada prioritariamente nas ações básicas. Todavia, é óbvio afirmar que as necessidades humanas, ainda que básicas, são infinitas, enquanto os recursos públicos são finitos. Então, essa disparidade deve ser regulada por um princípio. Deve haver uma conformação da limitação financeira, passando por um planejamento adequado, para que, dentro do possível, sejam

¹³TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129.

reservados os recursos para a implementação das políticas públicas. Esse princípio é chamado de reserva do possível, servindo de norte para a implantação sustentável e viável das políticas públicas, permitindo a convivência das necessidades com a limitação dos recursos.

Entretanto, a reserva do possível é geralmente desvirtuada pelo poder público, servindo como desculpa para a ausência de políticas públicas e para o desatendimento das decisões judiciais. O administrador geralmente justifica a ineficiência dos serviços básicos alegando a ausência de recursos. Afirma que os recursos já estão comprometidos com outros gastos, não havendo disponibilidade para o cumprimento desta ou daquela política básica, ou mesmo de decisões judiciais que as determinem.

O problema passa necessariamente pela falta de planejamento público, bem como por escolhas equivocadas na implementação dessas medidas. Some a isso o alto grau de corrupção que envolve o poder público, com a dilapidação dos recursos. No entanto, é preciso que se esclareça que a reserva do possível, ou seja, a destinação dos recursos a necessidades básicas, igualmente não está no plano da discricionariedade do administrador. A análise prioritária dos investimentos não pode ser concebida unicamente na visão subjetiva do gestor público, mas sim sob a ótica constitucional. A alegação de reserva do possível não pode ser aceita sem critérios para justificar a inefetividade do poder público, maiormente quando se tratar de decisões judiciais. A respeito dessa temática, afirma Ana Paula Barcellos¹⁴:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002. p. 245-246.

Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Assim, a limitação de recursos pode ser reconhecida pelo Poder Judiciário como justificativa para a não implementação de certa política. Porém, é preciso que haja uma análise criteriosa, como advertiu o Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 436996/SP, em 26 de outubro de 2005 (Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 407):

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Por outro lado, não basta o gestor público alegar a impossibilidade financeira, pois é preciso que demonstre isso de forma objetiva. Ademais, a impossibilidade de que se cuida é apenas momentânea, já que deverá haver um planejamento por parte do gestor para a futura contemplação de determinada política pública, sobretudo quando for reconhecida judicialmente sua imprescindibilidade.

7 O papel do Ministério Público na implementação das políticas públicas e a questão orçamentária

Restou assente, no presente trabalho, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas por parte do poder público. Entretanto, é preciso ainda analisar a forma pela qual a justiça deve ser acionada para tal fim, uma vez que a jurisdição é inerte. É nesse campo que entra em cena o papel do Ministério Público. Constitucionalmente, o *Parquet* é conceituado como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da Constituição Federal).

Portanto, sem sombra de dúvidas, cabe ao Ministério Público uma atitude ativa, com o fito de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, atuando quando constatar ausência ou ineficiência do poder público no cumprimento das políticas públicas. Afinal, “a função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando à efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988”¹⁵.

A participação do Ministério Público na efetivação das políticas públicas se apresenta ainda mais importante “quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar atuação dos representantes eleitos pelo povo”¹⁶. Outrossim, os entes públicos co-legitimados, em regra, possuem atribuições diversificadas, não sendo dotados de aparato para a consecução de tal mister. O instrumento, por excelência, à disposição do Ministério Público é a ação civil pública, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Ato administrativo discricionário: Nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. Recurso especial provido. (*Revista Dialética de Direito Processual*. n. 14/120).

Assim, o promotor de justiça deve reconhecer o poder que tem nas mãos, através dos instrumentos assegurados constitucionalmente ao Ministério Público. Tem a possibilidade de alterar a realidade, corrigindo as omissões e ineficiências do poder público na implementação de políticas voltadas à satisfação das necessidades essenciais da população, na busca do mínimo existencial como reflexo do princípio maior da dignidade da pessoa humana. O membro do *Parquet* com atuação na área cível,

¹⁵FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. Op. cit., p. 126-127.

¹⁶FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 98.

mormente junto às curadorias, deve exercer uma ação comprometida com a plena cidadania, que é direito de todos. Deve voltar os olhos, sobretudo, aos mais necessitados, na busca da igualdade material e do equilíbrio entre aqueles que têm e os que não têm.

A atuação do Ministério Público não pode esbarrar na alegação de falta de recursos por parte do gestor. Como se viu, a reserva do possível existe para permitir uma implementação planejada e sustentável. Claro que deve haver escolhas criteriosas nos dispêndios públicos, já que os recursos são limitados. A Constituição Federal deve servir de norte para o planejamento, porquanto ela impõe a consecução de inúmeras políticas públicas, que não podem ser simplesmente desconsideradas.

As leis orçamentárias igualmente não podem constituir um obstáculo, pois a ação civil pública tem o poder de determinar atuações positivas, regulando o contingenciamento e a inércia do administrador. Em primeiro lugar, cabe ao Ministério Público exigir o cumprimento das políticas já previstas nas leis orçamentárias, ou seja, no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e nas Leis Orçamentárias anuais. Não há, no Brasil, a figura do orçamento impositivo, tendo em vista que a alocação de recursos em determinado projeto não garante o gasto efetivo¹⁷. Não é raro acontecer que o poder público sequer consiga despender os recursos reservados a determinada política. Nessas hipóteses, deve o Ministério Público exigir o cumprimento das regras orçamentárias, com a liberação e emprego dos valores já previstos.

Entretanto, se determinada política constitucionalmente prevista não estiver contemplada na regra orçamentária, cabe ao *Parquet* exigir sua inclusão no próximo orçamento, com reserva de verbas suficientes à sua implementação, inclusive com remanejamento de recursos de áreas não prioritárias se necessário. “Desse modo, é possível que ordem judicial determine a inclusão de verba no orçamento do exercício financeiro seguinte. Tal argumentação guarda pertinência com o nosso sistema constitucional, principalmente no que tange à obrigatoriedade de efetivação de políticas sociais estabelecidas em planos de governo e que integram as políticas públicas do Estado”¹⁸. Há ainda casos mais urgentes, em que não se pode

¹⁷ Nos Recursos Extraordinários 34.581-DF e 75.908-PR, o STF assentou que “o simples fato de ser incluída, no orçamento, uma verba de auxílio a esta ou àquela instituição não gera, de pronto, direito a esse auxílio; (...) a previsão de despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial”.

¹⁸ SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 504.

mesmo esperar a inclusão de verbas no próximo orçamento. Existem mecanismos financeiros para tanto, como a abertura de créditos extraordinários, especiais ou suplementares, conforme o caso, para reforçar o orçamento, permitindo a realização das medidas necessárias.

Em casos extremos, em que esteja em jogo a própria vida do jurisdicionado, deve o Ministério Público, quando for necessário o cumprimento imediato da decisão, como, por exemplo, a concessão de remédio ou realização de cirurgia, exigir a prestação imediata do serviço independentemente de prévia dotação. Nesses casos, haverá a prevalência da decisão na satisfação de um direito fundamental em detrimento de uma regra orçamentária. O orçamento não pode ser concebido como um fim em si mesmo, mas como uma regra instrumental da boa administração. Contudo, na colisão com um direito fundamental, não é difícil concluir que este deve inevitavelmente prevalecer, pois é certo que uma lei orçamentária não poderá desconhecer um mandamento constitucional, deixando ao desamparo inúmeras pessoas necessitadas. Em decisão, de 1º de fevereiro de 2006, no RE 393175/RS (Informativo nº 414 do Supremo Tribunal Federal), o Ministro Celso de Mello se pronunciou mais uma vez sobre o tema, afirmando:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

8 A efetividade da ação civil pública como instrumento na implementação de políticas públicas

A ação do Ministério Público não surtiria os efeitos sem um Judiciário atento às necessidades do jurisdicionado. A ação civil pública precisa de efetividade, devendo o direito de ação exercido pelo *Parquet* ser entendido como um direito fundamental da coletividade, compreendendo em seu conteúdo a necessidade de uma tutela efetiva, adequada e tempestiva. O processo

serve como instrumento às necessidades materiais, devendo haver uma maior adequação do processo à tutela pretendida. Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni¹⁹:

A obviedade está em que o direito material e o processo não podem mais ser tratados separadamente. Assim como o processo não é somente mero meio para a realização do direito, o direito não é apenas resultado do processo. Não há como deixar de perceber, hoje, que entre o processo e o direito material há uma relação de integração (...). No entanto, para a integração processo direito material, é imprescindível, além da classificação das tutelas, que o direito de ação seja pensado como direito fundamental, ou seja, como direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional.

O Poder Judiciário deve esforçar-se para conferir a tutela específica buscada pelo Ministério Público. Como estão em jogo, normalmente, direitos indisponíveis e fundamentais, o Judiciário tem que estar comprometido com a justa resolução do litígio, na medida em que há um premente interesse do Estado na causa. Não se trata de meros interesses particulares. O juiz não deve ficar inerte. Precisa perscrutar os fatos e a realidade, tendo participação ativa na colheita das provas, inclusive. “No processo coletivo, além dessa necessidade de uma intensa participação do juiz na colheita das provas, é preciso ir além e entender ser possível ao magistrado utilizar todos os meios necessários para a preservação do interesse difuso ou coletivo em causa”²⁰. O que realmente importa é o alcance do resultado prático pretendido.

Nesse sentido, é preciso superar as dificuldades na execução das decisões em ações civis públicas, principalmente ligadas às políticas públicas. Como instrumentos para implementação dessas decisões, existe a coerção indireta por meio das multas, previstas nos arts. 287, 461 e 461-A do Código de Processo Civil, bem como no art. 11 da LACP e art. 84, § 4.º, do CDC. Estas devem ser fixadas em padrão compatível com a necessidade da efetividade do comando decisório, estabelecendo-se em valor e periodicidade adequados. Existe ainda o comando contido no § 5.º do art. 461 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica. Essa regra, acena, inclusive, com a possibilidade de

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 27-29.

²⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit., p. 103.

aplicação de multa pessoal ao gestor público no caso de descumprimento da sentença ou acórdão, retirando o encargo do ente público e fazendo incidir diretamente sobre o mau administrador. Este também deverá ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa ou crime de responsabilidade, conforme o caso.

Outra possibilidade ganha força, quando se atribui consequência penal ao descumprimento injustificado de ordem judicial. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.668, apresentado em 21.03.96, que atualmente se encontra pronto para ser submetido à apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados. Nos termos do art. 359, fica criado o delito de desobediência a mandado judicial: “Deixar o funcionário público ou o particular, para satisfazer sentimento ou opinião pessoal, de cumprir mandado judicial de que é destinatário ou retardar injustificadamente o seu cumprimento. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Outras medidas de coerção direta devem ser também aplicadas, como o bloqueio e o seqüestro de verbas públicas, caso se afigurem imprescindíveis. Há notícias de casos concretos em que foi determinada tal medida contra o poder público. Para ilustrar, colacionamos a sentença proferida no Processo nº 2004.61.11.001871-6, que tramita na 1ª Vara da Justiça Federal em Marília, em que o magistrado assim se pronunciou:

Da mesma forma que o art. 100 da Constituição Federal, em caso de descumprimento da decisão judicial que requisita o precatório, autoriza o seqüestro da quantia necessária para o pagamento do precatório, tenho que pode o juiz, em sede de ação civil pública, malgrado todas as tentativas para fazer cumprir a decisão judicial, por analogia, seqüestrar a quantia necessária para a efetivação da medida.

No caso, foi determinado o seqüestro de verbas orçamentárias, à conta do DNIT, para a restauração da Rodovia BR-153. Essas e outras medidas servirão para dar efetividade às decisões, moldando a mentalidade do administrador público. Este deve estar mais comprometido com o bem comum, pois o desrespeito às decisões ameaça soçobrar o ordenamento jurídico, ferindo de morte a credibilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público. Além disso, incentiva-se o desrespeito aos direitos fundamentais pelo próprio poder público, que se sentirá livre para desvirtuar os mandados representativos outorgados pelo próprio povo.

9 Considerações finais

No início deste trabalho, foi analisado o fenômeno da constitucionalização do direito. Buscou-se enxergar a constituição como norma máxima, no centro do sistema jurídico, contendo regras e princípios cogentes, devendo toda a ordem jurídica ser vista a partir da perspectiva constitucional. Ocupando esse papel tão relevante, foram inseridos na carta constitucional os valores mais importantes e consagrados pela sociedade, sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana. À luz desse preceito, é preciso garantir a realização de políticas públicas para proporcionar a todos o mínimo de decência, através da implementação dos direitos sociais.

Também restou assentado que compete ao Legislativo e ao Executivo a implementação dessas políticas públicas. Em virtude da separação dos poderes, o Judiciário não poderia ser intrometer nesse campo. Contudo, se os outros poderes se mostrarem relapsos e omissos na efetivação de tais comandos constitucionais, o Judiciário pode e deve ser acionado para fazer valer os preceitos constitucionais. Tal medida não se mostra como sobreposição do Poder Judiciário aos demais, mas como supremacia da Constituição, como bem frisou o Ministro Celso de Mello em importantes precedentes jurisprudenciais, aqui transcritos.

As políticas públicas, tendentes a satisfazer o mínimo existencial, não podem ficar na discricionariedade do legislador e do administrador, já que a todos, pelo simples fato de existirem, devem ser asseguradas as condições básicas de sobrevivência. Portanto, não se trata de caridade estatal, mas de direito assegurado ao indivíduo pela Carta Magna. Entretanto, viu-se que a implementação de políticas públicas através de comandos do Judiciário esbarra em algumas dificuldades práticas, centradas, sobretudo, na figura da “reserva do possível”. Contudo, demonstrou-se que a limitação de recursos, embora possa ser reconhecida pelo Judiciário como justificativa, não deve ser aceita sem uma análise criteriosa e sem a demonstração cabal de sua existência.

O Ministério Público assume posição central na implementação dessas políticas, em cumprimento à missão constitucional que lhe foi reservada. Nesse aspecto, deve o promotor de justiça reconhecer o poder que tem nas mãos, através dos instrumentos assegurados à instituição, deflagrando o processo judicial para a consecução de tais políticas, através do manejo da ação civil pública. Tem assim o *Parquet* a possibilidade de alterar a realidade,

corrigindo as omissões e ineficiências do poder público. Todavia, a ação do Ministério Público não surtirá os efeitos sem um Judiciário atento às necessidades do jurisdicionado. A ação civil pública precisa de efetividade, devendo o próprio direito instrumental de ação exercido pelo *Parquet* ser entendido como um direito fundamental da coletividade, compreendendo em seu conteúdo a necessidade de uma tutela efetiva, adequada e tempestiva. Nesse sentido, é preciso superar as dificuldades na execução das decisões decorrentes de ações civis públicas, principalmente ligadas às políticas públicas.

Por fim, é imprescindível uma mobilização dos promotores de justiça, juízes, advogados e demais operadores do direito, no sentido de que sejam efetivadas e respeitadas as decisões judiciais, essencialmente no tocante às políticas públicas, cujo alcance diz diretamente respeito à parcela da população mais sofrida e marginalizada. O desrespeito às decisões ameaça soçobrar o ordenamento jurídico, ferindo de morte a credibilidade do Judiciário e do Ministério Público, incentivando o desrespeito aos direitos fundamentais pelo próprio poder público, que se sentirá livre para desvirtuar os mandados representativos outorgados pelo povo.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito* (no prelo).

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2005.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar: cada um com sua função, apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao Ministro Nelson Jobim. *Revista Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária*. In: *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 2 t.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

O DÉFICIT DE EFICÁCIA DO DIREITO DIFUSO A UMA SEGURANÇA PÚBLICA DE QUALIDADE E À AÇÃO DO PODER INVISÍVEL NO BRASIL

Lúcio Mendes Cavalcante

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Professor da Universidade Federal de Campina Grande

1 Introdução

É fato incontestável que a insegurança é uma variável a ser considerada na trajetória da vida humana, seja nos primórdios, quando o risco de ataques de animais, as lutas entre grupos e outros fatores do meio produziam uma baixíssima expectativa de vida, seja no período contemporâneo, quando a sociedade de risco produz novas modalidades de insegurança. Paradoxalmente, esse quadro gera uma alta expectativa de segurança, sendo que este bem não é dado, mas algo construído.

Com efeito, queiramos ou não, há um grau considerável de insegurança e de incerteza na vida. Assim, uma visão realista de mundo nos impõe a resignação em aceitar este fato. Ocorre que há níveis de insegurança aceitáveis dentro do padrão das modernas sociedades de massa. Porém, existem outros que ultrapassam o limite da normalidade, comprometendo toda a estabilidade das relações sociais e tornando vulneráveis todos os demais direitos fundamentais. Desse modo, a segurança se apresenta como anteparo de uma série de outros direitos, visto que sem segurança a vida, o patrimônio, a saúde, a liberdade e muitos outros interesses são afetados, sofrendo restrições de gozo. Nesse contexto, questiona-se como se pode aferir efetivamente se a insegurança de dada sociedade excedeu o limite da normalidade, comprometendo a estabilidade de um grupo social.

2 Instrumentos de avaliação do nível de insegurança

Para responder a questão proposta no item anterior, é preciso que se faça uma diferenciação entre a insegurança real e a percepção da insegurança. Com efeito, o crime e o medo do crime são fenômenos distintos. Significa que a percepção da insegurança está profundamente influenciada por fatores extrapenais, como o trânsito, a poluição, o abandono dos espaços públicos, a incivildade cotidiana das pessoas, entre outros¹. Desse modo, uma política eficaz de segurança pública não deve objetivar apenas o uso do aparelho repressivo para

¹DIAS NETO, Theodomito. *O modelo da nova prevenção*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 107.

reduzir os índices reais de violência. Deve, além disso, agir em conjunto com outros agentes sociais, no sentido de traçar um planejamento para atingir também a percepção da insegurança, seja atuando em conjunto com os municípios pela revitalização dos espaços públicos abandonados e pela iluminação das ruas e avenidas, seja produzindo campanhas de conscientização no trânsito, entre outras iniciativas.

Como se observa, o nível de insegurança pode ser medido de maneira objetiva, através da consulta aos dados oficiais e aos números de ocorrências policiais. De maneira subjetiva, o problema pode ser verificado através de pesquisas que revelem a percepção de insegurança do cidadão. A junção destes dois instrumentos oferece um bom mosaico do quadro de insegurança de uma sociedade. Examinemos o caso brasileiro. No tocante ao segundo instrumento, a pesquisa *Listening post*, realizada no ano de 2006 pela empresa de publicidade *Ogilvy*, revela que 64% dos brasileiros apontam a violência urbana, a insegurança e a criminalidade como o problema que mais os preocupa. Tal dado evidencia um alto índice de percepção de violência².

No que concerne ao primeiro aspecto, surge um complicador. O sistema de dados do aparelho de segurança pública do Estado não é uma fonte de informações segura para espelhar a realidade. Isso ocorre, sobretudo, em virtude do altíssimo índice de subnotificação criminal, optando as vítimas por não procurarem a polícia. Dados fornecidos pela Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo, referentes ao ano de 1999 (e que não devem divergir muito dos outros Estados da Federação), revelam que apenas 33,3% das vítimas de crimes comunicam as ocorrências à polícia. Do total dessas comunicações, apenas 6,4% se transformam em inquéritos e 2,2% dos envolvidos são presos³.

Tais números já são, em si mesmos, uma boa explicação para o alto índice de subnotificação e uma demonstração da má qualidade da segurança ofertada pelo Estado. Há, no entanto, uma forma bastante eficiente de se aferir, de forma objetiva, o nível de insegurança e de violência. Trata-se da observação do número de homicídios por cada cem mil habitantes. Tal dado serve como parâmetro para aferir o índice de criminalidade nos municípios, tendo em vista que o homicídio, dentre todos os crimes, é o que apresenta o menor índice de subnotificação, dadas as características e peculiaridades desse crime.

² POSI, Paula. Violência é o que dá mais medo ao brasileiro. *Último Segundo*. São Paulo, n. 6, 06 nov.2006. Disponível em: <<http://www.ultimosegundo.ig.com.br/materias/brasil>>. Acesso em: 21 fev.2007.

³ ALMEIDA, Geivan de. *O crime nosso de cada dia*, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

Segundo dados do IPEA⁴, a taxa de homicídios no Brasil, que vem subindo ano após ano, desde o início da década de 90, apresentou uma ligeira queda em 2004, caindo de 28,6% por cada cem mil habitantes para 26%. Não se sabe, contudo, se tal queda sinaliza uma tendência ou foi apenas uma curva casual no gráfico da violência. De todo modo, observa-se que, no plano fático, o índice de insegurança no Brasil é alto. A população não tem acesso a uma segurança pública de qualidade, visto que por mais de uma década as taxas de homicídio têm crescido ano a ano. Em consequência, grande parte da população aponta o medo da violência como o seu maior problema.

3 Déficit de eficácia do direito difuso a uma segurança pública de qualidade

No plano normativo, a questão da segurança pública destaca-se no texto constitucional brasileiro, figurando ora como direito fundamental do indivíduo, no caput do art. 5º, ora como direito difuso da coletividade, no caput do art. 144. Neste último, os objetivos da segurança pública são definidos como sendo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, elencando-se, em seguida, as instituições públicas responsáveis pela efetivação de tais objetivos.

Ademais, o *caput* do art. 37 da CF estabelece a eficiência como princípio basilar da Administração Pública. É mister, portanto, não apenas que o Estado preste serviços de segurança, mas também que estes sejam prestados com qualidade. Para tanto, é preciso aliar a eficácia da prevenção e da persecução, para que se possa combater a impunidade, garantindo, assim, a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Aliás, como sustenta Norberto Bobbio⁵, a discussão filosófica travada no plano teórico acerca dos fundamentos dos direitos do homem está superada. Hoje, a questão que se impõe é a da efetividade de tais direitos. Mas esse problema se acentua, na medida em que o rol dos direitos fundamentais se amplia e os recursos do Estado, ao contrário das expectativas sociais, encontram limitações. Com isto, as normas se apresentam apenas como projetos de uma realidade possível, os quais podem ou não se concretizar. Essa efetivação vai sempre depender da pressão social, que é a alavanca

⁴IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Radar social 2006. Brasília, 2006. Disponível em: <www.ipea.gov.br> Acesso em: 22 ago.2006.

⁵BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e terra, 2000.

das ações políticas no regime democrático. A sociedade deve exigir a superação dos problemas multifatoriais que impedem uma segurança pública de qualidade.

Dentre esses fatores impeditivos, muitos têm sido discutidos de forma reiterada e aprofundada. Já foram apresentadas diversas propostas de enfrentamento do problema, entre as quais a reforma da legislação, a execução de políticas públicas de inclusão social e de geração de renda, o reaparelhamento e o treinamento das polícias, a sua unificação, entre outros. Há, porém, um fator impeditivo para a construção de uma segurança pública de qualidade pouco explorado no pensamento jurídico: trata-se da ação do poder invisível dentro do aparelho de segurança pública do Estado, desestabilizando o seu funcionamento e fomentando ações que se desviam da finalidade pública.

4 O poder invisível e o sistema penal subterrâneo

A compreensão do fenômeno do poder invisível só é possível após a adoção de uma concepção pluralista de poder, conforme a proposta foucaultiana. Tal fenômeno é concebido não apenas como um elemento concentrado e monopolizado pelo aparelho estatal (poder de soberania), mas também como algo disperso, difuso no tecido social e nos sujeitos. Oscila, como prática social que é, de modo a ser titularizado por um dado sujeito em determinada circunstância, dispersando-se, em seguida, de forma volátil. Sob esta ótica, a perspectiva de exercício do poder é desviada do Estado e das instituições para o sujeito e para as práticas sociais⁶. Tal perspectiva está bem delineada em uma conhecida passagem do primeiro volume de *A história da sexualidade*, no qual Foucault⁷ resume sua perspectiva acerca do fenômeno do poder:

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.

⁶CAVALCANTE, Lúcio Mendes. *Do patíbulo ao calabouço*: o olhar de Foucault sobre a “evolução” das penas no ocidente. João Pessoa. Trabalho não publicado.

⁷FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

Dentro desse cenário, o poder invisível se apresenta como um conjunto de práticas de dominação e de imposição de interesses que se exercem de forma imperceptível, retirando sua força precisamente desse anonimato. Segundo Norberto Bobbio⁸, a eliminação do poder invisível como instância decisória foi mais uma das promessas não cumpridas da democracia moderna. Deste modo, corporações que atuam nas sombras, a exemplo das máfias e dos serviços secretos, continuam a servir como instâncias decisórias, deliberando sobre assuntos que afetam a vida da coletividade sem qualquer publicidade e sem nenhuma legitimidade, mitigando o princípio da soberania popular. Assim, sob a sigla de poder invisível, aglomeram-se tanto entidades que têm por fim a preservação do Estado, como outras que competem com este, procurando se afirmar como poder paralelo, a exemplo do que ocorre nas ações do crime organizado no Brasil.

Uma parcela desse poder invisível também atua dentro do próprio Estado. Porém, não visam à preservação deste, como ocorre com os serviços secretos, nem ao seu enfrentamento, a exemplo do que pretende o crime organizado. Seu objetivo é atingir finalidades corporativas de grupos, em geral de cunho econômico e político, as quais não se coadunam com a finalidade estatal nem com os preceitos insertos na Constituição. Com isto, os valores e princípios constitucionais são sabotados. Assim, o direito a uma segurança pública de qualidade, que alie eficiência repressiva e preventiva, fica comprometido pela ação do poder invisível. Ele age dentro da própria estrutura estatal e segundo uma lógica própria, divorciada do sistema constitucional.

Um bom exemplo dessa parcela de poder invisível é o que se convencionou chamar de “banda podre da polícia”. Esses grupos possuem uma fachada de legalidade, apresentando-se como autoridades constituídas do Estado. Mas, na verdade, possuem uma face obscura, atuando em contato direto com o mundo do crime, celebrando negócios escusos, trocando favores ilícitos e, por vezes, atuando diretamente em conjunto com a criminalidade mais violenta.

Tais grupos conseguem espaços preciosos na cúpula da segurança pública, seja através da utilização, em proveito próprio, de informações privilegiadas obtidas no exercício de sua atividade, seja através do recebimento e da oferta de favores. Também celebram acordos tácitos com as Secretarias de Segurança, as quais aturam a sua permanência em troca da garantia de uma gestão tranqüila, sem sobressaltos e sem explosão dos índices de criminalidade, por vezes habil-

⁸BOBBIO, Norberto. *Ibidem*.

mente estimulada ou provocada por tais segmentos. Em geral, esses grupos são compostos por policiais operacionais, os quais, sem demora e através do uso de técnicas pouco humanitárias ou valendo-se de suas conexões com o mundo do crime, conseguem facilmente desvendar a autoria dos delitos ou conter a violência. Por essa razão, sempre são chamados nos momentos mais críticos da gestão de segurança, garantindo, com isto, seu espaço na cúpula.

A hipótese de trabalho aqui discutida é que estes grupos, dotados de grande força e poder dentro das corporações policiais, trabalham fortemente para que não seja prestada uma segurança pública de qualidade. Ao contrário, querem que seja mantido o quadro caótico, burocratizado e ineficaz do aparelho de segurança pública estatal, visto que este quadro facilita as suas ações e garante o seu poder.

Com efeito, como asseveram Luiz Eduardo Soares⁹ *et al.*, “quanto mais organizada a instituição, mais varejista a corrupção; quanto menos organizada a instituição, mais centralizada e organizada a corrupção”. Desse modo, o real poder invisível se assenhora melhor das corporações policiais pouco organizadas. Em conseqüência, qualquer tentativa de otimização e de implementação de melhorias na gestão organizacional da segurança pública é rapidamente sabotada por tais setores, que agem às escondidas. Buscam, com isso, preservar os seus espaços de poder e sua autonomia, visto que sua sobrevivência depende da desorganização administrativa e do corporativismo.

Para atingir seus objetivos, o poder invisível, incorporado às agências executivas de criminalização, serve-se do vasto instrumental de ilegalidades que compõem o chamado sistema penal subterrâneo. Tal fenômeno já começa a atrair a atenção dos penalistas, conforme demonstram essas considerações:

Todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais bem questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico. Isto suscita o paradoxo de que o poder punitivo se comporte fomentando atuações ilícitas. Eis o paradoxo do discurso jurídico, não dos dados das ciências políticas ou sociais, para os quais, é claro, qualquer agência com poder discricionário acaba abusando dele. Este é o sistema penal subterrâneo, que institucionaliza a pena de morte (execuções em processo), desaparecimentos, torturas, seqüestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração do jogo, da prostituição, etc.¹⁰.

⁹ SOARES, Luiz Eduardo et al. *Elite da tropa*. Rio de Janeiro: objetiva, 2006. p. 282.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1 v.

Um bom exemplo deste *modus operandi* se observa na prática de determinados setores da polícia que vendem armas para traficantes. Posteriormente, invadem as favelas para apreender as mesmas armas, com o devido acompanhamento da imprensa, devolvendo em seguida as armas aos traficantes mediante a cobrança de uma “taxa”¹¹. Em tais circunstâncias, o poder invisível encena um espetáculo de eficiência repressiva para a população, mas sua ação tem motivação diversa da que ostenta publicamente.

Do mesmo modo, há desvio de finalidade na ação policial quando o poder invisível se alia ao tráfico. Nessa aliança, recebe percentuais do lucro ilícito para, em troca, liderar operações objetivando liquidar facções e quadrilhas rivais. Por vezes, se valem da simulação de crises em áreas dominadas por tais facções, a fim de justificar as incursões e a eliminação da concorrência. O poder invisível opera também quando o aparato estatal é utilizado, através de ações de inteligência e contra-inteligência, para produzir dossiês contra destacadas autoridades do poder público, a fim de preservar os espaços de poder dentro da cúpula da segurança.

Assim, com o espaço de poder garantido, tais grupos têm liberdade para instituir um sistema de rateio de unidades policiais, incumbindo os beneficiários de produzirem um percentual de lucro ilícito a fim de ser rateado. Tal lucro é constituído, sobretudo, de propinas de casas de massagem e de prostituição, clínicas clandestinas de aborto e outros estabelecimentos ilegais. É resultado também do transporte clandestino, da segurança privada ilegal, do grampo telefônico ilegal das maquininhas de vídeo-pôquer, do jogo do bicho e das transações com os traficantes¹². Como se observa, a inércia do aparelho de segurança pública ante o crime e a ilegalidade nem sempre é fruto do comodismo e da resignação.

Paradoxalmente, quanto mais a sociedade se revolta com o clima de insegurança e cobra ações mais duras do Estado, tecendo críticas severas contra os defensores dos direitos humanos, mais o poder invisível se fortalece dentro das polícias. Da mesma forma, quanto mais duro, violento e perigoso for o policial, maior é o seu valor na oferta da propina. Por essa razão, muitos procuram construir essa imagem, a fim de receber o devido retorno financeiro. Tal quadro é assim explicitado:

¹¹SOARES, Luiz Eduardo et al. Op. cit., p. 25.

¹²SOARES, Luiz Eduardo et al. Op. cit., p. 117.

O universo dos confrontos policiais nas favelas é um mercado clandestino, regulado pelo “custo do desvio de conduta”. Explico: os preços da vida e da liberdade são inflacionados quando fica menos arriscado, para o policial, matar e negociar a liberdade, isto quando caem os custos do chamado “desvio de conduta”(…). Há, afinal, uma ironia em tudo isso: os “duros” (os americanos consagram uma expressão: *tough on crime*) tendem a sustentar intervenções violentas, cujo efeito é a liberalização de atos policiais arbitrários, visando à derrocada mais rápida e completa dos bandidos. Contudo, o efeito perverso acaba sendo a inversão das expectativas, pois, comovimos, a inflação dos preços da vida e da liberdade dos criminosos, decorrente da redução do custo do “desvio de conduta” policial, funciona como forte atrativo que termina por induzir muitos policiais a negociar com bandidos, aumentando a taxa da corrupção, cumplicidade e impunidade¹³.

No mesmo sentido, lecionam Zaffaroni¹⁴ et al: “À medida que o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder punitivo pelos sistemas penais subterrâneos”. Como todo e qualquer poder, também o poder invisível necessita de mecanismos de contenção e de controle. Esses mecanismos, mesmo que não consigam debelar esse poder por completo, ao menos conseguem limitar seu espaço de ação. Conseguem reduzir sua força dentro do aparelho de segurança pública do Estado, através de estratégias de controle e da punição efetiva dos desvios de conduta.

Portanto, é fundamental a adoção de uma política de segurança pública proativa, que substitua o improvisado e a burocracia por um modelo gerencial de administração. É necessário que se trace um conjunto de metas, buscando definir o planejamento adequado ao seu alcance. Entre tais metas, devem-se incluir a democratização e a transparência da atividade policial, bem como a inserção de uma cultura de respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos no organismo policial. Como lembra Luiz Eduardo Soares¹⁵, “a melhor forma de combater a desonestidade não é mudando o espírito dos profissionais, tarefa irrealizável, mas alterando os procedimentos e mecanismos do seu trabalho cotidiano”.

¹³ SOARES, Luiz Eduardo et al. Op. cit., p. 34.

¹⁴ ZAFFARONI et al. Op. cit., p. 70.

¹⁵ SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: quinhentos dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 375.

5 Considerações finais

Como se procurou demonstrar neste trabalho, o direito difuso a uma segurança pública de qualidade já está maturado no plano normativo, sendo elevado ao *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, no plano fático, tal direito sofre um déficit de eficácia, haja vista a alta percepção de insegurança da sociedade e o elevado índice de violência.

Dentre os diversos fatores que convergem para a fragilidade da segurança pública ofertada pelo Estado brasileiro, não se pode deixar de considerar a ação do poder invisível. Trata-se de uma instância decisória oculta, que age para manter o quadro burocratizado e ineficiente dos aparelhos de segurança. Seu principal objetivo é alcançar privilégios econômicos e políticos, mediante o sacrifício dos valores e princípios constitucionais. Como resultado, a sociedade brasileira recebe a prestação de um serviço de segurança que sacrifica diuturnamente os mais elementares direitos fundamentais do cidadão sem que, contudo, consiga dar eficácia ao direito difuso a uma segurança pública de qualidade.

A eliminação da chamada “banda podre da polícia”, como promessa não cumprida da democracia brasileira, só será possível através do fortalecimento dos mecanismos de controle dos organismos policiais, seja no âmbito interno, com o aparelhamento e a adequada estruturação e composição das corregedorias, seja no âmbito externo, com o fortalecimento de tais atividades no âmbito do Ministério Público e das ouvidorias de polícia. Ademais, é preciso que o Estado adote estratégias gerenciais, no sentido de organizar e dar mais transparência ao trabalho policial, mudando radicalmente as rotinas administrativas e os procedimentos operacionais das delegacias e dos batalhões.

Referências

ALMEIDA, Geivan de. *O crime nosso de cada dia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e terra, 2000.

_____. *A era dos direitos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CAVALCANTE, Lúcio Mendes. *Do patíbulo ao calabouço: o olhar de Foucault sobre a “evolução” das penas no ocidente*. João Pessoa: Trabalho não publicado.

DIAS NETO, Theodomito. *O modelo da nova prevenção*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Radar social 2006*. Brasília, 2006. Disponível em: < www.ipea.gov.br> Acesso em: 22 ago.2006.

LEMGRUBER, Julita et. al. *Quem vigia os vigias? Um estudo sobre o controle externo das polícias no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

POSI, Paula. Violência é o que dá mais medo ao brasileiro. *Último Segundo*. São Paulo, n. 6, 06 nov.2006. Disponível em: < [http://www.ultimosegundo.ig.com.br \ materias\ brasil](http://www.ultimosegundo.ig.com.br/materias/brasil) >. Acesso em: 21 fev.2007.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: quinhentos dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOARES, Luiz Eduardo et al. *Elite da tropa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1 v.

O AMADURECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Luciano Félix de Medeiros Gomes
Advogado

1 Introdução

A questão em torno da eficácia dos direitos sociais fundamentais do homem, sem dúvida, constitui-se em um dos temas mais intrigantes do direito constitucional. Muito já se escreveu sobre a natureza jurídica de tais direitos. Porém, pelo que se percebe da doutrina e da jurisprudência, o seu campo de abrangência aparenta ser inesgotável. Apesar disso, é possível a análise do desenvolvimento da aplicabilidade dos direitos sociais, principalmente no campo prático. Com efeito, tais direitos se caracterizam como prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, possibilitando aos administrados melhores condições de vida, destinando-se a equiparar situações socialmente desiguais. Situam-se como requisitos da fruição dos direitos individuais, criando condições materiais próprias à concretização da real isonomia entre os homens. Conceituando os direitos sociais, Uadi Lammêgo Bulos¹ ressalta:

São aqueles que sobrelevam a esfera do particular, para alcançar o todo, numa visão de generalidade e conjunto. A sua compreensão deflui – com pujança e intensidade – sempre que for confrontado um interesse individual com um metaindividual, e vice-versa. Por isso, funcionam como lídimas liberdades ou prestações positivas, vertidas em normas de cunho constitucional.

Apesar da evolução dos estudos a respeito da eficácia dos direitos sociais, há setores do constitucionalismo, inspirados na doutrina norteamericana, que recusam a idéia de sua fundamentalidade. Ou, quando a admitem, qualificam esses direitos como programáticos, sendo mera declaração de intenções para o futuro. É inegável que os direitos fundamentais do homem abarcam os direitos sociais. Portanto, revestem-se de estatura constitucional, qualificados pelo valor transcendental da dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, é salutar a produção doutrinária que exalte a eficácia dos direitos sociais, como forma de combate às ideologias mais recalcitrantes.

¹BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 419-420.

2 Crítica à programaticidade dos direitos sociais

Como já referido, existem aqueles que reputam as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais como programáticas, simples documentos de intenções do Estado. Ora, no Estado Democrático de Direito, as garantias aprovadas pelo constituinte não podem ser relegadas a uma conceituação puramente projetista, como promessas para o futuro, a serem regulamentadas pelo legislador infraconstitucional. Muito pelo contrário, os direitos prestacionais impõem uma verdadeira vinculação direta dos poderes instituídos, incluindo, por certo, o Judiciário que, diante dos casos práticos, deve valorizá-los. Nesse sentido, enfatiza André Ramos Tavares²:

Há uma tomada de consciência no sentido de que as normas programáticas não são implementadas por força de decisões essencialmente políticas. Se é certo que se reconhece o direito à discricionariedade administrativa, bem como à conveniência e oportunidade de praticar determinados atos, não se pode tolerar o abuso de direito que se tem instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas. Após diversos anos de vigência da Constituição, fica-se estarecido com o desprezo com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com toda uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. Cegamente repetitivos de teorias formuladas de há muito, em contexto completamente diverso do atual, os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado as vontades reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade.

Ainda que os direitos sociais estejam situados no universo das denominadas normas programáticas, o Estado não pode, sob pena de desrespeito à Lei Maior, apoiar-se na ultrapassada justificativa da discricionariedade administrativa. Em muitos casos, trata-se de medida demonstradora de explícita abusividade governamental, para deixar de efetivar políticas públicas voltadas à saúde, à moradia, à assistência social, à educação e ao lazer. Essa omissão ocorre essencialmente quando se tem em linha de consideração que os direitos sociais são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, imediatamente aplicáveis, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Desse modo, as garantias em tela, ainda que se reconheça, em algum instante, a sua baixa densidade normativa ao nível da Carta Magna, sempre estarão aptas a

²TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 84-85.

gerar um mínimo de efeitos jurídicos. São, de algum modo, aplicáveis, porquanto inexistente norma constitucional destituída de eficácia jurídica.

Nesse sentido, é emblemática a decisão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 684646/RS, reconhecendo à pessoa portadora do vírus HIV direito à saúde. O acórdão estabelece explicitamente o dever do Estado quanto à tomada de providências voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana:

O Sistema Único de Saúde - SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado. Precedentes desta Corte, entre eles, *mutadis mutandis*, o agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 83/MG, Relator Ministro Édson Vidigal, Corte Especial, DJ de 06.12.2004:

“1. Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos”.

Ademais, o STF sedimentou esse entendimento: “Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196). Precedentes (STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira

responsável, o poder público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (RE271286 AgR/RS, relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 24.11.2000). Recursos especiais desprovidos. (Relator: Ministro Luiz Fux, publicado no DJU em 30/05/2005, p. 247).

Os tribunais brasileiros operaram uma verdadeira guinada no trato da matéria, impingindo uma maior efetividade aos direitos sociais. Sobre a matéria, o STJ decidiu:

Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Inexistência. Direito líquido e certo, para efeito de concessão de segurança, é aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua ao impetrante um direito subjetivo próprio. Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde - protegem um interesse geral. Todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua

extensão, antes que o legislador exerça o múnus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, “ou não dispõem de eficácia plena”, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe “todos têm direito e o Estado o dever” – dever de saúde - como afiançam os constitucionalistas, “na realidade não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes”. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante. Por unanimidade, negar provimento ao recurso” (Recurso ordinário em mandado de segurança nº 6564/RS, 1ª Turma, Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 17/06/1996, p. 21448).

Diante da evolução da jurisprudência pátria, a formulação vaga e a natureza aberta de algumas normas constitucionais proclamadoras de direitos sociais não possuem o condão de, por si só, obstar a sua imediata e plena eficácia. Assim, constitui tarefa dos tribunais e juízes a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de suas aplicações às situações concretas. Mesmo diante da aparente imprecisão dos comandos consagradores dos direitos sociais, é possível o reconhecimento de um significado central e incontroverso, de um núcleo tradutor da intenção do constituinte, autorizando a incidência da norma, mesmo sem a interposição legislativa ordinária. Do contrário, estar-se-ia dando maior ênfase à lei do que ao próprio Estatuto Supremo.

Atente-se, ademais, que o magistrado, cômico de seu papel social transformador, não deve hesitar frente à imediata e direta aplicação da regra definidora de um direito social. Uma decisão bem fundamentada, proferida por um órgão independente e compromissado com a justiça e a democracia, no leito processual adequado, com a observância do devido processo legal, nos limites da competência traçada pela própria Constituição da República, sem dúvida, é infinitamente mais “genuína” do que as interpretações descuidadas, efetuadas ao sabor das conveniências de momento.

Nesse aspecto, o julgador é o “criador da lei” para o caso concreto, ante uma norma constitucional instituidora de um direito social. Esta, para a doutri-

na emergente, possui eficácia, contrariando os pensamentos mais arcaicos. Deve, assim, o julgador encontrar mecanismos para tornar essa norma exequível, não se negando a cumprir os preceitos constitucionais sob o pálido argumento da inexistência de legislação integradora dispondo sobre a matéria. Além disso, no contexto acima referido, torna-se perfeitamente adaptável o art. 126 do Código de Processo Civil, c/c o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A verdade é que os direitos sociais, de base constitucional, a exemplo da saúde e da assistência social, devem ser assegurados. São direitos profundamente vinculados à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Carta Magna). Tal postulado impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema de leis.

3 A problemática da chamada “reserva do possível” na efetivação dos direitos sociais

Quando se tem em mente a efetivação dos direitos sociais, e por serem tais direitos objeto de prestações positivas a cargo do Estado em favor dos administrados, aponta-se para a sua dimensão economicamente relevante. Nessa direção, leciona Ingo Sarlet³:

O custo com os direitos sociais assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

O poder público em geral, quando convocado em juízo, por meio de demanda cujo objeto circunde em torno da implementação de algum direito social, habitualmente justifica a sua letargia com apoio na chamada “reserva do

³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 287-288.

possível”. Assim, o Estado sempre procura, em vários casos, vincular a corporificação das políticas públicas com as dotações orçamentárias, acarretando, no plano prático, um verdadeiro desrespeito à Carta Federal. O desacato à *Lex Legum* pode ocorrer mediante ação estatal ou por meio da inércia governamental. Se o Estado deixa de adotar medidas necessárias à realização dos comandos constitucionais, de modo a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstenendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação, incide em violação negativa do Texto Maior. Veja-se, a respeito, o entendimento do Ministro Celso de Mello:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o poder público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796).

E assim, por meio de decisão monocrática na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, com a habitual sabedoria que lhe é peculiar, o Ministro fincou bases sólidas para a verificação da legitimidade da tese da reserva do possível, freqüentemente suscitada pelos diversos setores do poder público. Acentua o nobre julgador:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação dos direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (...). A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar o seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos

direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (DJU de 04/05/2004, p. 00012).

Prosseguindo em sua brilhante fundamentação, o Ministro estabelece uma fórmula para a análise da pretensão deduzida em juízo diante da disponibilidade orçamentária estatal: razoabilidade da pretensão individual/social proposta em face do poder público + existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Acrescenta que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência. Ausente qualquer um deles, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Demais disso, ainda que o planejamento e a execução das políticas públicas dependam de ações políticas a cargo dos agentes eleitos pelo povo, é forçoso o reconhecimento de que não se mostra absoluta e intocável, nesse domínio, a liberdade de conformação do Legislativo e do Executivo. Por certo, se os sobreditos poderes estatais se comportarem de modo irrazoável e desproporcional ou procederem de maneira a neutralizar a eficácia dos direitos sociais prestacionais, afetando negativamente o núcleo consubstanciador da dignidade da pessoa humana (nível vital mínimo), aí, então, justificar-se-á a plena intervenção do Judiciário, viabilizando a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intrometer-se em âmbito reservado a outra esfera de poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, no objetivo de controlar as opções legislativas e administrativas de organização e prestação. Mas sua atuação pode ocorrer, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária da incumbência constitucional.

No ângulo versado, é preciso superar a visão arcaica do direito e a conseqüente efetivação dos direitos fundamentais, assegurados no Estado Democrático, ligados necessariamente ao fortalecimento do Poder Judiciário. Assim, mostra-se cada vez mais conveniente a revisão do vetusto dogma da

separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da disponibilização dos serviços básicos. O Legislativo e o Executivo, no Brasil, mostraram-se impossibilitados de assegurar uma observância racional dos preceitos constitucionais estabelecidos do patrimônio mínimo do cidadão, legítimo destinatário dos direitos prestacionais. Essa impossibilidade é analisada por Celso Antônio B. de Mello⁴:

Para ter-se como liso o ato, não basta que o agente alegue que operou no exercício da discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada.

É necessário ter em mente que um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. As garantias sociais consagradas em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional. Portanto, os seus comandos devem servir de parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas desses direitos. As regras de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já referido, a inconstitucionalidade por omissão. As tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização dos direitos em foco devem traduzir-se na edição de providências concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas. De mais a mais, o princípio da proporcionalidade, na vertente do interesse preponderante, emerge como ferramenta propícia para abrandar os efeitos da cláusula da “reserva do possível”, conforme se observa no seguinte julgado:

⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 887.

Ação civil pública. Administrativo e constitucional. Direito à saúde. Portadores da doença de Gaucher. Medicamento importado. Tratamento de responsabilidade do Estado. Interrupção. Princípios da reserva do possível e da dignidade da pessoa humana. Conflito. Ponderação de interesses e razoabilidade. Poder Judiciário e controle de legitimidade dos atos administrativos.

– O Hemorio é o hospital de referência no Estado do Rio de Janeiro para os portadores do mal de Gaucher, fornecendo aos pacientes cadastrados o tratamento da doença, cujo único medicamento eficaz – Cerezyme – de custo elevado, é produzido exclusivamente por um fabricante dos EUA e importado pela Secretaria de Estado de Saúde.

II – Não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. Inexistência de afronta à independência de poderes.

III – Os atos da Administração Pública que importem em gastos estão sujeitos à reserva do possível, consoante previsão legal orçamentária. Por outro lado, a interrupção do tratamento de saúde aos portadores do mal de Gaucher importa em violação da própria dignidade da pessoa humana. Princípios em conflito cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de determinar que a Administração mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir dois meses de tratamento aos que dele necessitem.

IV – Recurso e remessa oficial desprovidos. (TRF – 2ª Região, AC nº 302546, Processo: 199851010289605/RJ, 4ª Turma, DJU de 04/11/2003, Relator: Juiz Valmir Peçanha).

4 O Ministério Público e a proteção de interesses individuais indisponíveis

Julgando o caso envolvendo o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público para obrigar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer o medicamento Riboflavina 100 mg, a uma criança carente, a 2ª Turma do STJ firmou o seguinte entendimento:

A Constituição Federal dispõe que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e que tem como funções institucionais promover a ação civil pública, para a proteção de interesses difusos e coletivos (artigos 127 e 129, II). Por outro lado, o artigo 25 da Lei nº 8.625/93 determina que cabe ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. In casu, contudo, mostra-se inafastável a ilegitimidade do Ministério Público Estadual para

propor a ação civil pública, uma vez que não se trata de defesa de interesses coletivos ou difusos, transindividuais e indivisíveis, tampouco de direitos individuais indisponíveis e homogêneos, mas sim de direito individual de menor ao recebimento de medicamentos.

Destacou o Ministro Franciulli Netto, relator do Recurso Especial nº 718393/RS, julgado em 18/08/2005, que o interesse de menor carente devia ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a defesa dos necessitados. Contudo, recentemente, no julgamento do Recurso Especial nº 856194/RS, a mesma 2ª Turma do STJ evoluiu em seu posicionamento, ao decidir:

Administrativo e processual civil. Ação civil pública. Internação compulsória para tratamento médico e atendimento de urgência. Menor gestante. Ameaça de aborto. Risco à vida. Direito à saúde: individual e indisponível. Legitimação extraordinária do Parquet. Art. 127 da CF/88. Precedentes.

1. O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pelas Turmas de Direito Público deste Tribunal. O entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/88). Precedentes.

2. Nessa esteira de entendimento, na hipótese dos autos, em que a ação visa a garantir o tratamento, em caráter de urgência, à menor gestante, há de ser mantido o acórdão a quo que reconheceu a legitimação do Ministério Público, a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida. Recurso especial improvido” (julgado em 12/09/2006).

A 1ª Turma, por seu turno, assim decidiu:

Processual civil e constitucional. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público. Fornecimento de medicamento pelo Estado à pessoa idosa hipossuficiente, portadora de doença grave. Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Arts. 5º, *caput*, 6º, 196 e 227 da CF/1988. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o qual ajuizou ação civil pública objetivando a proteção de interesses individuais indisponíveis (direito à vida e à saúde de pessoa idosa hipossuficiente), com pedido liminar para fornecimento de medicamentos por parte do Estado.

2. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo

tratamento médico a pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.

3. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.

4. O Estado, ao se negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

5. Pela peculiaridade do caso e, em face da sua urgência, há que se afastarem delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena que a Administração Pública dê continuidade a tratamento médico.

6. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre.

7. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

8. Recurso especial provido para, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a presente ação, determinar o reenvio dos autos ao Tribunal a quo, a fim de que se pronuncie quanto ao mérito” (STJ, Recurso Especial 837591/RS, relator: Ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 17/08/2006).

Prevalece no STJ, destarte, a tese de que o Ministério Público, conquanto busque tutelar um interesse individual, possui legitimidade para intentar ação civil pública tendente a garantir ao hipossuficiente o fornecimento de medicação, protegendo o direito social à saúde. O art. 127 da Norma Maior atribui ao Parquet a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Expressa o dispositivo constitucional notável avanço histórico, consolidando o Ministério Público como órgão de defesa e garantia dos interesses maiores, na busca da justiça e da paz social, por meio da efetivação da ordem jurídica lícita.

Nessa hipótese de substituição processual (defesa, em juízo, de interesses individuais, mas que têm natureza indisponível), excepciona-se a regra do art. 6º do CPC. Aqui o MP atua no sentido de preservar um interesse pessoal e particular, mas cuja defesa é necessária à preservação da ordem

jurídica justa e equilibrada. Há um interesse privado que se afigura como relevante à manutenção dos princípios de igualdade perante a Constituição Federal de 1988. Portanto, andou bem a Corte Superior de Justiça quando passou a aceitar a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para a promoção de ação civil pública tendente a assegurar aos necessitados a fruição de bens aptos à concretização do direito à saúde e à vida. Ensejou, com isso, uma maior eficácia dos direitos sociais prestacionais, especialmente pelo fato de a Constituição da República não ter excepcionado, em seu art. 127, os interesses individuais não-homogêneos.

Nesse passo, deve ser garantida a utilização dos instrumentos processuais, a exemplo da ação civil pública promovida pelo MP. Busca-se, desse modo, aumentar o leque de opções de remédios jurídicos voltados à proteção das liberdades individuais e coletivas, objetivando coibir abusos e violações aos direitos inerentes à dignidade e existência humana (art. 1º, III, da CF). Negar legitimidade ao Parquet, além de aniquilar o próprio direito constitucional, é negar o direito processual vigente a serviço da pessoa humana, esta sim real destinatária dos benefícios dispostos na Carta Máxima.

5 Considerações finais

À vista de todo o exposto, e diante da própria evolução jurisprudencial e doutrinária a respeito da efetividade dos direitos sociais prestacionais, percebe-se a sua íntima correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial). Assim, deve-se exigir do Estado um comportamento ativo na promoção de políticas públicas destinadas, por exemplo, ao direito à saúde, à educação, à moradia etc. Emerge como imprescindível uma releitura da reserva do possível como fator impeditivo à implementação de condições razoáveis de vivência.

É atribuição do Poder Judiciário a fiscalização da veracidade e equilíbrio das justificativas apresentadas pelo Estado para se eximir de seu dever constitucional. Com base, em essência, na promoção do bem comum e no bem-estar de todos, recai sobre o Ministério Público a prerrogativa de manejar o instrumento da ação civil pública para a proteção e garantia do uso e gozo dos interesses individuais indisponíveis. Esse conceito, sem dúvida nenhuma, situa-se na órbita dos direitos sociais, não importando se homogêneos ou não, mormente diante da inteligência do art. 127 da Lei Maior e da evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em torno da matéria.

É imperioso o afastamento, em nosso ordenamento jurídico, do fascínio exacerbado pelos trâmites legais e burocráticos, a ponto de se “adaptar” a Constituição, verdadeira religião do Estado, às regras inferiores. Em face da supremacia constitucional, os aplicadores do direito não podem continuar a enxergar o novo com os olhos do velho.

6 Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PRÉ-NEGOCIAL: PERSPECTIVAS DIANTE DO SISTEMA ADOTADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho

Juiz de Direito no Rio Grande do Norte
Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte
(ESMARN) e da UnP

1 Introdução

No ordenamento jurídico pátrio, tanto a estrutura quanto a técnica utilizadas na aplicação dos princípios gerais aos diversos ramos do direito substancial, sobretudo no âmbito contratual, têm sido orientadas pelas inclinações das atuais legislações ocidentais. Nesse aspecto, o conteúdo trazido pelos arts. 421 a 424 do novo Código Civil, onde restam estipuladas disposições gerais relativas ao direito contratual, tem suscitado grandes discussões. Trata-se de normas cujo teor encerra notável limitação ao preceito da autonomia da vontade, em face do predomínio do interesse social e dos princípios gerais da probidade, da boa-fé e da função social do contrato. Por outro lado, essas normas trazem expressiva consideração acerca da desigualdade entre as partes e suas conseqüências, num contexto de confrontação entre a liberdade de contratar e a validade jurídica do acordo.

A bem da verdade, essas cláusulas representam uma tênue, porém notória, transformação da máxima *pacta sunt servanda*. Isso porque, muito embora a obrigatoriedade do contrato continue sendo um imperativo de ordem social e econômica, tem-se procurado expurgar dos pactos as obrigações que difi cultem, ou mesmo impossibilitem, a sua efetividade, bem como aquelas que promovam o enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra. Ora, o direito civil, assim como qualquer outro ramo do direito, se delinea por meio de valores de cunho social, jurídico e econômico, o que não o torna hostil aos preceitos da *res publica*. Aliás, as prescrições de ordem pública, dado o seu caráter social evolucionista, representam verdadeiros instrumentos transfiguradores dos conceitos de direito privado.

Demais disso, o novo Diploma Civil introduziu no ordenamento pátrio um sistema aberto de normas, de forma a fazer predominar o exame do caso concreto na área contratual. Numa técnica moderna, esse estatuto prevê cláusulas gerais para os contratos, no art. 420, e, mais especificamente, no art. 421, onde faz referência ao princípio basilar da boa-fé objetiva. Na realidade, a rotulação dada a essas cláusulas não expressa a perfeita idéia do conteúdo.

Como se sabe, o que caracteriza primordialmente esse tipo de norma não é a sua generalidade (aliás, a maior parte das normas assim o é), mas o emprego de expressões ou termos vagos, cujo conteúdo é dirigido ao julgador, para que este tenha apenas um norte no trabalho da interpretação. Seria, portanto, mais uma regra genérica de hermenêutica apontando para a exegese.

Outrossim, muito embora se trate de um código que não pretende esgotar todos os tipos de relações civis, procurou-se manter uma concepção lógico-sistemática, a qual permite mais mobilidade e abertura às vicissitudes da vida em coletividade. Sob essa ótica é que será analisado o princípio da boa-fé contratual, o qual, distintamente do verificado no âmbito dos direitos reais, assumirá caráter eminentemente objetivo.

2 Algumas considerações sobre as origens da boa-fé

Para que se tenha um melhor juízo das funções e significados da cláusula da boa-fé objetiva, mister que seja realizada uma cadeia histórica acerca da sua origem em ordenamentos jurídicos diversos. Adotada, inicialmente, pelos romanos, na Lei das Doze Tábuas, por meio da expressão *fides*, a boa-fé ganhou, dentro desse ordenamento, conotações diversas, variáveis segundo o campo do direito em que era analisada. Por exemplo, nas relações de clientela, a *fides* estabelecia o dever de obediência ao *cliens*, e o de proteção ao patrício. O primeiro vinculava-se ao segundo em função do compromisso da palavra dada. Formalizava-se, porquanto, o negócio jurídico por meio do instituto da promessa.

Analogamente, no âmbito dos contratos internacionais, a *fides* introduziu o instituto da garantia. Assim é que Roma e Cartago, ao firmarem o seu primeiro acordo de livre comércio, prometeram recíproca assistência na proteção aos interesses do mercado. Ocorre que, como no direito romano a difusão dos negócios jurídicos se mostrava despreendida de formalidades – direitos e deveres eram livremente estabelecidos segundo os valores de cada contratante –, e não com base em textos normativos, acrescentou-se ao substantivo *fides* o adjetivo *bona*. A medida foi tomada como forma de melhor representar a reciprocidade de compromisso existente entre os pactuantes na definição e cumprimento dos negócios.

Ulteriormente, quando da emergência do direito pretoriano, passou-se a denominar a referida cláusula de *bona fides iudicia*. Naquela época, toda e qualquer ação era delimitada por uma fórmula típica criada pelos jurisconsultos.

Eram os pretores que apreciavam os conflitos de interesses surgidos na sociedade romana, incumbindo aos magistrados apenas a função de condenar ou absolver, ou seja, impor o direito já acertado pelo pretor às partes. Conseqüentemente, a *bona fides iudicia*, em sendo um princípio geral do direito romano, evidenciou-se como um meio supletivo de resolução das questões colidentes. Só era utilizado, quando os pretores não encontravam a fórmula procurada na *lex*.

Porém, no período do Império, não se conferiu a *fides bona* toda a amplitude da época clássica. Por influência da filosofia estoica e também por fatores de ordem social, a conotação dada ao vocábulo foi completamente transmudada. Perdeu-se toda a configuração técnica e objetiva do direito pretoriano. Em conseqüência, essa cláusula passou a ser aplicada no campo dos direitos reais, sobretudo na configuração do instituto da usucapião, com o significado de intenção ou estado de inocência.

Tempos depois, a boa-fé, no próprio campo dos direitos obrigacionais, passou a ter sua abrangência diluída dentro da compilação justinianéia. A partir de então, tal instituto ganhou consagração na cultura germânica, cuja concepção, consignada pela fórmula *Treud* (lealdade) *und* *Glauben* (crença), denotou sentido diverso do pontuado no direito romano. Naquele tempo, as noções de lealdade e crença passaram a refletir uma tradição nobre e cavalheiresca, traduzida num comportamento de polidez e bons modos na forma de tratar com outrem. A esse respeito, esclarece Judith Martins Costa¹:

Assim sendo, ao atribuir à boa-fé no direito obrigacional o conteúdo do cumprimento exato dos deveres assumidos, ao qual corresponderia um de consideração para com os interesses da contraparte - visto que se trata (a relação de obrigação) de uma atividade desenvolvida à vista de interesses alheios - o antigo direito germânico utilizou estrutura que, posteriormente, seria também repetida no direito das obrigações.

Daí em diante, os valores atribuídos à boa-fé germânica, no período da Idade Média, se estenderam até a codificação da legislação alemã e, ainda, de modo indiscriminado a outras legislações romanísticas. É oportuno lembrar que, na seara do direito canônico, a boa-fé é legitimada como sendo a ausência de pecado. A obrigação que se institui nessa época, notadamente no campo da tutela da usucapião e dos contratos, decorre do simples acordo. O formalismo é considerado supérfluo. Não existia uma abordagem técnica. A boa-fé buscava, tão-somente, observar a consciência de que se está dizendo a verdade, agindo corretamente, sem lesar o direito do outro.

¹MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Posteriormente, a boa-fé, que até então fora tratada de modo bipartido, resumiu-se a um sentido único e, assim, estabeleceu-se como princípio geral de direito. Por força do Estado absolutista e influência da filosofia humanista, seus dogmas passaram a constituir um sistema homogêneo, que, mais tarde, seria aperfeiçoado pelo jus-racionalismo.

3 O sistema aberto e a boa-fé objetiva: as novas perspectivas do ordenamento jurídico brasileiro

No início do séc. XIX, toda a construção legislativa encontrava-se informada pela teoria liberalista, segundo a qual a vontade representava o centro de todos as avenças. O contrato, tido nessa época como o mais importante dos negócios jurídicos celebrados entre sujeitos, fundava-se, quase de maneira absoluta, na autonomia privada. No Código francês (Code Napoléon), o princípio do *pacta sunt servada* (obrigatoriedade dos pactos) foi erigido às suas máximas conseqüências, de forma que a liberdade de contratar só esbarrava nos preceitos de ordem pública. Nesse contexto, o que importava era verificar se o consentimento se apresentava livre, sem vícios, sendo mínima a interferência do Estado na relação contratual privada.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a situação sociopolítica e econômica das comunidades européias, até então estável, sofreu considerável declínio. Com isso, tornou-se imprescindível uma atuação estatal mais consistente no âmbito das relações privadas, como forma de restabelecer a estabilidade e a paz social frente à sociedade do pós-guerra. Surgiu, assim, o fenômeno do dirigismo contratual, como reflexo da própria revolução industrial. Por meio dele, o Estado procurou mitigar a autonomia privada, de modo a melhor adequá-la aos preceitos de ordem pública e interesse social.

Frente a esse novo contexto, o conceito de contrato não se extinguiu; apenas deixou o instituto de ser compreendido como instrumento de livre exercício dos direitos subjetivos. “O contrato, atualmente, é inspirado por princípios de ética e disciplinado conforme os interesses da sociedade na manutenção da justiça social, na distribuição mais justa das riquezas e na promoção do progresso econômico”². Os contratos sofreram uma espécie de socialização, em que o interesse público deve ser predominante nas relações

²MELO, Adriana Mandin Theodoro de. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

jurídicas. Como bem acentua Maria Celina Bodin de Moraes³, “diante de um Estado intervencionista e regulador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores”.

No cenário dessa realidade trazida pela massificação das relações sociais, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, tutelando os valores advindos da nova ordem social, impondo restrições ao abuso do poder econômico e introduzindo, de forma enfática, a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, consoante ressalta Moreira Alves, esse princípio já estava previsto no Projeto de Código Civil desde 1975. Analisando esse princípio, enfatiza Nelson Nery Junior⁴:

No sistema brasileiro das relações de consumo, houve opção explícita do legislador pelo primado da boa-fé. Com a menção expressa do art. 4º, III, do CDC à “boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”, como princípio básico das relações de consumo – além da proibição das cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé, que deve reger toda e qualquer espécie de relação de consumo, seja pela forma de ato de consumo, de negócio jurídico de consumo, de contrato de consumo etc. No que respeita ao aspecto contratual das relações de consumo [...], verifica-se que a boa-fé na conclusão do contrato de consumo é requisito que se exige do fornecedor e do consumidor (art. 4º, CDC), de modo a fazer com que haja transparência e harmonia nas relações de consumo (art. 4º, *caput*, CDC), mantido o equilíbrio entre os contratantes.

O Código Civil de 2002 seguiu a linha proposta pelo Diploma Civil alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*) que, em seu art. 242, já tratava da boa-fé objetiva como uma cláusula geral. E assim, introduziu no ordenamento pátrio uma nova teoria geral no âmbito dos contratos particulares. Isso representou um verdadeiro trespassse do modelo clássico, individualista e patrimonializante, para um protótipo moderno de produção coletiva dos interesses contratados com primazia dos valores da sociabilidade (função social do contrato), eticidade (boa-fé objetiva) e operabilidade.

O art. 422 do novo Estatuto Civil passou a tutelar, em especial, a cláusula geral da boa-fé objetiva, dando-lhe uma conotação de regra ética de

³Apud NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *O princípio da boa-fé e a execução contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁴Apud GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 438.

conduta a ser observada pelos contratantes antes, durante e depois da conclusão do contrato. Ensina Paulo Luiz Netto Lobo⁵ que a “boa-fé objetiva não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida e diretiva para a pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa preconstituída, mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete julgador”.

Trata-se de princípio diferente da boa-fé subjetiva, na qual aquele que manifesta sua vontade crê na prudência da conduta praticada, tendo em vista o grau de conhecimento que possui acerca daquele determinado negócio (há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado). A boa-fé objetiva tem um caráter normativo e remete o aplicador do direito para a observância, no caso concreto, de um padrão de conduta comum do homem médio, dentro dos aspectos sociais, históricos e econômicos envolvidos.

Destarte, a extensão e o conteúdo da relação obrigacional não se medem mais unicamente pela intenção dos pactuantes. Medem-se também pelas circunstâncias ou fatos que norteiam as fases de formação e cumprimento do contrato, permitindo-se construir um regramento objetivo do negócio jurídico. Assim, no exame da boa-fé dos contratantes, devem ser observadas, além do elemento “vontade”, as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural das partes, bem como os aspectos histórico e econômico. Nesse aspecto, o próprio art. 113 do novo Código Civil dispõe: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Eis a função primordial da cláusula geral da boa-fé objetiva, qual seja, a interpretativa.

Contudo, não se deve olvidar que, sob o prisma do novo Código Civil, a boa-fé objetiva assume duas outras funções. A primeira é a função de controle dos limites do exercício de um direito. O art. 186 do novo Estatuto Civil, ao disciplinar o abuso de direito, estabelece: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. A segunda é a função de integração do negócio jurídico ou de criação de deveres anexos (secundários). De acordo com o art. 421 do Código Civil de 2002, a autonomia da vontade dos contratantes deve ser relativizada pelos preceitos de ordem pública que garantam a função social do pacto. Dessa forma, a obser-

⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>.

vância das regras de conduta impostas pela boa-fé objetiva, além de diminuir as desigualdades das partes contratantes e expurgar o desequilíbrio excessivo da prestação de uma das partes em relação a outra, assegura os princípios da eticidade, operabilidade e sociabilidade dos contratos.

Dentro desses contornos, o princípio da boa-fé objetiva se sobressai, conforme as perspectivas do novo Diploma Civil, como fonte autônoma de deveres contratuais secundários. São os cognominados deveres anexos ou laterais de lealdade, lisura, honradez, cooperação, informação e segurança, bem assim os mecanismos de fortalecimento de um sistema jurídico caracteristicamente aberto.

Com efeito, para o acompanhamento das mudanças sócio-econômicas e a verificação de uma maior segurança jurídica, faz-se imperiosa a implementação de um sistema jurídico maleável composto por cláusulas gerais. Assim é que, mesmo diante de normas materialmente inalteradas, ter-se-á um ordenamento, na essência, em constante processo de mutação, capaz de transformar-se na série da evolução comportamental do homem. E é nessa linha diretiva que o direito deve propiciar um equilíbrio entre a ética, a economia, a função social dos negócios, a justiça e a segurança, sem, contudo, deixar-se exceder por uma copiosa relatividade. Nesse aspecto, não se pode perder de vista a função do contrato, que se perfaz na satisfação primeira de interesses políticos e sociais e, secundariamente, na dos contratantes. Assim, todo procedimento que, embora não seja previsto em lei ou no acordo, deve ser amparado pela cláusula geral da boa-fé, a qual, objetivamente considerada, subentende-se estar contida em todo e qualquer pacto. A esse respeito, assinala Judith Martins Costa⁶:

Por essas características, constitui a boa-fé objetiva uma norma proteifórmica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle.

E, por sistema aberto, entende-se todo aquele que se transforma e se amolda, caso a caso, mediante as variações comportamentais e sociais que surgem cotidianamente, de modo a dar mais mobilidade e flexibilidade, sem, no entanto, permitir que o direito se converta em incerteza. Surge, assim, uma nova idéia de abuso e de responsabilidade, em que o contrato, para além do caráter de autolimitação, é tido como uma universalidade de direitos e deveres

⁶MARTINS COSTA, Judith. Op. cit., p. 413.

que devem estar submetidos aos princípios da igualdade, lealdade e interesse social. Tudo porque, não raro, a lei e a vontade serão insuficientes para resguardar a justiça recíproca da relação.

4 A boa-fé e a responsabilidade pré-negocial

De início, insta observar que a responsabilidade pré-negocial aqui tratada não se confunde com a obrigação advinda do inadimplemento de um contrato preliminar ou pré-contrato. Esta última hipótese de responsabilidade contratual está expressamente prevista nos arts. 462 a 466 do Código Civil. Já a primeira se refere à fase de tratativas, na qual ainda não existe contrato, mas apenas negociações ou negócios jurídicos unilaterais de caráter receptício, como a proposta ou oferta e a aceitação. Com efeito, é com a bilateralização ou solidificação desses negócios que se verifica a formação do vínculo contratual.

Ocorre que, nem sempre, a proposta e a aceitação se instrumentalizam no mesmo momento. Portanto, a formação do pacto pode ser antecedida por uma fase que a doutrina convencionou denominar de “formativa”. E é justamente nesse momento de troca de minutas ou acordos parciais pelas partes, de emissão de consentimentos ainda não definitivos, de cartas meramente intencionais, de propostas sem aceitação, que se deve averiguar até que ponto esses atos de eficácia nitidamente obrigacionais são suficientes para a perfectibilização do contrato, ou mesmo, para a indução da responsabilidade pré-negocial extracontratual.

O período que antecede a celebração dos contratos, por vezes, é marcado pela ocorrência de conflitos entre a autonomia de vontade das partes e as expectativas criadas pelos contraentes. E isso acaba gerando uma ruptura imotivada das negociações, caracterizada, sobretudo, pela desleal quebra da legítima confiança de que o pacto seria validamente concluído. Diante disso, pode-se aduzir que a responsabilidade pré-negocial tem como pressupostos, além da comprovação do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta, comissiva ou omissiva, de um dos sujeitos da relação pré-contratual, a transgressão aos princípios da lealdade e boa-fé.

Nessa espécie de responsabilidade, não há propriamente uma infração aos deveres principais do contrato perfeito e acabado. O que há, na verdade, é uma desobediência às obrigações acessórias decorrentes da boa-fé objetiva, quais sejam: o dever de cooperação, de informação adequada, de não-contradição, de lisura, de honestidade, de probidade, de lealdade, de confiança, de correção efetiva, de sigilo, entre outros.

No direito italiano, a responsabilidade pré-negocial vem expressamente disciplinada nos arts. 1.337 e 1.338 do seu Código Civil. Nesse caso se impõe o dever de declaração dos motivos causadores da invalidade do contrato àquele que assim o romper. Dessa forma, não restando demonstrada a boa-fé, subsiste a obrigação de indenizar. Já o Código Civil português de 1966 trouxe o princípio da boa-fé na seara pré-contratual, ao dispor, em seu art. 227, que quem negocia deve proceder consoante as regras da boa-fé, tanto na conclusão como nas preliminares do pacto. O Código Civil argentino adota o mesmo posicionamento, conforme se depreende da exegese do seu art. 1.198, segundo a qual a cláusula geral da boa-fé se traduz de modo imediato às relações pré-contratuais. Por fim, no Código Civil alemão, não obstante seja patente a inexistência de especificação no texto da lei, a doutrina é consensual na compreensão de que toda relação pré-contratual introduz uma relação de lealdade e confiança.

Por conseguinte, vislumbra-se que muitas normas do direito comparado dão sustentáculo à materialização da responsabilidade pré-negocial, muito embora a solução do problema tenha demandado laboriosa reflexão e longo processo evolutivo. O pioneiro foi Rudolf Von Jhering, do qual resultaram algumas proposições teóricas viáveis, intensifi cadas a partir da década de 80 do século passado, como destaca Judith Martins Costa⁷. Sucede que, no ordenamento jurídico pátrio, ainda se questiona até que ponto essa fase que antecede a celebração do contrato é dotada de eficácia. Indaga-se sobre a legitimidade ou não da ruptura das negociações preliminares, sob a ótica da lealdade imposta às partes, bem como sobre as conseqüências jurídicas dela advindas no âmbito da responsabilidade civil.

Sobrepoem-se nessa inquirição dois pólos de valores: o amparo à autonomia da vontade, em que se tutela a ampla liberdade das partes na constituição ou não do contrato; a proteção do dever de se conduzir com boa-fé, ante a criação de expectativas entre os contraentes. A propósito dessa contraposição entre a liberdade de contratar e o dever de boa-fé, formulou-se a teoria da *culpa in contrahendo*. De seu desenvolvimento resultou a indicação da responsabilidade pré-contratual como corolário do rompimento injustificado e intempestivo das negociações preambulares.

Contemporaneamente, a referida teoria vem passando por um processo de revisão e disseminação, a partir da matriz formulada por Jhering, que, em

⁷ Ibidem, p. 492-493.

seus estudos, buscou dar uma melhor compreensão do caráter da responsabilidade sob comento. Na realidade, o exame por ele proposto encerrou o posicionamento de que a ruptura da relação précontratual daria ao prejudicado o direito de propor uma terceira ação, pre o dolo era manifesto; tampouco a *actio legis aquiliae*, ante a ausência dos seus pressupostos.

Jhering situava a *culpa in contrahendo* como espécie do gênero “responsabilidade contratual”. Segundo ele, contrariamente à culpa aquiliana, a culpa contratual originava uma responsabilidade objetiva, fundada independentemente da análise da culpa ou dolo do agente lesionador. Nesse caso, tratava-se da quebra de um dever específico referente às condições estabelecidas apenas entre as duas partes, e não da transgressão do dever genérico de não causar prejuízo ou dano a outrem. Nesse sentido, transcreve-se o posicionamento de Judith Martins Costa⁸:

O fato é que, da construção operada por Jhering, resta definitivamente introduzida, no mundo do pensamento jurídico, a idéia da configuração de um específico dever de diligência colocado na fase antecedente à da execução do contrato. Em face da proximidade existente, na escala do contato social, entre os negociadores de um contrato, seria possível concluir que este dever motiva-se na confiança que deve presidir o tráfego jurídico para que as relações econômico-sociais possam se desenvolver com normalidade. Em outras palavras, está aí suposto – e considerado – o fato de o “contato social” (ainda que não exitosamente concluído) determinar uma maior possibilidade de aproximação (e, portanto, de dano) entre os interesses e bens das partes, o que determina, conseqüentemente, uma mais acentuada responsabilidade dos que participam do tráfego negocial.

No Brasil, no campo das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, ao regulamentar o instituto da oferta, disciplinou, ainda que não expressamente, a responsabilidade pré-negocial. Remontando à época anterior à promulgação do Diploma Consumerista, observa-se que a oferta era tida como um ato cuja concretização necessitava de confirmação ulterior. Ou seja, podia o fornecedor oferecer produtos ou serviços e, em seguida, desistir de efetivar esse ato. Como bem salienta Hélio Zaghetto Gama⁹, “nossos tribunais cansaram de negar cumprimento às ofertas, ora dizendo que os atos de liberalidade não constituíam obrigações formais, ou em outra

⁸Ibidem, p. 492.

⁹GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 71.

hora dizendo que o adquirente só estava contemplando com uma expectativa de direito”. Dessa forma, a mera expectativa gerada pela oferta não garantia que o negócio seria implementado, restando ao consumidor apenas a opção de conformar-se com o abuso.

O direito decorrente das relações contratuais só seria concreto para os negócios já concluídos. A veiculação publicitária não obrigava o fornecedor. O Judiciário não albergava qualquer direito proveniente da simples expectativa gerada pela oferta. Porém, a relevância e disseminação conferidas a alguns contratos de adesão, dentre eles os de seguro, tornaram mais maleáveis determinados preceitos solidificados no tempo. Como lembra Judith Martins Costa¹⁰, “Na década de 60, o nosso Supremo Tribunal Federal proclamou que as publicidades, a respeito dos graus de cobertura dos seguros, por si, conduziam os anunciantes a cumprir os negócios propostos”.

Nessa época, houve uma expansão da consciência de que a oferta difundida pelo fornecedor era suficiente para obrigá-lo a implementar o pacto. Paulatinamente, o consumidor foi conquistando a proteção aos seus interesses, até que, em 11 de setembro de 1990, efetivou-se a promulgação do seu Código de Defesa, como forma de oportunizar-lhe maior segurança e proteção, diante das muitas transformações trazidas pela ascensão dos contratos em massa.

Desde então, como notoriamente se infere do art. 30 do estatuto em comento¹¹, toda oferta passou a ser obrigatoriamente válida e vinculativa, de modo que o fornecedor a ela estaria atrelado, não podendo desfazer-se da responsabilidade assumida. Por conseguinte, a oferta passou a integrar o contrato ulteriormente firmado. A finalidade dessa inovação foi exatamente assegurar a veracidade e seriedade das manifestações de *marketing*, publicidade e promoções de vendas, mormente em face do princípio da transparência. A esse respeito, Cláudia Lima Marques¹² preleciona:

¹⁰Ibidem, p. 71.

¹¹“Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (CDC, art. 30).

¹²Sobre o assunto, Cláudia Lima Marques acentua: “De um lado, o ideal da transparência no mercado acaba por inverter os papéis tradicionais, aquele que se encontrava na posição ativa e menos confortável de perguntar (*caveat emptor*), conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6º, III), enquanto aquele que encontrava-se na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação (*caveat venditor*)”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 207-208.

Temos o novo dever de informar o consumidor, seja através da oferta, clara e correta (leia-se aqui publicidade ou qualquer outra informação suficiente, art. 30) sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação (art. 20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35); seja através do próprio texto do contrato, pois, pelo art. 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente (art. 54, § 3º), devendo o fornecedor “dar oportunidade ao consumidor” de conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena do contrato por decisão judicial não obrigar o consumidor, mesmo se devidamente formalizado.

Em verdade, isso se efetiva porque, ante a sociedade de consumo, a noção tradicional de oferta - identificada com o instituto civilista da proposta - tornou-se obsoleta, sendo posta em prova a sua operacionalidade. Com o advento das novas práticas comerciais, para preservar a incolumidade física e a integridade moral do consumidor, bem como em observância aos princípios da boa-fé (cumprimento daquilo que foi oferecido) e da transparência (dever de informação clara, precisa e ostensiva acerca do produto ou serviço e do contrato a firmar-se), fez-se necessária a formulação de um novo conceito de oferta, bem mais abrangente que o então consolidado.

O primordial traço distintivo entre a oferta tradicional (proposta) e a oferta introduzida pelo microsistema do consumidor diz respeito à exigência de seus requisitos. É que, na visão tradicionalista, por se tratar de via de realização do contrato, a proposta, para poder criar uma obrigação para o solicitante, deve ser séria e precisa, direcionada, na maior parte das vezes, a pessoa determinada (apesar de predominar na doutrina civilista a possibilidade de configuração de proposta coletiva), contendo as linhas estruturais do negócio em vista¹³.

Por outro lado, nas relações de consumo, esses requisitos encontram-se aplacados. Não se faz mais imprescindível que o solicitante (no caso, o fornecedor) elabore proposta em termos precisos e a enderece a pessoa determinada. Para que ocorra a divulgação, basta a veiculação de publicidade ou qualquer espécie de informação suficientemente precisa, delineando os elementos essenciais do negócio (na compra e venda, v.g., objeto e preço). Destarte, o fornecedor que fizer veicular ou se utilizar de toda informação ou publicidade,

¹³ Neste sentido, cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 1-24; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1-31. 3 v.

satisfatoriamente clara, propagada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, torna-se responsável e obriga-se por ela, passando a integrar o contrato que vier a ser celebrado.

Ainda de acordo com o Diploma Consumerista, em caso de recusa do fornecedor no cumprimento da oferta, o consumidor poderá, ao seu alvedrio, desde que alternativamente: a) exigir o adimplemento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; c) resolver o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos (CDC, art. 35, I, II, III).

Exige o referido Código que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços assegurem informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, 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 (CDC, art. 31). O fornecedor é, pois, portador do dever informativo, consectário lógico do princípio da transparência, um dos pilares do CDC.

Ressalte-se, também, que as informações devem ser prestadas tanto na ocasião anterior à aquisição do bem de consumo pelo consumidor - fase pré-contratual - quanto no momento em que o produto ou serviço é adquirido - etapa contratual (informações contidas nas embalagens e rótulos, por exemplo). Em ambas, deve restar patente o intuito de tornar o adquirente hábil a praticar o ato de consumo, com plena ciência das características do bem a ser consumido.

O novo Código Civil, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, traz, no art. 422, disciplinamento indireto sobre o tema da responsabilidade pré-negocial, ao instituir o princípio da boa-fé objetiva como fonte de deveres acessórios. Judith Martins-Costa¹⁴ os denomina de instrumentais, definindo-os como “deveres de cooperação, de nãocontradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento - em suma, deveres que decorrem da boa-fé objetiva como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela aos seus interesses”.

Na seara das relações civis, a responsabilidade pré-contratual situa-se numa zona de transição entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Constitui o que boa parte da doutrina denomina de terceiro gênero ou “dano de

¹⁴Ibidem, p. 487.

confiança”, ou, ainda, “interesse negativo”. Não se trata de uma responsabilidade contratual porque emana de um pacto projetado, mas não efetivado. Noutra quadrante, para a configuração da responsabilidade pré-negocial, faz-se necessária a verificação do dano, da conduta – omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa – e do nexó de causalidade entre esta e aquele (requisitos da responsabilidade aquiliana). Exige-se também a comprovação cabal da ruptura injustificada das tratativas preliminares, e, ainda, a quebra da confiança legítima criada entre os pré-contratantes (fundada na boa-fé objetiva)¹⁵. Nesse sentido, acentua Silvio Rodrigues¹⁶:

Em rigor, se as partes se encontram ainda na fase de negociações preliminares, por definição mesmo não contrataram, não se havendo estabelecido, entre elas, desse modo, qualquer laço convencional. Pois, se lançaram mão de tais discussões vestibulares, foi justamente para decidir se lhes convinha, ou não, contratar. De maneira que, se no curso do debate uma delas apura o inconveniente do negócio, é justo que dele deserte, recusando-se a prestar sua anuência definitiva. Nenhuma responsabilidade lhe pode daí advir, pois as negociações preliminares ordinariamente não obrigam os contratantes. Todavia, o abandono das negociações preliminares não pode ser arbitrário e injustificado, estribado no mero capricho de uma das partes. O início da fase de pontuação revela o propósito de contratar e cria, naturalmente, no espírito dos futuros contratantes, uma expectativa legítima de vir a concluir um negócio. Tal expectativa poderá conduzir, e no mais das vezes conduz, uma das partes a realizar despesas, a abrir mão de outros negócios, a alterar os planos de sua atividade imediata. Ora, tal expectativa não pode ser frustrada pelo mero capricho de um dos contratantes, sem que incorra ele no dever de reparar os prejuízos porventura resultantes.

¹⁵ Judith Martins Costa esclarece que se entende por “ruptura injustificada aquela que é destituída de causa legítima, a que é arbitrária, a que compõe o quadro do comportamento desleal de um ponto de vista objetivamente averiguável: o problema da legitimidade da ruptura não se reconduz, com efeito, à indagação sobre se o seu motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efetuou, mas, antes, importa averiguar se, independentemente dessa valoração pessoal, ele pode assumir uma relevância objectiva e de per si prevalente sobre a parte contrária”. “Já por confiança legítima se quer expressar a expectativa de que a negociação seja conduzida segundo parâmetros da probidade, da seriedade de propósitos. Para que se produza a confiança, é evidentemente necessário que as negociações existam, que esteja em desenvolvimento uma atividade comum das partes, destinada à concretização do negócio. É manifesto que nenhuma obrigação de indenização surge se uma pessoa toma a iniciativa de proceder sozinha a estudos e despesas na elaboração de um projeto de contrato com a finalidade de submetê-la a outra que se recusa *in limine*, ainda que sem motivo, a entrar em negociações”. A confiança, para poder ser qualificada como legítima, deve, pois, fundar-se em dados concretos, inequívocos, avaliáveis segundo critérios objetivos e racionais” MARTINS COSTA, Judith. Op. cit., p. 487.

¹⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67. 3 v.

Frise-se, todavia, que para a imposição do dever de indenizar àquele que estava em condições de contratar e, sem motivo plausível, não o fez, pouco importa saber se se trata de responsabilidade contratual ou extracontratual, haja vista decorrer sempre da exorbitância de um direito. Corroborando esse entendimento, Sílvio de Salvo Venosa¹⁷ afirma:

Nessa situação, na recusa de contratar, a questão coloca-se primeiramente em âmbito sociológico. Em sociedade, cada um exerce uma atividade para suprir necessidades dos outros, que não podem satisfazê-las. Destarte, o vendedor de determinada mercadoria, ou o prestador de serviços, validamente estabelecidos, desempenham uma função social relevante. Fornecem bens e serviços à sociedade e estão obrigados a fazê-lo, se foi essa a atividade escolhida para seu mister. A recusa injustificada na venda ou prestação de serviço constitui ato que se insere no campo do abuso de direito. O comerciante não está obrigado a vender, mas se dispôs a vender, não pode recusar-se a fazê-lo a quem pretende adquirir o objeto da mercância. Esta conduta extravasa os limites do direito, é prática abusiva, pois existe um desvio de finalidade.

Ora, o art. 187 do Diploma Civil é claro ao determinar que, quando o titular de uma prerrogativa jurídica (de um direito legitimamente assegurado), ao exercê-la, atua de modo contrário à boa-fé, à moral, aos bons costumes ou aos fins econômicos ou sociais impostos pela norma que a confere, incorre na prática de um ato ilícito, em decorrência do abuso de direito cometido. Em verdade, a responsabilidade pré-negocial harmoniza-se com a responsabilidade civil aquiliana subjetiva (com verificação da culpa *lato sensu*) prevista no art. 927 do novo Código Civil. Todavia, possui dois outros requisitos próprios – rompimento injustificado do pacto e infração à confiança legítima (baseada nos deveres acessórios de lisura, lealdade, sinceridade, probidade, cooperação, entre outros, impostos pela boa-fé objetiva). Seu não cumprimento, além de violar a garantia da autonomia da vontade, afasta o dever de indenizar.

Desta maneira, a averiguação da responsabilidade pré-contratual não pode ser generalizada, impondo-se a análise individualizada de cada caso concreto. Constada a existência de uma justificativa plausível para o rompimento das relações preliminares (como inidoneidade financeira ou moral do contraente, modificação substancial do objeto do pacto, impossibilidade material absoluta do cumprimento da prestação avençada, falta de matéria-

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 479-489. 1 v.

prima essencial para fabricação do bem etc.), ou ainda, a não formação de expectativas de conclusão do pacto pelos pré-acordantes (com inoportunidade de frustração), deve-se afastar, incontinenti, o dever de indenizar. Sobre a matéria, afirma Judith Martins Costa¹⁸:

Somente da análise do caso, de suas concretas circunstâncias e à vista dos particulares elementos, objetivos e subjetivos, que se compõem é que se poderá determinar se é caso, ou não, de responsabilidade. Além do mais, para saber se esta já é propriamente contratual ou ainda pré-contratual, o esforço doutrinário inclina-se à percepção de suas “fases”, as quais são detectáveis “atendendo ao alcance ou conteúdo dos atos que o integram e, conseqüentemente, ao diverso significado de que se revestem na ponderação dos interesses há pouco equacionados”, o que equivale a dizer que os atos em exame devem ser equiparados a atos dotados de eficácia negocial típica, ou de eficácia obrigacional, ou, ainda, dissociados de toda a eficácia jurídica, “em função da confiança que criam na contraparte e do correspondente grau de autonomia da vontade que se justifica reconhecer aos seus autores.

Noutro passo, mencione-se que o valor a ser ressarcido ao proponente lesionado nem sempre corresponde ao montante integral do objeto do contrato não concluído. A indenização, em regra, cinge-se às perdas e danos cabalmente demonstrados, conquanto, eventualmente, também possa abranger os prejuízos morais advindos da quebra da confiança ou da frustração da não contratação¹⁹.

Assim sendo, o aceitante que, diante do rompimento injustificado das negociações preliminares, deixa de celebrar contrato de compra e venda esperado, e, conseqüentemente, perde a aquisição de um imóvel, tem direito a intentar uma ação de indenização em desfavor do peticitante, com fulcro na responsabilidade pré-contratual. Busca granjear ressarcimento referente, por

¹⁸ *Ibidem*, p. 484.

¹⁹ “Indenização. Ato ilícito. Interrupção imotivada da contratação de empréstimo para aquisição de casa própria. Responsabilidade pré-contratual. Ofensa à boa-fé objetiva. Ilicitude do estorno do valor antecipado. Danos materiais caracterizados. Danos morais aferidos por presunção *hominis*. Fixação. A responsabilidade pré-contratual se caracteriza quando há manifesta violação da boa-fé objetiva, como no caso concreto, pela interrupção imotivada e abrupta da celebração após já ter sido antecipado, disponibilizado e utilizado pelo apelado parte do valor do crédito que seria concedido para pagamento dos procedimentos necessários à aquisição do imóvel. Danos materiais correspondentes ao valor do crédito antecipadamente concedido, sobrevindo, posterior à sua utilização, a frustração imotivada da contratação, ante o que não teria feito uso do mesmo, sendo também indevido o estorno realizado pelo banco apelante. Danos morais aferidos a partir dos fatos lesivos distintos, causados por cada um dos apelantes, inferindo-se a ofensa à integridade moral. Fixação da indenização dos danos morais pelo prudente arbítrio do julgador, pautada pela consideração da intensidade da lesão, da capacidade econômica das partes e da sua repercussão” (*In*. AC 13.477-1/02 – (25.040) da 1ª C.Cfv. do TJ/BA, relª Desª Sílvia Zarif, j. 25.09.2002).

exemplo, à diferença do preço que pagou para a obtenção de um bem similar, bem assim as eventuais despesas com viagens e hospedagens realizadas durante a fase dos ajustes preambulares, ou ainda, o valor do aluguel que teve de pagar para abrigar-se durante o período anterior à concretização do segundo negócio jurídico, muito embora não faça *jus* ao valor integral do imóvel objeto do ajuste prévio descumprido.

Demais disso, urge considerar que, no âmbito das relações civis, a responsabilidade pré-contratual não traz ínsito o direito do proponente lesionado de exigir que o contrato seja concluído pela parte adversa. Esta sofrerá, tão-somente, uma redução patrimonial razoável e necessária para restabelecer o *status quo ante*. Mas o mesmo não se verifica na seara consumerista, onde a simples oferta de produtos e serviços é bastante para vincular o ofertante.

Portanto, de acordo com as prescrições insertas no novo Código Civil, a cláusula geral da boa-fé objetiva presta-se sobremaneira para tutelar as justas expectativas das partes com relação ao adimplemento das tratativas negociais, impondo a ambos os sujeitos o dever de cooperação e de abstenção da prática de atos lesivos aos legítimos interesses do *alter*. Protege-se, enfim, a confiança entre os negociantes, que devem contar com um comportamento correto, probo e honrado de seu companheiro durante todo o *iter* obrigacional, inclusive na fase pré-contratual, sob pena de configuração do dever legal de indenizar os prejuízos causados pela abusiva e arbitrária (imotivada) interrupção do trato negocial.

5 Considerações finais

A partir das considerações e análises feitas neste trabalho, pode-se chegar às seguintes conclusões:

1. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil) introduziu em nosso ordenamento um sistema aberto de normas (flexível às mutações sociais) com prevalência de cláusulas gerais. Deixou, portanto, para o aplicador do direito a tarefa de interpretar os conceitos indeterminados nela insertos de acordo com as peculiaridades sócio-político-econômicas inerentes ao caso concreto posto à sua apreciação. Na seara dos negócios jurídicos bilaterais, o novel Diploma Civil, por meio das cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé – agora com conotação objetiva – (arts. 421 e 422), mitigou o preceito da autonomia da vontade, como forma de garantir o equilíbrio entre as partes contraentes.

2. A boa-fé objetiva, diferentemente da subjetiva – em que basta a crença interior dos contratantes de que estão agindo com prudência na forma-

ção do pacto - impõe a ambas as partes um padrão de conduta baseado nas ações do homem médio. Dessa forma, busca-se garantir a observância de deveres como o de lisura, honradez, probidade, confiança, transparência, segurança e prudência durante todas as fases contratuais, seja a de formação (pré-negocial), a de execução ou de conclusão (pós-contratual) do ajuste.

3. Em se tratando de uma cláusula geral, no âmbito das relações negociais, a boa-fé objetiva exerce três funções: a) auxiliar a interpretação dos negócios jurídicos, tendo como linhas primeiras o cumprimento do pacto e as expectativas que este gera nas partes; b) fixar deveres laterais ou anexos, cujo objetivo principal é justamente salvaguardar a higidez patrimonial e pessoal dos sujeitos contra atos culposos um do outro; c) limitar o exercício de direitos subjetivos, como forma de permitir que o contrato alcance os fins colimados, quando de sua celebração. Como fonte criadora de obrigações secundárias – probidade, sinceridade, lisura, honradez, presteza, lealdade, segurança, confiança, prudência, entre outras - a boa-fé objetiva constitui princípio apto a justificar a imputação de responsabilidade civil às hipóteses de ruptura arbitrária e injustificada da relação pré-contratual, especialmente, em face da quebra das expectativas criadas pelo trato preliminar.

4. Em linhas gerais, a responsabilidade pré-contratual constitui uma modalidade especial de responsabilidade civil aquiliana. Apesar de escapar do âmbito do dano contratual, por emanar de um pacto apenas projetado, exige, para sua configuração, além dos requisitos peculiares àquela (conduta culposa ou dolosa, prejuízo e liame causal), dois outros pressupostos: rompimento imotivado do ajuste e quebra das expectativas criadas pela confiança legítima de conclusão do contrato. No entanto, é preciso destacar que nem sempre o negócio jurídico não realizado (ou frustrado) servirá de base para a fixação do *quantum* indenizatório. No âmbito da responsabilidade pré-negocial, deve ele restringir-se ao ressarcimento das perdas e danos efetivamente comprovados e eventuais prejuízos de ordem moral verificados.

5. Por fim, observe-se que, ao contrário do que se vislumbra na ótica das relações de consumo (disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor), a responsabilidade pré-contratual advinda de uma relação de natureza eminentemente civil não confere ao seu titular o direito de exigir da parte contrária a execução e conclusão do contrato. Nesta seara, a proposta não integra o pacto, da mesma forma que a simples oferta de um determinado bem ou serviço não possui poder vinculativo.

Referências

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- GAMA, Hélio Zagheto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 801, jul. 2002.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O princípio da boa-fé e a execução contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 794, dez. 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 3 v.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 1 v.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 2 v.

WALD, Arnaldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 8, 2000. Semestral.

MAUS ANTECEDENTES E SUA REPERCUSSÃO NA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Liana Espínola Pereira de Carvalho
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

Muito se discute acerca do que pode ser visto como um mau antecedente na vida de uma pessoa. Conforme será visto ao longo deste trabalho, na própria doutrina, especializada, não existe um consenso para definir o que se entende por antecedentes do réu, sejam eles bons ou maus. Essa celeuma encontra campo fértil quando é posto na balança o princípio da presunção de inocência. É em atenção a tal preceito que muitos doutrinadores terminam por restringir a noção de maus antecedentes apenas a condenações irrecorríveis que não caracterizem a reincidência (art. 63 do Código Penal). No entanto, a questão não é assim tão simples, principalmente tomando como exemplo uma pessoa que tenha contra si mais de vinte inquéritos ou processos instaurados, mas ainda não concluídos ou que tenha sido absolvida por falta de provas em muitos casos.

Ademais, é muito importante saber exatamente o que considerar como maus antecedentes, posto que se trata de causa impeditiva do oferecimento da proposta de transação penal nos Juizados Especiais Criminais (art. 76, § 2º, III, da Lei nº 9.099/95). Diante desse cenário, é que se vêem avaliações superficiais e errôneas de certidões de antecedentes criminais feitas por muitos representantes do Ministério Público, titulares da proposta de transação na área penal.

O presente trabalho visa a abrir mais um caminho, no sentido de uniformizar a avaliação e a conceituação de maus antecedentes para a oferta de proposição transacional. Sua abordagem parte da dificuldade que se tem na prática da atuação ministerial, que, por vezes, prejudica o cuidado que deve ser tomado em tais ocasiões. O estudo consiste em demonstrar que é possível flexibilizar o conceito de maus antecedentes, de acordo com o caso que se tem em mãos. Há, portanto, neste estudo, espaço para a argumentação dos defensores de cada uma das teses proferidas sobre o tema.

2 Conceito de antecedentes

Antecedentes podem ser conceituados como tudo aquilo que aconteceu na vida de uma pessoa. Entretanto, depois da reforma sofrida pelo Código Penal, em 1984, ao ser incluída também a conduta social do réu dentre as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), os antecedentes ficaram

adstritos à folha penal do agente. A esse respeito, afirma Alberto Silva Franco¹: “O conceito de antecedentes veio a ter um relativo esvaziamento, destinando-se agora a não mais expressar um quadro referencial abrangente (comportamento social, inclinação ao trabalho, relacionamento familiar etc), mas apenas um quadro menor referente à existência ou não, no momento da consumação do fato delituoso, de precedentes judiciais”. Porém, os autores da reforma defendiam posicionamento diverso, afirmando que se deve “entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares”².

A celeuma encontra-se atualmente em saber exatamente o que pode ser reputado como maus antecedentes. Há duas posições predominantes: a primeira é defendida por Damásio de Jesus³, Paulo José da Costa Júnior, Luiz Vicente Cernicchiaro⁴, entre outros. Para eles, antecedentes dizem respeito a tudo aquilo que consta da certidão de antecedentes criminais, ainda que sejam “processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade, inquéritos arquivados, condenações não transitadas em julgado, processos em curso, absolvições por falta de prova”⁵. Essa tese é também acolhida pelas cortes de justiça do país⁶.

Já a segunda corrente considera como relevantes tão somente as condenações penais transitadas em julgado. Em defesa dessa tese, destacam-se Julio Fabbrini Mirabete⁷, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior⁸,

¹FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1995. p. 672.

²PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes et al. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 161.

³Esse autor chega mesmo a exagerar dizendo que “antecedentes são os fatos da vida pregressa do agente, sejam bons ou maus, como, p. ex.: condenações penais anteriores, absolvições penais anteriores, inquéritos arquivados, inquéritos ou ações penais trancadas por causas extintivas da punibilidade, ações penais em andamento, passagens pelo Juizado de Menores, suspensão ou perda do pátrio poder, tutela ou curatela, falência, condenação em separação judicial etc.” (JESUS, Damásio E. de, *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 546).

⁴“O julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, parte da história do réu”. (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: RT, 1995. p. 116).

⁵COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*: curso completo. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 162. 1 v.

⁶TJSP, HC 144.125-3/2, 2ª Câmara, Rel. Renato Talli, j. 28.06.1993; STF, 73.394/SP, 1ª Turma, Rel. Mim. Moreira Alves, j. 19.03.1996 e HC 72.130/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.04.1996.

⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 328.

⁸CORREA JÚNIOR, Alceu; CHECAIRA, Sérgio. *Teoria da pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002. p. 352.

entre outros⁹. Para Hélios Alejandro Nogués Moyano¹⁰. “Os motivos não são apenas de ordem constitucional (art. 5º, LVII, da CF). São também de ordem prática. É que casos em andamento podem resultar, até, em verdadeiros atestados de idoneidade, dependendo, evidentemente, do teor do requerimento e/ou decisão de arquivamento, tratando-se de inquérito ou da fundamentação da sentença absolutória, na hipótese de ação penal”.

Essa é a tendência atual da jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso. Acolhendo o voto do Ministro Gilmar Mendes, o STF decidiu que “a mera existência de inquéritos ou ações penais em andamento não pode caracterizar maus antecedentes, sob pena de violar o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII)”¹¹. Há quem defenda também que maus antecedentes são condenações que não importam em reincidência, tais como: “a) condenação anterior por contravenção; b) condenação com trânsito em julgado após a segunda conduta; c) condenação anterior por crimes militares próprios e por crimes políticos; d) condenação com pena cumprida ou extinta há mais de cinco anos”¹².

Diferente visão tem Guilherme de Souza Nucci¹³, que faz uma combinação dos dois entendimentos já mencionados. Afirma ele que a corrente mais branda deve ser considerada para efeitos de fixação da pena, quando da análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal). Em contrapartida, a posição mais severa deve ter lugar no âmbito do processo penal, mormente no que tange às prisões cautelares. Ressalta o autor que o fato de o agente estar envolvido reiteradas vezes em crimes semelhantes, mesmo que não tenha havido condenação ainda, deve ser sopesado em seu desfavor.

É importante ressaltar que bons antecedentes não se confundem com primariedade. Tem bons antecedentes, seguindo-se o posicionamento majoritário, aquele que nunca foi condenado penalmente em definitivo. É primário não só aquele que nunca sofreu reprimenda criminal, como

⁹“Responder a um processo não pode ser tido como probabilidade de condenação”. PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. *Maus antecedentes - em busca de um conteúdo: comentário de jurisprudência*. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v. 2, n. 17, p. 53, jun.1994.

¹⁰MOYANO, Hélios Alejandro Nogués. *Um critério objetivo em antecedentes criminais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.8, p. 7, set.1993.

¹¹Informativo n. 390 do STF, HC 84.088/MS, j. 31.05.05.

¹²PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. Op. cit.

¹³NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: RT, 2005. p. 334.

também aquele que, passados cinco anos após a extinção ou o cumprimento da pena decorrente de condenação anterior, não comete novo crime¹⁴. Para a corrente mais dura, pode até ser primário, mas “não tem bons antecedentes quem, várias vezes, esteve envolvido em ocorrências, inquéritos e processos criminais, sob a suspeita ou a acusação de prática de diferentes crimes”¹⁵.

Por outro lado, maus antecedentes não devem ser confundidos com reincidência, instituto previsto no art. 63 do Código Penal. Esta se verifica “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Os maus antecedentes, por seu turno, abrangem a reincidência, uma vez que, “para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação” (art. 64, I, do Código Penal). Portanto, a reincidência tem tempo certo de vigência, adotado que foi o princípio da temporariedade, diferentemente dos maus antecedentes, que persistem no tempo.

Seguindo esse raciocínio, decorrido o prazo de cinco anos previsto em lei, sem que haja nova condenação, o agente passa a ser primário novamente, mas mantém os maus antecedentes¹⁶. Nesse caso, usualmente denomina-se de pessoa “tecnicamente primária”. Tal expressão é, no entanto, rechaçada pela doutrina, por não encontrar amparo legal¹⁷. Contudo, há opiniões em contrário¹⁸, no sentido de que “a interpretação sistemática das leis penais e da Lei de Execução Penal vem demonstrar que o objetivo do ordenamento é reinserir o acusado na sociedade. Uma vez que a sanção pelo ilícito já foi cumprida ou extinta há mais de cinco anos, o indivíduo deve ser visto como cidadão comum e não eternamente diferenciado e marginalizado”¹⁹.

¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 334.

¹⁵STF, HC 55085/MG, julgado em 25/04/1977, rel. Min. Moreira Alves.

¹⁶O decurso do período temporal previsto no parágrafo único do art. 46 (64, I, vigente) do CP elimina os efeitos da reincidência como tal, mas não obsta seja a condenação considerada para os fins do art. 42 (art. 59 vigente) do diploma penal. (TACRSP, JTACRIM 55/406). No mesmo sentido, TACRSP: JTACRIM 54/338, 56/313, 67/41 e 91/304.

¹⁷NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 350 e MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 364.

¹⁸Volvidos cinco anos, a condenação anterior já não opera o efeito da reincidência: esta desaparece, e com ela os maus antecedentes. Conceituação de maus antecedentes. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 7, p. 7, ago.1993.

¹⁹PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. Op. cit.

3 Maus antecedentes e o princípio da presunção da inocência

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse preceito recebeu a denominação doutrinária de presunção da inocência do réu ou de sua não-culpabilidade. Baseia-se, segundo Alberto Gallardo Rueda²⁰, na própria dignidade da pessoa humana.

Aqueles que são contra tal princípio alegam que o fato de o acusado não poder ser considerado culpado antes de decisão penal condenatória passada em julgado não autoriza que ele seja presumido inocente. Permanece, então, a situação do acusado equidistante tanto da inocência quanto da culpabilidade. A presunção de inocência seria reflexo de inseqüentes excessos dos iluministas²¹. No entanto, trata-se de posicionamento ultrapassado, posto que atualmente no processo penal brasileiro reina a tese da não-culpabilidade, na forma de uma presunção legal relativa (*juris tantum*), de que o acusado e até o condenado que esteja recorrendo é tratado legalmente como pessoa inocente²².

Dessa forma, a presunção de inocência é hoje verdadeiro direito fundamental constitucionalmente garantido. Incumbe, assim, ao Estado, através da persecução penal, desconstituir tal presunção, tão somente, através do trânsito em julgado de uma condenação devidamente proferida sob a égide do devido processo legal. Esse preceito é reconhecido internacionalmente em documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de San José da Costa Rica, entre outros.

É importante, todavia, diferenciar o princípio em tela do princípio do *in dubio pro reo*. Ambos são manifestações do preceito mais abrangente que é o *favor rei*²³, o qual procura favorecer o acusado ao longo de seu processamento

²⁰ GALLARDO RUEDA, Alberto. El derecho a la presuncion de inocencia. *Cuadernos de política criminal*. Madrid, n. 38, p. 313. 1989.

²¹ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 70, p. 18-19, set. 1998.

²² “Inquestionavelmente a presunção de inocência, como expressão do princípio *favor libertatis* no processo penal, tem dimensões, hoje, ainda muito maiores do que a já enorme e significativa evolução ocorrida quando se baniram as ordálias e o sistema da prova legal. Atualmente, ela afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, sobretudo, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como devem ser tuteladas a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente” (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Op. cit.).

²³ Nesse sentido, conferir RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio. Notas sobre presunción de inocencia. *Revista Poder Judicial*. Madrid, n. 39, p. 288.

contra abusos eventualmente praticados. Porém, o princípio do *in dubio pro reo* é utilizado quando há dúvidas em relação à infração penal, sua autoria ou materialidade. Nessas hipóteses, os dados devem ser interpretados em favor do réu. Diferentemente é o princípio da presunção de inocência, que permanece até que haja julgamento transitado em julgado de sentença penal condenatória, mas não interfere na avaliação das provas pelo magistrado.

O ônus da prova, anteriormente, cabia ao acusado. Cumpria-lhe provar sua inocência, o que nem sempre era possível. Porém, após a Revolução Francesa, que procurou limitar o *jus puniendi* do Estado, foram instituídos mecanismos para evitar maiores excessos. Surgiu daí a presunção de não-culpabilidade, substituindo-se o *in dubio pro societate*, pelo *in dubio pro reo*. Em um processo penal orientado pela presunção de inocência, se o acusado é tido por inocente até que se prove o contrário em definitivo, fica claro que o encargo de demonstrar sua culpabilidade é da acusação, sendo a dúvida favorável ao acusado²⁴. Com efeito, ao prolatar uma sentença condenatória, seguindo o aspecto trifásico idealizado por Nelson Hungria²⁵, o juiz, *a priori*, deve levar em consideração, para a fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, dentre as quais se encontram os antecedentes do réu.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o entendimento comum nos pretórios nacionais era o de que “não tem bons antecedentes quem várias vezes esteve envolvido em ocorrências, inquéritos e processos criminais, sob suspeita ou acusação de prática de diferentes delitos”²⁶. Contudo, após a vigência do princípio da presunção de inocência, a esfera dos maus antecedentes esvaziou-se, a ponto de englobar apenas as sentenças condenatórias transitadas em julgado. Como foi dito, esse é o posicionamento majoritário hodierno na doutrina nacional, adotado por Mirabete²⁷, Shecaira, Alceu Corrêa Júnior e Bitencourt, que repercute no entendimento jurisprudencial até da Suprema Corte²⁸.

²⁴GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 23, p. 3.

²⁵Para maiores informações acerca do critério criado por Nelson Hungria, cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 576.

²⁶Voto do Min. Moreira Alves no julgamento do RHC n° 55.085-MG, em 15-3-77, no STF.

²⁷“O envolvimento em vários inquéritos e ações penais, antes tido como maus antecedentes, não é mais reconhecido como tais em decorrência do princípio de presunção de não culpabilidade, máxime quando arquivados os procedimentos inquisitivos ou absolvidos os réus (art. 5º, LVII, CF). Condenações anteriores, a habitualidade no crime e mesmo outros fatos desabonadores comprovados, porém, indicam maus antecedentes”. MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 328).

²⁸STF. HC 80.719, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/09/01.

Considerar como maus antecedentes inquéritos instaurados, processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas e prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes é entendimento respeitável, mas incompatível com os ditames da Carta Magna. Esse também é o entendimento de César Roberto Bitencourt²⁹, que aponta em sua obra as razões da mudança em sua opinião, antes filiada à corrente mais severa quanto aos maus antecedentes.

Também a jurisprudência tem seguido a vertente que limita o gravame dos antecedentes, ao entender que “a simples instauração de processo criminal ou de inquérito policial é insuficiente, impróprio mesmo, para recrudescer a pena. Um e outro são hipóteses de trabalho, cuja conclusão poderá demonstrar a inexistência do fato, negativa de autoria ou de excludente de ilicitude. Afronta, sem dúvida, o princípio da presunção de inocência (Constituição, art. 5º, LVII)”³⁰.

Contudo, a restrição do alcance da noção de maus antecedentes a condenações irrecorríveis não é o ideal. Não há como olhar indistintamente o comportamento do portador de uma ficha criminal imaculada e o daquele que possui inúmeros inquéritos instaurados, processos em andamento e absolvições por falta de provas. Tal visão encontra guarida nas cortes brasileiras, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao proclamar que “homem de bem, realmente, não marcaria com tal frequência presença no campo das investigações da polícia e da justiça penal”³¹.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves sustentou esse entendimento, mesmo após a promulgação da nova Carta Constitucional³². Seu argumento foi seguido, muitas vezes, pelo Ministro Maurício Corrêa que argumentou, certa feita, que “60 inquéritos instaurados e 20 ações penais (8 em grau de recurso pela defesa) são maus antecedentes, inclusive para aumentar a pena”³³. Idêntico entendimento foi esposado também pelo Ministro Marco Aurélio³⁴.

²⁹BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 554-5. 1 v.

³⁰RHC n.º 1.772-SP. 6ª Turma do STJ, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 8-3-93. No mesmo sentido, RHC 10.907-SC, ED/Resp.n.º 123.995-SP, RHC n.º 7.262-RJ, entre outros julgados da mesma Corte.

³¹HC 149.906-3/3, 5ª Câmara, rel. Dirceu de Mello, j. 19.08.1993.

³²HC 73.878-SP, 1ª Turma, j. 18-6-96, HC 73.394-SP, 1ª Turma, j. 19-3-96, HC 74.967-SP, 1ª Turma, j. 8-4-97.

³³HC 73.297-SP, 2ª Turma, j. 6-2-96.

³⁴HC 72.130-RJ, 2ª Turma, j. 22-4-96.

4 Instituto da transação penal

Prescreve o art. 76 da Lei nº 9.099/95: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. A transação penal, como ficou conhecida a figura criada pela Lei dos Juizados Especiais como adiantamento da reprimenda não-privativa de liberdade, sem análise de culpabilidade, é de proposição privativa do Ministério Público, que é o *dominus litis* (art. 129 da Constituição Federal). Como tal, tem a faculdade de, até por economia processual, poupar tempo e desgaste da justiça e do próprio autor do fato, deixando de propor a ação penal, desde que cumpridas as condições estabelecidas em lei.

O instituto em análise é, portanto, uma discricionariedade regulada, estabelecendo-se, assim, uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, que permeia as ações penais públicas³⁵. Tal preceito estabelece que, se o representante ministerial se convencer da existência de indícios suficientes da autoria e da materialidade de determinado crime, estará ele obrigado a oferecer denúncia contra o autor da infração, a fim de que se instaure a devida ação penal. Porém, para os crimes de menor potencial ofensivo, o princípio da obrigatoriedade foi substituído pelo da discricionariedade. Mas, a discricionariedade em questão é regrada, posto que se trata de poder-dever do representante do Ministério Público.

A exemplo do *plea bargaining* norte-americano e do *patteggiamento italiano*, a transação penal estabelece a pena por acordo das partes, homologado pelo juiz³⁶. Todavia, “não se confunde ela com o *plea bargaining* em que vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública quanto a qualquer infração penal, nem com o *guilty plea* (ou *plea guilty*), em que o réu concorda com a acusação, admitindo a imputação, com julgamento imediato sem a instrução criminal”³⁷.

³⁵“Doravante temos que aprender a conviver também com o princípio da discricionariedade (regrada) na ação penal pública. Abre-se no campo penal um certo espaço para o consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir a verdade consensuada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: RT, 1996. p. 18).

³⁶ROCHA MONTEIRO, Marcelo. Ausência de proposta do Ministério Público na transação penal: uma reflexão à luz do sistema acusatório. (*Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 69, p. 18-19, ago.1998).

³⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 130.

A transação penal é uma das figuras presentes no procedimento sumaríssimo característico dos Juizados Especiais e formalizado no Brasil pela Lei nº 9.099/95. Ao fazer a proposta, o representante ministerial não emite juízo definitivo de culpabilidade, posto que não foram produzidas todas as provas de que depende tal conclusão. O suposto autor do fato, naquele momento, nem é culpado, nem é inocente. Ele é passível tão-somente, de um juízo de probabilidade da culpabilidade, em que se aplica antecipadamente uma pena não-privativa de liberdade, de acordo com os elementos apresentados no termo circunstanciado de ocorrência.

Analizando essa matéria, Geraldo Prado³⁸ posiciona-se no sentido de que houve erro do legislador ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade, havendo, como corolário, desrespeito ao princípio do devido processo legal. Contudo, outra parte da doutrina³⁹ discorda dessa tese. Para Julio Fabbrini Mirabete⁴⁰, por exemplo, ainda que se trate de pena não-privativa de liberdade aplicada sem instauração de processo-crime, não há qualquer violação aos princípios do devido processo legal ou da presunção de inocência.

O momento para o oferecimento da proposta é a audiência preliminar, logo após a tentativa de composição dos danos civis, se isso for possível. No entanto, se em tal oportunidade não puder ser oferecida a transação (porque o suposto autor não foi intimado para a audiência, por exemplo), uma nova tentativa de conciliação pode ser feita antes que se inicie a instrução do feito, ainda que nos autos já haja denúncia. Para tanto, há autorização expressa dada pelo art. 79 da Lei nº 9.099/95.

Tal dispositivo legal traz mais uma inovação, no que tange aos princípios regentes da ação penal pública. Trata-se do princípio da indisponibilidade, que preconiza ser impossível ao ente ministerial desistir de processo-crime por ele iniciado. *In casu*, no entanto, embora a peça vestibular acusatória já tenha sido ofertada, somente após frustrada a nova tentativa de conciliação e realiza-

³⁸,"O devido processo legal da transação é investigado. Conclui-se que em realidade ele não existe e que a transação penal consiste exatamente em o imputado abrir mão do devido processo legal" (PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 91).

³⁹,"O procedimento, mesmo que breve, para a imposição da pena acordada, já é o devido processo previsto constitucionalmente e em lei infraconstitucional, um procedimento consensual e célere, em que se visa à não propositura de um processo mais gravoso ao autor do fato, desde que este aceite cumprir certas condições estabelecidas na lei" (LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 92).

⁴⁰MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 128.

da a defesa preliminar oral, será a denúncia recebida, instaurando-se, assim, a ação penal. Como corolário, não há, exatamente, uma infringência ao princípio da indisponibilidade.

Outro ponto importante é a legitimidade para o oferecimento da proposta. Nas ações penais públicas, o juiz não pode propor a transação no lugar do membro do *Parquet*, uma vez que se trata de prerrogativa exclusiva deste órgão. Esse é, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁴¹ e do Superior Tribunal de Justiça⁴². Nesse caso, o juiz estaria tomando parte no processo penal, o que não lhe é permitido. Conforme lembra Geraldo Prado⁴³, “caberá aos juízes aplicar a pena aos autores das infrações penais, porém somente depois dessa condição ter sido reconhecida em processo pautado pela inércia da jurisdição, imparcialidade do magistrado, garantia às partes de paridade de tratamento e igualdade de armas”. Veja-se, por exemplo, este julgado do STJ: “Havendo divergência entre o Juiz e o Promotor de Justiça acerca da proposta de transação, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, por analogia ao disposto no art. 28 do CPP⁴⁴”. Tal solução é apoiada pela doutrina. Entretanto, Julio Fabbrini Mirabete⁴⁵ entende que a proposta de transação é poder discricionário do membro do Ministério Público. Assim, caso deixe de oferecê-la, deve apenas comunicar o fato ao Procurador-Geral de Justiça para os fins de direito.

Pazzaglini Filho⁴⁶ entende ser caso de remessa à Procuradoria-Geral de Justiça apenas quando o magistrado não concordar com o mérito da proposta.

⁴¹“Recurso extraordinário. 2. Transação criminal proposta e ratificada em audiência a que não compareceu o Ministério Público, embora previamente houvesse pedido transferência do ato, o que foi indeferido. 3. Ofensa ao art. 129, I, da CF/88. 4. Parecer da PGR pelo provimento do recurso. 5. O MP é o titular da ação penal pública incondicionada. A lei reserva ao MP a iniciativa de propor a transação com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa a ser especificada na proposta. Se aceita pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz, a teor do art. 76 e seu § 3º da Lei n.º 9.099/95. Acolhendo a proposta do MP, aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, consoante o § 4º do mesmo art. 76. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido para anular a audiência em que foi proposta e ratificada pelo Juiz a transação, sem participação do MP, bem como o processo, a partir desse ato, sem prejuízo de sua renovação, se ainda não extinta a punibilidade, o que será verificado no juízo de origem” (STF, RE 296.185-RS, rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 22-02-2002 P. 55).

⁴²STJ: RHC 14088/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 23.06.2003 p. 393; HC 30693/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ 17.05.2004 p. 251; REsp 538795/SP, 5ª Turma, Relª Ministra Laurita Vaz, DJ 15.12.2003, p. 382.

⁴³PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 159.

⁴⁴STJ, RESP 660118/SP, 5ª Turma, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, DJ 18.10.2004, p. 334. No mesmo sentido, existem julgados recentes emitidos pela mesma Corte: RHC 16029/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 06.09.2004, p. 271 e RESP 613833/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 06.12.2004, p. 378.

⁴⁵MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 80-84.

⁴⁶PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. *Juizado Especial Criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 55.

Segundo ele, se o problema for de legalidade, a transação não deve ser homologada, cabendo de tal decisão recurso de apelação. Já Marcelo Rocha Monteiro⁴⁷ sustenta que seria o caso de o juiz rejeitar a denúncia por falta de interesse de agir, para garantir ao indivíduo o direito de não ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Convém lembrar que a vítima não pode interferir na proposta da transação penal. Afinal, deve ser esta realizada entre as partes. Como se sabe, na ação penal pública, o ofendido não é parte, posto que se trata de questão a ser resolvida entre o Estado, através do Ministério Público, e o réu. Substitui-se “o interesse de vingança privada e de controle autoritário, por meio do processo penal, pelo interesse público na apuração das infrações penais e punição adequada de seus responsáveis. Com escrupuloso respeito às garantias que integram o patrimônio do Estado de Direito, o sistema penal da modernidade tentou afastar qualquer resquício de domínio do interesse privado sobre a punição dos agentes”⁴⁸. Tanto é assim que o próprio art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, em seu *caput* e nos §§ 3º e 4º, só menciona a participação e a manifestação da vontade do autor do fato e do representante do *Parquet*.

No entanto, no que tange às ações penais privadas, não há consenso, nem na doutrina, nem na jurisprudência, quanto à possibilidade de se propor a transação penal. Trata-se de questão delicada, considerando que se contrapõe ao texto legal, o qual não faz qualquer menção ao querelante e restringe as propostas de transação penal às ações penais públicas, sejam elas condicionadas ou incondicionadas. Marcellus Polastri Lima⁴⁹, Julio Fabbrini Mirabete⁵⁰ e Pazzagli Filho⁵¹, entre outros, defendem posição contrária à possibilidade de se transacionar em ações privadas. Já Ada Pellegrini Grinover⁵², com fundamentos analógicos, entende ser possível tal possibilidade. Por seu turno, a

⁴⁷ROCHA MONTEIRO, Marcelo. Op. cit., p. 56.

⁴⁸ROCHA MONTEIRO, Marcelo. Op. cit., p. 168.

⁴⁹LIMA, Marcellus Polastri, Marcelo. Op. cit., p. 90.

⁵⁰MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 84.

⁵¹“(…) vigora o princípio da oportunidade na ação penal privada, sendo discricionária do ofendido. Daí, pode ocorrer a qualquer tempo o perdão do ofendido, a desistência da ação, o abandono, tornando perempta a ação e, portanto, incompatível com o presente instituto” (PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. Op. cit., p. 61).

⁵²GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p. 122-123.

jurisprudência está praticamente sedimentada, no sentido de autorizar a proposta, “mediante a aplicação da analogia *in bonam partem*, prevista no art. 3º do Código de Processo Penal”⁵³.

5 Análise dos antecedentes na proposta de transação penal pelo Ministério Público

A transação penal é direito que detém o autor do fato, podendo o mesmo aceitá-la ou não. Porém, para que a proposta seja feita pelo promotor de justiça, devem ser observados os comandos trazidos pelo § 2º do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, que vedam sua proposição nos seguintes casos:

- I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos desse artigo;
- III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”.

Os impedimentos enumerados podem ser classificados em objetivos, quando decorrentes de fatores externos ao agente (incisos I e II), ou subjetivos, se ligados à situação pessoal do autor do fato (inciso III). Neste trabalho, importa apenas a análise do inciso III que, por sinal, repete parcialmente o texto do *caput* do art. 59 do Código Penal, já mencionado. Se o membro do *Parquet* deixar de oferecer a proposta de transação penal, deve fundamentar tal posicionamento. Nesse sentido, o art. 43, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) prescreve que é dever do representante ministerial “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais”. Evita-se, dessa forma, que o representante ministerial deixe de oferecer a proposta, sem razão justificada.

Alguns autores entendem que, uma vez atendidos os requisitos legais, deve a transação penal ser proposta, por se tratar de direito subjetivo do autor

⁵³ STJ, HC 31527/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 28.03.2005, p. 315. No mesmo sentido, também do Superior Tribunal de Justiça: HC 17601 / SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 19.12.2002 p. 433 e HC 34085/SP, rel. Min.^a Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 02.08.2004 p. 457. Além de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (HC n. 02.006449-7, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 17/05/2002) e da Corte Gaúcha (Recurso em sentido estrito nº 70009006321, Oitava Câmara Criminal, rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 18/08/2004).

do fato, na forma de lei penal mais benéfica a este⁵⁴. Em sentido contrário, Pazzagli Filho⁵⁵ e Geraldo Prado⁵⁶ não aceitam a existência de direito subjetivo do suposto autor do fato. Segundo entendem, naquele momento, ele ainda está sob o manto da presunção de inocência. Assim, como a transação penal não deixa de ser uma pena aplicada antecipadamente, não se pode dizer que alguém tem o direito subjetivo a sofrer uma sanção penal. A respeito da matéria, afirma Marcelo Rocha Monteiro⁵⁷:

Parece-nos que bem mais correto do que proclamar que “todo homem tem o direito de ser punido” (?) seria reconhecer que o direito do indivíduo consiste em, caso venha a ser acusado e, após o devido processo legal, condenado, não ser punido além dos limites estabelecidos na lei. No caso específico do Juizado Especial, não seria mais acertado concluir que o “autor do fato” tem o direito subjetivo de não ser processado criminalmente pelo Ministério Público se este não tentar antes o acordo? Em outras palavras, se o promotor tem o dever de não denunciar, sem antes propor a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, o “autor do fato” tem direito subjetivo de não ser denunciado, sem que o Ministério Público tenha feito a proposta. Este é o procedimento legal devido no âmbito dos Juizados Especiais.

Impõe-se, aqui, diferenciar os maus antecedentes, mencionados no inciso III, da condenação irreversível à pena privativa de liberdade, de que trata o inciso I do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais. Pelo que foi exposto, deduz-se que os maus antecedentes englobam a condenação mencionada. São até mais abrangentes, posto que alcançam também reprimendas não-privativas de liberdade e condenações não mais submetidas à reincidência. Mais uma vez, então, recai-se no problema de saber exatamente o que seriam os maus antecedentes do autor do fato, para que estes possam ser sopesados pelo ente ministerial na ocasião do oferecimento da transação penal. Não é o ideal restringir os maus antecedentes às

⁵⁴LIMA, Marcellus Polastrí. *Ministério Público e perseguição criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 153. JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66.

⁵⁵“Inadmissível o entendimento de que a transação consubstanciaria direito subjetivo do autor do fato, desde que presentes os requisitos legais. Se sequer o órgão julgador pode impor às partes a transação, uma das partes jamais poderia impor à outra qualquer espécie de acordo, caso contrário, deixaria imediatamente de ser considerada uma transação. Seria verdadeira contradição nos próprios termos”. (PAZZAGLINI FILHO, Marino, Op. cit., p. 57).

⁵⁶PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 161.

⁵⁷ROCHA MONTEIRO, Marcelo. Op. cit., p. 92.

condenações que não configuram reincidência, mas não há como agir de modo diverso, sob pena de se ofender o princípio da presunção de inocência insculpido na Lei Máxima do país.

De outro modo, adentrar-se-ia a esfera do que hoje é denominado pela doutrina como direito penal do inimigo⁵⁸. Seria um direito penal de terceira velocidade⁵⁹ que aplica sanções de forma a adiantar fatos que deveriam ser averiguados sob a égide do devido processo legal. O agente é visto pelo prisma de sua periculosidade e não de sua culpabilidade. É o exagero da prevenção. Nesse aspecto, cumpre transcrever a lição de Zaffaroni⁶⁰:

O conceito de culpabilidade – como qualquer outro – pode adulterar-se, e, inclusive, converter-se em um engendro perigosíssimo para as garantias individuais. Uma das adulterações mais comuns consiste em olvidar que a culpabilidade é uma reprovação do ato e não da personalidade do sujeito, reprovação do que o homem fez, não do que o homem é, tentação na qual, com frequência, se cai.

Não se pode cair em hipóteses de prejulgamento. Todavia, as análises devem ser feitas caso a caso, pois a constatação de diversos processos em andamento e inquéritos instaurados contra o sujeito por um mesmo tipo de delito não pode ser simplesmente desconsiderada sob o argumento da primariedade. Mesmo o STF admite excepcionalmente a restrição ao princípio da presunção de inocência, considerando os fortes indícios em sentido contrário para permitir o distanciamento do mínimo na fixação da pena-base, em face dos maus antecedentes como circunstâncias judiciais que desfavorecem o agente. Sobre o assunto, leciona Wellington Cabral Saraiva⁶¹:

É verdade que a existência de inquéritos policiais ou processos criminais em andamento não representa demonstração de culpa formalmente reconhecida pelo aparato estatal. Todavia, inquéritos e processos em curso podem funcionar como indício, mais ou menos

⁵⁸GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo. In: *Revista Jurídica Última Instância*. Disponível em: <http://www.ultimainstancia.com.br/columas/ler_noticia.php?idNoticia=5232>.

⁵⁹Vale ressaltar que o direito penal de primeira velocidade é aquele aplicado através do procedimento ordinário, enquanto o de segunda velocidade é fruto do rito sumário e o de terceira, do sumaríssimo.

⁶⁰*Apud* CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 44-45.

⁶¹SARAIVA, Wellington Cabral. Antecedentes do réu e direito à suspensão condicional do processo penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 7, n. 79, p. 5-6, jun.1999.

veemente, de reprovabilidade da conduta social do agente e, até, de sua periculosidade. Tanto é assim que a existência desses registros é costumeiramente tomada pelos órgãos jurisdicionais como elemento relevante para a decretação da prisão preventiva, por exemplo. Servem, igualmente, na avaliação das chamadas circunstâncias judiciais, a que alude o art. 59 do Código Penal, determinantes da fixação da pena.

A existência de antecedentes, portanto, impõe o exame do caso concreto por parte do Ministério Público, não devendo servir como impedimento absoluto para a proposta de transação penal. Por outro lado, não deve ser desprezada sob o pálio amplo do princípio da presunção de inocência. Até porque, ao aceitar a transação, o suposto autor do fato não será considerado nem culpado, nem inocente; apenas perderá o direito ao mesmo benefício no decurso de cinco anos.

Além do mais, cumpridas as condições transacionadas, é extinta a punibilidade do autor do fato, sem que haja processo. A única implicação para tanto é que o agente não pode gozar do mesmo benefício dentro de cinco anos, nos termos do inciso II do § 2º do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais. Não deve tal informação constar da sua certidão de antecedentes. Só pode estar presente em dados requeridos pelo Juízo ou pelo Ministério Público, para o estrito fim de possibilitar o oferecimento de nova transação dentro do prazo previsto em lei. Porém, algumas vezes, são emitidas certidões imprecisas, com informações desencontradas, incompletas e incorretas, incluindo-se, até, os processos onde foi efetivada uma transação penal.

Usualmente, o que acontece, no momento de oferecer a transação penal, é a análise fria e isolada da certidão de antecedentes criminais fornecida pelo Poder Judiciário. Esta, dependendo do caso, pode favorecer ou prejudicar o agente. É beneficiado, por exemplo, o autor do fato que, advindo de outro Estado, nunca se envolveu em querelas judiciais na localidade, mas tem extensa ficha em seu Estado de origem, com condenações, inclusive. Prejudicado será aquele que é primário, possuindo alguns processos em andamento no seu Estado natal. Por isso, deve-se ter cuidado no exame da certidão de antecedentes, analisando-se individualmente seu conteúdo.

6 Considerações finais

Até agora, não se chegou a um consenso quanto ao alcance dos maus antecedentes. Discute-se ainda se eles envolvem tudo aquilo que constar da ficha criminal do agente, incluindo inquéritos arquivados, condenações não

transitadas em julgado, processos em curso e absolvições por falta de prova. Questiona-se, também, se podem ser cogitadas apenas as condenações irrecoráveis ou se devem ser consideradas tão somente as condenações que não importam em reincidência. Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência encontram-se divididas.

O debate torna-se ainda mais acalorado, quando os maus antecedentes são vistos sob o prisma do princípio da presunção de inocência. Tal princípio rege o processo penal pátrio, sendo um verdadeiro direito fundamental constitucionalmente garantido (art. 5º, LVII). O citado preceito tem dois alcances: a regra processual de que o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é presumida; a garantia de que o cidadão não será afetado por qualquer medida restritiva, antes que seja definitivamente condenado. Incumbe, assim, ao Estado, através da persecução penal, desconstituir a presunção em tela, através do trânsito em julgado de uma condenação devidamente proferida sob a égide do devido processo legal.

Por conseguinte, considerar como maus antecedentes inquiridos instaurados, processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas e prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes é entendimento respeitável, mas incompatível com os ditames da Carta Magna. Contudo, a restrição do alcance da noção de maus antecedentes a condenações irrecoráveis não é o ideal. Afinal, não há como olhar indistintamente o comportamento do portador de uma ficha criminal imaculada e o daquele que possui inúmeros inquiridos instaurados, processos em andamento e absolvições por falta de provas.

A problemática dos maus antecedentes alcança diversos institutos do direito penal e processual brasileiro. Destaca-se, nesse aspecto, a figura da transação penal, criada pela Lei nº 9.099/95, onde os antecedentes são causa impeditiva da proposta, conforme preconizado no art. 76, § 2º, III, da lei referida. A transação penal é um adiantamento de reprimenda não-privativa de liberdade, sem análise de culpabilidade. Ressalte-se que, mesmo sem haver processo, não se pode falar em supressão do direito ao contraditório ou à ampla defesa. Como se sabe, trata-se de instituto que possibilita que o suposto autor do fato não se envolva em um processo-crime oneroso e desgastante. É um acordo, e por isso, o agente não tem a obrigação de aceitar. Pode escolher entre livrar-se do processo imediatamente ou tentar provar sua inocência com a instrução do feito.

Como se trata de um acordo, o ente ministerial, que também é parte processual, não está obrigado a oferecer a proposta transacional. Discute-se,

como demonstrado ao longo do trabalho, se se trata de direito subjetivo do agente ou não. Convém lembrar que o § 2º do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais traz elementos objetivos: “ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva” (inciso I); “já ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, por outra transação” (inciso II). Traz também elementos subjetivos, nos quais estão incluídos os antecedentes do agente (inciso III). Deve-se, portanto, estabelecer um limite à discricionariedade do representante do Ministério Público ao examinar os impedimentos subjetivos referentes à proposta de transação penal. Essa medida é importante, sob pena de se perpetuarem os abusos cometidos por falta de conhecimento sobre o tema ou por simples má vontade. Nesse aspecto, é a análise do que vem a ser maus antecedentes, dentre os requisitos subjetivos, que causa as maiores dúvidas.

Com o presente trabalho, buscou-se esclarecer que a existência de antecedentes impõe o exame do caso concreto por parte do *Parquet*. Portanto, não deve servir como impedimento absoluto para a proposta de transação penal. Por outro lado, não deve a transação ser apressadamente descartada em atenção ao princípio da presunção de inocência. Até porque, ao aceitar a transação, o suposto autor do fato não será considerado nem culpado, nem inocente; apenas perderá o direito ao mesmo benefício dentro de cinco anos. Conclui-se, portanto, que as análises devem ser feitas de maneira casuística, pois a constatação de diversos processos em andamento e inquéritos instaurados contra o sujeito por um mesmo tipo de delito não pode ser simplesmente desconsiderada, sob o argumento da primariedade. Porém, todo cuidado é pouco para evitar ofensas insustentáveis ao princípio da presunção de não-culpabilidade.

Referências

- BÁRTOLI, Márcio O. Antecedentes criminais e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: v. 4, n. 15, jul./set.1996.
- BIASOTTI, Carlos. Conceituação de maus antecedentes. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 7, ago.1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas questões controvertidas sobre o Juizado Especial Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 5, n. 20. out./dez.1993.
- _____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: RT, 1995.
- CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. São Paulo: Saraiva, 1991. 1 v.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 70, set.1998.
- DIAS TEIXEIRA, Francisco. Indiciamento e presunção de inocência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 71, out. 1998.
- FALCONI, Romeu. *Reabilitação criminal*. São Paulo: Ícone, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1995.

GALLARDO RUEDA, Alberto. El derecho a la presunción de inocencia. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 38. 1989.

GOMES, L. F. Direito penal do inimigo. In: *Revista Jurídica Última Instância*, Disponível em: <http://www.ultimainstancia.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=5232>.

_____. Críticas ao Direito penal do inimigo. In: *Revista Jurídica Última Instância*, Disponível em: <http://www.ultimainstancia.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=5504>.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 23, nov.1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: RT, 1996.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados Especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

MOYANO, Hélio Alejandro Nogués. Um critério objetivo em antecedentes criminais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 8, set.1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: RT, 2005.

PALAZZOLO, Massimo. Da violação do princípio da reserva legal: imposição de cestas básicas, suspensão do processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, n. 131, out.2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. *Juizado Especial Criminal: Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes et al. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. Maus antecedentes - em busca de um conteúdo: comentário de jurisprudência. *Boletim IBCCRIM*, Jurisprudência, São Paulo, v. 2, n. 17, jun.1994.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROCHA MONTEIRO, Marcelo. Ausência de proposta do Ministério Público na transação penal: uma reflexão à luz do sistema acusatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 69, ago.1998.

RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio. Notas sobre presunción de inocencia. *Revista Poder Judicial*, Madrid, n. 39, sept.1995.

SARAIVA, Wellington Cabral. Antecedentes do réu e direito à suspensão condicional do processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 79, jun.1999.

RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL LIBERAL NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Fernando Antônio de Vasconcelos

Promotor de Justiça aposentado

Professor da Universidade Federal da Paraíba

Professor do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

1 Introdução

Quando lançamos o livro *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*, pela Editora Juruá, em 2002, o atual Código Civil brasileiro era uma lei apenas promulgada, só tendo entrado em vigor, em janeiro de 2003. Naquela oportunidade, analisamos o assunto muito mais sob a ótica do CDC do que sob o enfoque da legislação civil. Agora, passados mais de quatro anos da vigência do Código Civil de 2002, fazia-se necessária uma atualização do tema. As relações contratuais e as implicações sobre o dano decorrente das relações extracontratuais evoluem com rapidez impressionante, forçando juristas e operadores do direito a uma rápida atualização, sob pena de amargarem conseqüências muito sérias. Por outro lado, as relações de consumo, aliadas à massificação dos contratos e à impessoalidade das relações negociais, impulsionam o estudo permanente da responsabilidade civil, sob os vários ângulos e teorias necessárias à sua correta aplicação.

O profissional liberal moderno é um prestador de serviços. Contrata, fornece, beneficia e pratica danos. Sua responsabilidade evolui a cada momento, decorrente, principalmente, da evolução tecnológica que a todos impressiona. O mercado no qual estão inseridos os profissionais liberais aperfeiçoa-se a cada dia, necessitando de estudos sócio-econômicos e jurídicos para situar, com a devida correção, os benefícios e malefícios decorrentes dessas relações. Assim, com as inserções e atualizações que o estudo requer, revimos conceitos, teorias, verificamos as leis e edições citadas e as atualizamos. Através do presente artigo, esperamos que os leitores possam ter uma análise mais realista da atividade profissional, verificada sob a ótica da responsabilidade civil dos seus titulares, num verdadeiro diálogo de normas inseridas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

No final do século passado, com o desenvolvimento e a consolidação dos Códigos de Defesa do Consumidor em vários países, houve uma verdadeira revolução no sistema contratual do Ocidente. Não raro, estabeleceu-se um declarado conflito entre a visão contratual dos antigos Códigos Cíveis (a maioria ainda estruturada pelo Direito Romano) e a visão moderna da legislação protetiva das relações de consumo. Diante dessas inovações e da rapidez com que passaram a realizar-se as relações contratuais, novos institutos surgiram,

novas formas e espécies contratuais apareceram. E assim o consumidor, parte considerada mais fraca na relação do contrato, passou a contar com instrumentos valiosos de proteção e de defesa.

O instituto da responsabilidade civil ganhou novos contornos, seja pelo aprofundamento dos estudos sobre a aplicabilidade das teorias que embasavam o assunto, seja pelos novos ventos interpretativos que passaram a evidenciar temas como a culpa, o dano, a responsabilidade presumida e a inversão do ônus da prova. No Brasil, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, balançou as estruturas do direito contratual tradicional, introduzindo princípios que vieram dar nova conotação ao entendimento da responsabilidade civil. Tais mudanças ocorreram principalmente com relação à liberdade contratual, à liberdade da forma, à relatividade dos efeitos do contrato, ao consensualismo, à função social do direito contratual, à massificação das relações de contrato, ao dirigismo estatal e à interpretação mais consentânea com os direitos do consumidor, considerado sempre como parte hipossuficiente na relação contratual.

Foi pensando nesses novos temas, que resolvemos desenvolver o estudo sobre a responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo, buscando o aprofundamento e a interpretação do § 4º do art. 14 do CDC, em toda a sua extensão e em confronto com todo o sistema protetivo inserido na referida lei. Com o Código Civil de 2002, ao invés de melhor tratamento do tema, laborou-se em mais confusão. Por exemplo, o art. 951, inserido em meio à responsabilidade civil decorrente de crimes, remete, com exclusividade, para o profissional da saúde, ou seja, aquele que lida com “pacientes”. Nesse aspecto, procuraremos avançar um pouco mais, na tentativa de definir o profissional liberal e sua respectiva responsabilidade, em sintonia com as evoluções e modificações do século que passou e do milênio que se inicia.

2 Natureza da profissão liberal: evolução, importância e concepção atual

Uma pesquisa de caráter histórico-jurídico sobre a origem e evolução das atividades profissionais, hoje chamadas de “liberais”, exorbita as pretensões do presente trabalho. Sabe-se, entretanto, das diferenças substanciais que se têm observado entre as profissões de outrora e as da atualidade, principalmente devido às mudanças culturais, econômicas, técnicas e sociais que se processaram no decorrer dos tempos.

Profissão é geralmente entendida como a atividade ou ocupação especializada, da qual se podem tirar os meios de subsistência. Profissão liberal é aquela que se caracteriza pela inexistência, em geral, de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos especializados, concernentes a bens fundamentais do homem,

como a vida, a saúde, a honra, a liberdade, etc. Vez por outra, o legislador, nacional ou alienígena, confunde profissão com arte, entendendo esta última como atividade artesanal. Essa confusão aumenta quando se mencionam serviço, prestação, função, atribuição. Do latim “*professio*”, originou-se o substantivo “profissão”. Depois surgiu o adjetivo profissional (no espanhol, *profesional*; no italiano, *professionale*; no francês, *professionnel* e no inglês, *professional*). Aparecendo a princípio como adjetivo, o termo, posteriormente, substantivou-se em todas essas línguas.

Tratando-se de profissão liberal, não se pode raciocinar com base no conceito clássico, ainda impregnado da concepção romântica acerca da onerosidade do trabalho manual e da gratuidade do trabalho intelectual. Os romanos consideravam o trabalho manual, imposto aos escravos e aos libertos, de forma desprezível, já que era remunerado. Por outro lado, o trabalho intelectual era atributo do homem livre, exercido com benemerência ou complacência, constituindo *munus* e não *ministerium*.

Na Idade Média, valorizou-se muito o trabalho de engenheiros e arquitetos; o Renascimento, por sua vez, forneceu uma enorme quantidade de mestres e estudiosos do direito. As escolas profissionais alcançaram níveis espantosos de autonomia e poder, podendo expedir licenças de doutoramento e de exercício profissional, além de estatuírem normas para o exercício profissional. Entre os séculos XVI e XVIII, os profissionais liberais eram distribuídos segundo critérios muito parecidos com os de hoje. Geralmente, eram divididos em dois grupos: no primeiro, estavam inseridos os técnicos (arquitetos, médicos, físicos, cirurgiões, especialistas); no segundo, incluíam-se todos os outros (mestres, embaixadores, filósofos, tabeliães, procuradores, doutores da lei civil, juriconsultos, teólogos).

Observa-se, nesse retrospecto histórico, que o trabalho intelectual, para os romanos, estava intimamente ligado à dignidade do homem, acarretando para o beneficiário o dever de reconhecimento ou gratidão. Esta podia converter-se em pecúnia, que não tinha o sentido de pagamento pelos serviços prestados. Tratava-se de uma *gratia* ou *gratificatio*, espécie de compensação honorífica que deixava as partes devidamente compensadas.

Dos estudos realizados acerca da profissão liberal nos primórdios da civilização jurídica, pode-se concluir, com certa facilidade, que, no Direito Romano, os serviços prestados por profissionais liberais (*studia liberalia, artes liberales*) não eram objeto de estipulação contratual. Constituíam uma categoria seleta de pessoas com boa formação intelectual e cultural e que não se vinculavam aos contratos individuais de trabalho, nos moldes como hoje são realizados. Esses serviços prestados por profissionais liberais eram retribuídos por meio de uma dádiva (*munera*) e que, por força do costume, constituía um dever social, não ostentando caráter obrigatório do ponto de vista jurídico.

No começo do século XIX, a situação do operário perante o empregador era quase servil, sem qualquer nesga de dignidade. É, portanto, utópico e até inverossímil falar-se, àquela época, em liberdade ou autonomia de vontade. Os teóricos do liberalismo, quando comentam o chamado liberalismo econômico, ao invés de apontarem as propaladas igualdade e liberdade decorrentes da Revolução Francesa, referem-se a um estado de miserabilidade do trabalhador, sem autonomia ou liberdade de contratar no campo trabalhista.

O fato de o trabalhador manter, simultaneamente, várias relações de emprego não o liberta inteiramente do vínculo de subordinação. Sem dúvida, deixa-o numa situação diferenciada, mas não o desvincula completamente. A atividade profissional de um trabalhador com características marcadamente intelectuais ou acadêmicas, da denominada classe dos profissionais, pode, realmente, ser objeto de vários contratos da mesma natureza, pois que, normalmente, os serviços que presta não absorvem todo o tempo de que pode dispor e não lhe ofuscam a responsabilidade. Compreendem-se na categoria de profissionais, com essa característica de intelectualidade, notadamente médicos, odontólogos, advogados, engenheiros, contadores, artistas e outras profissões que recebem uma regulamentação oficial e estão organizadas em corporações ou sindicatos¹.

O conceito que se faz hoje de profissão liberal é diferente do que entendiam antes os estudiosos, que a consideravam uma atividade não somente de caráter manual. Profissão liberal, que originariamente significava o trabalho de um homem livre, hoje designa a atividade do indivíduo cujo trabalho não depende senão das capacidades técnicas e intelectuais dele mesmo, embora possa ser, em determinadas situações, um assalariado. Podemos entender, assim, o profissional liberal como alguém que adquiriu certa preparação cultural, normalmente através de cursos ou estágios e que, em decorrência da profissão que abraçou, passa a prestar um serviço de natureza específica, na maioria das vezes, regulado em lei.

Exerce uma profissão liberal, no conceito da maioria dos juristas, toda pessoa que, em total independência técnica e livre de qualquer elo de subordinação, coloca seus conhecimentos e seus dons a serviço de outrem, num esforço para exercer uma atividade ou prestar um serviço, habilitado ou qualificado pela lei ou pelas regras inseridas no mercado de trabalho. Nesse conceito, podem se enquadrar as profissões regulamentadas ou não por lei, as que exigem formação universitária ou habilitação técnica equivalente e ainda aquelas reconhecidas no mercado de trabalho e nas relações sociais.

¹GOMES, O.; GOTTSCHALK E. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 98.

Oscar Ivan Prux², autor da era pós-Código de Defesa do Consumidor, ainda confunde os conceitos. Conclui ser profissional liberal “uma categoria de pessoas que, no exercício de suas atividades laborais, é perfeitamente diferenciada pelos conhecimentos técnicos reconhecidos em diploma de nível superior, não se confundindo com a figura do autônomo”. Põe, nesse rol, médicos, farmacêuticos, veterinários, advogados, professores, engenheiros, arquitetos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, psicólogos, enfermeiros com formação superior, dentistas, economistas, contabilistas, administradores (de empresas, hospitalares, públicos, de comércio exterior), jornalistas, matemáticos e muitos outros, “sempre que atuem de forma independente”, como prestadores de serviços a seus clientes.

3 Atividade do profissional liberal

Analisando as características específicas da profissão liberal e, principalmente, a natureza do serviço desenvolvido pelos profissionais liberais, Jean Savatier³ apontava, em 1947, três caracteres específicos da atividade liberal: intelectualidade, em oposição ao trabalho manual; independência, em oposição às profissões assalariadas; desinteresse, em oposição às profissões ditas comerciais. Todavia, adianta o próprio autor francês que as qualidades intelectuais e morais estão longe de ser características suficientes ou mesmo essenciais às profissões liberais. Essas qualidades estariam também presentes em outras profissões que não são catalogadas como liberais.

O profissional liberal da era moderna não guarda muita semelhança com seu congêneres do século anterior, que era “clínico geral”, atuava sozinho e possuía clientela cativa com traços de familiaridade. Imperava mais que tudo a confiança mútua, onde havia relações jurídicas estabilizadas, mais por força da calma que reinava nas relações profissionais. Hoje, procuram-se escritórios e clínicas; direciona-se em busca de competência, de especialização; exige-se seja o profissional conhecedor da ciência de sua profissão, para dar maior segurança e credibilidade ao seu cliente.

Nos séculos anteriores, o médico e o advogado, por exemplo, eram “clínicos gerais”, atendiam a todos indistintamente: o primeiro fazia cirurgias e cuidava de detalhes clínicos; o segundo defendia criminosos ou atuava na área tributária. O profissional liberal moderno tem de se especializar, atender a uma

²PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no CDC*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 107.

³SAVATIER, Jean. *La profession libérale: étude juridique et pratique*. Paris: [s. n.], 1947. p. 35.

clientela seleta, participar de escritórios ou clínicas, pois as relações entre ele e os seus clientes adquiriram tanta complexidade que é impossível ser “clínico geral” na chamada “era pós-industrial”.

Tanto no fornecimento de produtos (incluindo-se aí o projeto, o fabrico, o manejo, a mercancia) como na prestação de serviços, seguramente as regras até então vigorantes resultaram insuficientes para as novas demandas. Leis e regulamentos do século passado tiveram de ser revistos e readaptados com certa urgência, sob pena de haver um colapso nas relações resultantes dos contratos modernos de consumo.

O profissional liberal da era moderna tem de cercar-se de cuidados e diligências para que o fornecimento de um serviço profissional não redunde em gordas indenizações que tenha de pagar aos beneficiários desses serviços. O dever de informação é um dos principais requisitos para o sucesso da prestação eficiente do serviço. O profissional deve esclarecer o consumidor sobre o seu problema, os cuidados durante a prestação do serviço, os riscos que possam ocorrer, as precauções e o custo da relação contratual. Deve o profissional liberal moderno ser também um conselheiro, atendendo a quem lhe solicita um serviço, pois o consumidor, muitas vezes, não tem idéia dos percalços e empecilhos que encontrará pelo caminho.

Naqueles casos onde está em jogo uma obrigação de resultado, como veremos adiante, o cuidado do profissional liberal deve ser redobrado, porque está prometendo ao beneficiário exatamente aquilo que ele busca, ou seja, o sucesso da proposição. Não se admitem falhas. Não há meio-termo. Deve o consumidor ser esclarecido sobre todos os passos do contrato, os riscos, as técnicas, as conseqüências e possibilidades de contratempo durante o cumprimento da avença. Caso o profissional considere a empreitada de difícil consecução, deve rejeitá-la, em nome do bom senso e da ética profissional.

A natureza jurídica da responsabilidade do profissional liberal está calcada em duas correntes: a do nexa convencional e a da culpa aquiliana. Pela primeira, vislumbra-se seu complexo envolvendo o mandato, a locação de serviços e o inadimplemento contratual, todos direcionados para a culpa por descumprimento do contrato. Na segunda, observa-se a conduta irregular do agente, que dependeria mais das suas aptidões técnicas e científicas do que de estipulações contratuais. Mesmo considerando-se a natureza contratual da responsabilidade profissional, essa relação é *sui generis*, pela própria complexidade e especificidade das profissões.

A responsabilidade dos profissionais liberais, no Brasil, até o advento do CDC, era regulada somente pelo Código Civil de 1916, em dois títulos: “Das Obrigações por Atos Ilícitos” e “Da Liquidação das Obrigações”. A doutrina tradicional discutia o caráter contratual dessa responsabilidade,

procurando afastá-la da responsabilidade aquiliana. Podemos observar que inexistente diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade: a contratual e a extracontratual.

Aqui merecem destaque dois tipos de responsabilidade profissional: a decorrente de fato próprio e aquela relacionada à atividade do profissional liberal como empregado ou preposto de pessoa jurídica, a exemplo de hospitais, clínicas e escritórios de advocacia. Mas essa aparente diferença entre responsabilidade contratual e aquiliana é superada pela legislação protetiva do consumidor. No entendimento de Antônio Hermann Vasconcelos Benjamin⁴, a responsabilidade se materializa em função de um outro tipo de vínculo: a relação de consumo, contratual ou não. Caracterizando-se a relação de consumo, muitos outros aspectos deverão constar do somatório que envolve a responsabilidade, a exemplo da presunção de culpa, inversão do *onus probandi* etc.

A responsabilidade dos profissionais liberais tem ensejado a preocupação das legislações de vários países, com predominância para o Código Civil na maioria deles. Porém, os postulados atinentes às relações de consumo, tanto na Europa quanto nas Américas, enveredaram pelo caminho mais simples da responsabilidade subjetiva. Adiante, quando tratarmos da responsabilidade no CDC, traçaremos mais detalhadamente as linhas históricas e evolutivas dessa responsabilidade profissional, culminando com a vigência do Código de Defesa do Consumidor no Brasil.

Nos Juizados de Relações de Consumo, PROCONs e Curadorias do Consumidor, têm sido registradas reclamações de consumidores que se sentiram prejudicados por profissionais que não prestaram o serviço de forma condizente. O número ainda é diminuto, se comparado com as reclamações dos consumidores na área de produtos e serviços outros, que não os prestados por profissionais liberais.

4 Responsabilidade do profissional liberal no Código Civil

Os Códigos Civis francês (1804) e brasileiro (1916) preocuparam-se mais com a teoria da culpa. O chamado Código de Napoleão influenciou, sobremaneira, não só o direito brasileiro, mas também vários códigos da modernidade, no que toca à construção de um modelo de responsabilidade civil. A esse respeito, José de Aguiar Dias⁵ salienta que, no Código Civil

⁴BENJAMIN, Antônio H. V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 44.

⁵DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 27-28.

francês, tem a legislação moderna o seu modelo e inspiração. Antes, porém, que surgisse esse monumento jurídico, o direito francês já exercia sensível influência nos ordenamentos jurídicos de outros povos. Recorda o civilista que o Código Civil francês foi aperfeiçoando, a pouco e pouco, as idéias românicas, até estabelecer nitidamente um princípio geral de responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória.

A responsabilidade civil consiste, consoante entendimento de Caio Mário da Silva Pereira⁶, na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Assim, tanto a reparação quanto o sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil. Esta, então, se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Para a maioria dos nossos doutrinadores, hoje já libertos daquela fixação inicial no cerne de uma das correntes teóricas mais festejadas, não importa se o fundamento é a culpa ou se independe desta. Importa, sim, a constatação da existência de um fato danoso e a subordinação de um sujeito passivo ao dever de ressarcir. Aí, sim, estará consolidada a responsabilidade civil.

Mas, no direito positivo brasileiro, os novos ventos encontraram forte resistência. O revogado Código Civil, timidamente, inseriu, em alguns artigos, disposições cuja exegese apontava para uma aproximação com a doutrina do risco. Os arts. 1.519, 1.520, parágrafo único, 1.528 e 1.529 denotavam forte tendência objetiva. Na legislação especial, até chegarmos ao CDC, surgiram várias disposições consagradoras da responsabilidade objetiva. Só a título de referência, pode-se citar a legislação que trata de acidentes do trabalho, das aeronaves, dos automóveis, das minas e das estradas de ferro, além da que trata de acidentes causados por eletricidade.

Alvino Lima⁷ ressalta, quanto às várias fórmulas tentadas na busca de soluções para os problemas atinentes à responsabilidade civil, que vários foram os processos técnicos postos em jogo para atender à praticabilidade da responsabilidade. Dentre eles, cita os seguintes: a admissão da existência da culpa pela aplicação da teoria do abuso do direito e da culpa negativa; o reconhecimento de presunção de culpa; a aceitação da teoria do risco; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual. Ressalta o citado autor que o homem moderno, mais diligente e consciente das suas responsabilidades, não pode aceitar a culpa em sua largueza demasiada ou somente ela como fundamento da responsabilidade.

⁶PEREIRA, Caio Mário da S. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 16.

⁷LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1998. p. 71.

O que se observa, ao longo do tempo e pelas bases doutrinárias e legislativas trazidas até nós, é que o abalo na teoria da culpa proporcionou verdadeira revolução nos conceitos jurídicos de responsabilização civil. Houve, então, o surgimento e aceitação gradual da teoria do risco, para desaguar na teoria objetiva, hoje considerada a mais prática, a mais equânime e a mais adequada ao advento do terceiro milênio. A esse respeito, observa José de Aguiar Dias⁸, citando o francês Marton: “Os precursores da doutrina do risco foram alguns partidários da escola do direito natural no século XVIII, em particular Thomasius e Heineccius, que sustentavam a opinião de que o autor de um dano deve ser responsabilizado independentemente da existência de culpa de sua parte”.

Mas, para a maioria dos doutrinadores, entre eles Sílvio Luís Ferreira da Rocha⁹, foram os franceses que sistematizaram a teoria objetiva, destacando-se ali as idéias de Saleilles e Josserand. Deu-se, a princípio, a interpretação objetiva da palavra *faute* (Código Civil francês, art. 1382), para, em seguida, entender-se que a responsabilidade decorre de nossos próprios atos, desde que se configure a existência de um dano injusto. Como já salientado, o Código Civil brasileiro anterior adotou, em quase sua totalidade, a teoria subjetiva, especialmente em seus arts. 159 e 1.545. Com isso, incumbia à vítima provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente, a fim de postular e obter a reparação do dano. No Código atual, esses dispositivos foram substituídos pelos arts. 186, 927, *caput*, e 951, dos quais nos ocuparemos em seguida.

Para Sílvio Rodrigues¹⁰, quando emitimos conceitos sobre responsabilidade objetiva e subjetiva, não podemos vislumbrar espécies diferentes de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. A fere-se, de todos os estudos sobre o tema, que subjetiva é a responsabilidade inspirada na idéia de culpa; é objetiva, quando esteeda na teoria do risco.

A teoria subjetiva, mesmo com toda a evolução das teorias da responsabilidade, ainda predomina no sistema civil brasileiro. Assim, mesmo com as inovações do Código de Defesa do Consumidor, ainda persistem, no atual Código Civil, vários dispositivos considerados ultrapassados.

O Código de 2002 direcionou-se para a responsabilização objetiva. Inspirado nos Códigos alemão e suíço, declara reparável o dano decorrente da

⁸DIAS, José Aguiar. Op. cit., p. 51.

⁹ROCHA, Sílvio Luís F. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, p. 17.

¹⁰RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9-10. 4 v.

violação da lei, assim como o resultante de procedimentos contrários aos bons costumes e às relações sociais. O excesso no exercício de direitos que implique causação de danos, atingindo os interesses protegidos ou aviltando o princípio da boa-fé, enseja reparação.

Assim, já no parágrafo único do art. 927, com a expressão “independentemente da existência de culpa”, passou o Código Civil também a dotar o sistema de responsabilidade objetiva. Se, no art. 186, ainda prevaleceu o subjetivismo, com o parágrafo único acima citado, fundou-se o legislador na teoria do risco, objetivando essa responsabilidade. No art. 951 (que substituiu o antigo art. 1.545), trata da responsabilidade dos profissionais ligados à saúde (médicos, cirurgiões, farmacêuticos, dentistas, enfermeiros) que possam causar danos a pacientes, a exemplo de morte, lesão ou defeito físico. O atual Código deixou de nominar os profissionais, como fizera o Código revogado, mas a mudança foi salutar, dada a amplitude do campo profissional ligado à saúde.

O art. 618, *caput*, do Código Civil (que trata do construtor) cria presunção de culpa absoluta para vícios de solidez e segurança. Sobre a aplicação desse dispositivo, entende Carlos Roberto Gonçalves¹¹ que, tratando-se de empreiteiro profissional liberal, deverá haver prova de culpa para a responsabilização. Entretanto, o juiz, presentes os pressupostos, poderá inverter o ônus da prova, cabendo então ao fornecedor profissional liberal provar que não obrou com culpa, para exonerar-se da responsabilidade.

A responsabilidade do advogado não foi disciplinada, de forma clara, no Código Civil, exceto no que concerne ao mandato (art. 667) e, mais precisamente, às obrigações do mandatário. Assim, ao aceitar um mandato, o advogado assume com seu cliente (o mandante) obrigação de natureza contratual. Esse contrato é, sem sombra de dúvidas, bilateral, oneroso e comutativo. Difere do direito francês, onde a atuação do advogado constitui-se num *múnus público*. Com relação a terceiros, o advogado assume responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Entretanto, se o causídico tornou-se defensor do terceiro, ainda que contra a vontade deste, a responsabilidade profissional emerge da conduta e não do contrato.

Na atividade advocatícia, a exemplo de outros campos de atuação dos profissionais liberais, pode haver nitidamente um contrato, ainda que tácito. Apesar de grandes juristas pátrios entenderem que a responsabilidade do advogado é de natureza estritamente contratual, este ponto de vista está hoje superado pela incidência também da responsabilidade extracontratual, como veremos adiante.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 434.

Aceitando a causa (para a qual não está obrigado), deve o causídico portar-se de acordo com a ética da profissão. Como esta é de natureza liberal, tem ele uma série de prerrogativas, direitos e obrigações, que o irão conduzir ao longo do trabalho. O instrumento procuratório irá definir seu grau de atuação, obrigações e poderes. A partir da aceitação, terá o mandatário determinados deveres, como: acompanhar o processo, observar prazos, comparecer aos atos judiciais, orientar e ser orientado pelo mandante, coletar provas, recorrer, acordar. A responsabilidade do advogado como mandatário, estabelecida no Código Civil, diz respeito a honorários, prestação de contas e substabelecimento (com ou sem autorização).

O Código Civil Brasileiro, colocando a responsabilidade de vários profissionais liberais dentro dos atos ilícitos, nos estreitos limites dos dispositivos citados, demonstra a sua desatualização com os novos tempos. A doutrina tradicional sempre discutiu o caráter contratual dessa responsabilidade, procurando afastá-la da responsabilidade aquiliana. Mas, modernamente, entende-se que inexistente diferença ontológica entre os dois tipos de responsabilidade: a contratual e a extracontratual. Em qualquer situação, ocorrendo culpa, presume-se o dever de indenizar. Em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, haverá sempre um campo de conduta profissional a ser examinado e inerente à profissão, independentemente da existência do instrumento contratual.

5 Responsabilidade do profissional liberal no CDC

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), que entrou em vigor no início de 1991, é de uma enorme abrangência. Teve tanta repercussão no sistema contratual brasileiro, que demorará alguns anos para ser devidamente estudado e para ter delineada sua correta aplicação, principalmente pelos órgãos julgadores.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹², importante papel caberá, nesse particular, à jurisprudência, tendo em vista que muitos dispositivos do CDC são polêmicos e não poderão ter uma interpretação literal, sob pena de conduzir a situações absurdas e inaceitáveis. Conclui que uma interpretação lógica, sistemática e razoável de nossos juízes e tribunais poderá transformar os novos dispositivos que regem as relações de consumo num instrumento de efetiva proteção aos consumidores, sem dificultar ou impedir o nosso desenvolvimento econômico.

¹²GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 399.

Na lição de Genival Veloso de França¹³, a linguagem utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor nos leva a ver o paciente como o consumidor, para quem se presta um serviço; o médico como o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços e o ato médico como uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício. O referido autor aponta como a maior inovação do CDC a que está no art. 6.º, VIII: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”. Assim, se um paciente alega erro médico, a responsabilidade da prova para defender-se é do profissional, por considerar-se difícil o usuário pré-constituir prova sobre seus direitos. Até porque, no momento da relação, ele está em sua boa-fé.

O sistema de responsabilidade civil objetiva que cuida dos danos causados aos consumidores, na conformidade do que foi adotado pelo legislador brasileiro, seguiu os passos de modernas legislações de consumo, a exemplo do que se verifica nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Áustria, na Itália, na Alemanha e em Portugal. Entre nós, a responsabilidade profissional ainda tem como referência a análise da culpa individual, com o ônus da prova a cargo do ofendido. Entretanto, vários casos onde se pode presumir a culpa desses profissionais já apontam para uma nova jurisprudência, na qual há inversão desse entendimento. É o exemplo das cirurgias plásticas estéticas – cosmetológicas ou de embelezamento – tratamentos odontológicos, exames de laboratórios, *check-up* etc.

Presume-se, também, a culpa de hospitais e clínicas, quanto aos atos de seus prepostos. A anestesia, que nem era especialidade autônoma, assume hoje contornos específicos, dada a especialização que se exige do profissional. Portanto, o anestesista deve responder objetivamente, caso não seja alcançado o resultado esperado da aplicação do anestésico. Nos bancos de sangue e de sêmen, já se estabeleceu com segurança que a culpa é objetiva. Isso decorre da especialização do serviço e da grande possibilidade de risco que correm as pessoas que dele se utilizam.

O Código de Defesa do Consumidor não seguiu corrente diversa do Código Civil de 1916, estabelecendo, no § 4º do art. 14, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Porém, ao explicitar, no art. 6º, os direitos básicos do consumidor, demonstra justificável preocupação com os seguintes aspectos: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no forneci-

¹³FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundação Editorial BYK, 1994. p.109.

mento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos para proteção e reparação desses danos; a inversão do ônus da prova em favor do consumidor e a adequada e eficaz proteção dos serviços públicos em geral, entre outros aspectos.

Além da previsão constitucional para a indenização, a própria lei estabeleceu a reparabilidade de danos morais decorrentes do sofrimento, da dor, das perturbações emocionais e psíquicas, do constrangimento, da angústia, do desconforto espiritual, provocados por serviço fornecido de forma defeituosa ou inadequada. O art. 8º do CDC dispõe que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição. A inversão do ônus da prova, no que concerne à presunção de culpa, está prevista nos arts. 6º, VIII, 14, 38 e 55 do CDC, nos quais se pressupõe a presença da materialidade do dano.

No *caput* do art. 14, o CDC determina que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Como se vê, acolheu, de forma bem clara, os postulados da responsabilidade objetiva, relativamente aos fornecedores. Tal evolução passou a permitir às vítimas o ressarcimento pelos danos provocados, sem que, para tal, fossem obrigadas a provar a culpa do responsável, o que, na maioria das vezes, obstava a obtenção do ressarcimento.

O Código de Defesa do Consumidor, quando trata do profissional liberal (art. 14, § 4º), determina a apuração da responsabilidade baseada na culpa. No entanto, se considerarmos a atuação de cada profissional como uma prestação ou fornecimento de serviço, verificaremos que a Lei de Consumo está recheada de disposições que situam devidamente os atos ou omissões do profissional em condições que possam ensejar responsabilidade e conseqüente reparação de danos.

O cliente ou paciente assume a posição de consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90. O profissional liberal, ou a pessoa jurídica que desempenha essas funções, coloca-se como fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3º. O § 2º do mesmo artigo não deixa dúvidas a respeito, pois apenas os serviços decorrentes de relação trabalhista estarão fora do CDC. Serviço é

definido como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração”. E o fornecedor, conceituado no caput do dispositivo, é gênero do qual o profissional é espécie.

Quando trata dos “direitos básicos do consumidor”, o CDC prevê informação adequada e clara sobre os serviços oferecidos, inclusive quanto aos “riscos” que possam apresentar. Destaque-se, além disso, a inovação importantíssima da inversão do ônus da prova no processo civil, no caso do consumidor hipossuficiente. A rigor, não há cogitação de culpa, pois, presentes os pressupostos da responsabilidade (o defeito, o dano e o nexo causal), dificilmente o responsável se eximirá da reparação, com base na prova de ausência de culpa.

A responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, como veremos adiante, exsurge cristalina do enunciado do art. 14, seja por defeito na prestação de serviços, seja por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. No art. 20, essa responsabilidade é complementada pela incidência dos vícios de qualidade decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem. Fornecedor não pode alegar ignorância sobre vícios do serviço, nem pode inserir cláusula contratual que o impossibilite ou o exonere da obrigação de indenizar.

Quando trata da oferta, o CDC é exigente sobre toda e qualquer informação ou publicidade que o prestador de serviços faça veicular para atrair consumidores dessa prestação. Se o advogado, p. ex., não prestar informações claras e precisas sobre o serviço que estará fornecendo a seu cliente e, em decorrência disso, causar dano, será passível de responsabilização. Na estipulação de honorários e acerto sobre pagamentos, deverá haver orçamento prévio com informações detalhadas. Se houver necessidade de cobrança, não pode o advogado expor o cliente/consumidor ao ridículo, nem submetê-lo a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Isso decorre da inteligência dos arts. 40 e 42 do CDC.

Outros dispositivos tocam de leve no assunto, principalmente envolvendo a prestação de serviços e aplicam-se, sem qualquer oposição, à atuação do profissional liberal. Mas, tratando das infrações penais, o CDC é taxativo: “fazer afirmação falsa ou enganosa, omitir informação relevante”; “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber prejudicial à sua segurança”; “utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral(...) contra o consumidor”. Em qualquer dessas hipóteses, ser-lhe-á aplicada pena de detenção, que varia de três meses a um ano. Ora, se há responsabilidade criminal para esse tipo de prestação de serviços, com mais razão requerer-se-á a reparação civil.

É através da inversão do ônus da prova, em determinadas situações, que se pode presumir o comportamento culposo do agente causador do dano. Cabe-

lhe, portanto, demonstrar, para eximir-se de responsabilidade, sua ausência no evento culposo. Assim, através da teoria objetiva, ou teoria do risco, que é adotada pelo CDC, ao invés de se exigir que o ato seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano e vínculo causal), a responsabilidade está jungida aos pressupostos “dano” e “autoria”, bastando a comprovação de um determinado evento e seu conseqüente prejuízo.

Outra matéria que gera certa polêmica diz respeito à ocorrência de evento danoso, quando o profissional liberal está vinculado a estabelecimento prestador de serviços profissionais. Em princípio, a entidade jurídica é responsável, restando-lhe a ação regressiva contra o profissional. O fornecedor de serviços só responderá efetivamente pelo dano se cometer acidente de consumo. Para o Código de Defesa do Consumidor, trata-se de elemento gerador da responsabilidade civil e tem origem num defeito ou vício no produto ou no serviço. No que concerne ao fato do serviço, pode-se afirmar, com a maioria dos estudiosos, que a responsabilidade daí decorrente está inserida num sistema único de defesa do consumidor e que as normas jurídicas aí insculpidas não apresentam diferenças essenciais entre o fato do produto e o fato do serviço.

Como já dissemos, o art. 14 do CDC é a norma orientadora desse sistema de responsabilidade do fornecedor de serviços, objetivamente integrado com os diversos dispositivos do Código que tratam da matéria. Para Tereza Ancona Lopez¹⁴, os fundamentos do art. 14 do CDC são: a desconformidade com uma expectativa legítima; o serviço defeituoso – isto é – a não-observância do binômio qualidade/segurança, o que provoca, inevitavelmente, acidentes. Para a citada autora, o defeito existe no modo de agir ou no resultado. Além disso, porque ultrapassou os riscos razoavelmente esperados (mínimo admitido) da realização desse serviço. Em razão de tais evidências, o serviço não oferece segurança.

Tereza Ancona Lopez¹⁵, nos seus lúcidos comentários sobre a responsabilidade profissional, levanta questionamentos acerca de qual teoria informa a responsabilidade do fornecedor pelo vício do serviço. Afirma que a doutrina não é pacífica sobre a matéria, mas, seguindo a orientação de diversos civilistas, entende que a responsabilidade por vício do produto ou do serviço é sem culpa. Adianta que, embora a expressão “sem culpa” não conste expressamente dos arts. 18 a 25 do CDC, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço somente é admissível em

¹⁴LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil: defesa do consumidor e serviços médicos. In: Documentos Básicos do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil. Blumenau: [s. n.], 1995. p. 220.

¹⁵LOPEZ, Teresa Ancona.. Op. cit., p. 221.

face da responsabilidade independentemente de culpa. E conclui que os arts. 23 e 25, em sua essência, procuram evitar que haja qualquer atenuação ao rigor da responsabilidade prevista no CDC.

Um profissional liberal não age somente nos estreitos limites de sua atuação profissional. Há determinadas situações nas quais pode ele ser também orientador, conselheiro, assessor, consultor, parecerista. Como técnico, tem o profissional o direito de sustentar a tese que entenda cabível, ainda que contrária à maioria dos especialistas na área ou às decisões dos seus pares. Porém, em toda profissão, há um campo que exige tirocínio, bom senso, cautela. É aí onde o profissional deve se portar com toda a diligência e cuidado, para prestar ou fornecer um serviço seguro e eficiente.

Há uma gama variada de serviços que o profissional liberal pode prestar ao público consumidor. Nesses casos, caracterizada a prestação do serviço, a responsabilidade do fornecedor com seus clientes deve ser apurada de forma objetiva, até presumindo-se a culpa, na conformidade do art. 6º, VIII, do CDC. Pode-se elencar uma série de casos nos quais o profissional pode revelar incompetência, despreparo para a função e ocasionar danos a seus clientes: perda de prazo; parecer alheio à doutrina e à jurisprudência; não utilização de técnicas recomendáveis, quando essenciais para a garantia e preservação desses serviços; recusa em ouvir as ponderações do cliente/consumidor, quando o caso apresenta-se de difícil solução; ausência de informações adequadas na realização do serviço; atuação contrária às instruções do seu cliente.

Comentando os efeitos do § 4º do art. 14 do CDC, Cláudia Marques¹⁶ salienta que as falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 do mesmo Código. Assim, a interpretação é no sentido de que, se há solidariedade e responsabilidade contratual, a apuração da falha do serviço profissional deve ser apurada sob o foco da responsabilidade objetiva, portanto, sem a prova da culpa. O art. 14 do CDC, como já foi reiterado, dispõe sobre a responsabilidade por danos causados aos consumidores, consagrando a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Este responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados em decorrência de serviços prestados de forma defeituosa.

Em seu § 4º, o aludido artigo prevê a responsabilidade dos profissionais liberais, tendo como pressuposto a verificação da culpa. Nossos doutrinadores, em sua maioria, ainda contaminados pelos resquícios do sistema tradicional de responsabilidade civil, assinalam que profissionais liberais, a

¹⁶MARQUES, Cláudia et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 249.

exemplo de médicos e advogados, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Acrescentam que a prova dessa culpabilidade deveria ser feita pelo prejudicado. Quanto aos serviços profissionais prestados por pessoas jurídicas, seja sociedade civil, seja associação profissional, há unanimidade na doutrina: a responsabilidade é objetiva.

A natureza da responsabilidade do profissional liberal já está firmada na doutrina e na jurisprudência como sendo de caráter contratual. Juristas do início do século passado entendiam não ser contratual essa responsabilidade. Entretanto, hoje, como foi visto no capítulo III, já se dissiparam as possíveis dúvidas que permeavam essa discussão, sobressaindo a responsabilidade contratual do profissional liberal.

Mesmo que o profissional liberal, por sua atuação fora da esfera contratual, cause danos a outrem, será responsabilizado como todos aqueles que cometem atos ilícitos, na esteira do que preceitua o Código Civil brasileiro. A obrigação de reparar o dano, seja em decorrência de contrato, ou fora dele, não nos parece que ostente muita diferença, quando o fator primordial for a reparação do prejuízo àquele que sofreu o dano. A prova da culpa (ato ilícito) ou a responsabilização independentemente da avaliação da culpa (objetiva) têm o objetivo de satisfazer o prejudicado. A simples diferença é que, no último caso, ao consumidor prejudicado sobressairiam a presunção de culpa, a inversão do ônus da prova e tantos outros benefícios que advieram com a Lei de Consumo.

O profissional liberal que presta serviços de natureza profissional terá sua responsabilidade examinada sob a ótica das disposições do CDC, seja quanto à inversão do ônus da prova, seja quanto à presunção de culpa. Basta ao indivíduo atingido pelo fato danoso produzir a prova do defeito, o dano e o nexo de causalidade. Se plausíveis as alegações do prejudicado, poderá o julgador do processo determinar a inversão do ônus probatório em favor do mais desprotegido, que é o consumidor.

Sobre o assunto, Paulo Lobo¹⁷ afirma que a tendência mundial da legislação protetiva do consumidor é a responsabilização extranegocial do fornecedor e, ademais, não culposa. Lamenta que o nosso Código de Defesa do Consumidor tenha inserido essa exceção em favor dos profissionais liberais, exigindo a verificação da culpa. Entende, todavia, que a interpretação da regra deve ser feita de tal maneira que se dê inteiro cumprimento ao

¹⁷ Artigo publicado na *Revista AJURIS*, Porto Alegre, p. 541-550, 1998, sob o título "Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova".

inc. V do art. 170 da CF, no que concerne ao princípio constitucional da proteção ao consumidor. Assim, deve-se dar interpretação mais favorável ao consumidor, principalmente quando se tratar da “natureza da culpa” e do “ônus da prova da culpa”.

A propósito da aplicação do CDC, os estudos sobre o conjunto de regras que protegem o consumidor, no tocante aos casos de responsabilidade civil, inclinam-se para a conclusão de que os profissionais liberais, beneficiados com a teoria da culpa “simples”, estão submetidos às demais regras do CDC, pois são partícipes de uma “relação de consumo”. Isto significa que lhes serão imputados os princípios fundamentais e os direitos básicos do consumidor, bem assim todas as regras referentes à proteção contratual, publicidade, cobrança de dívidas, sanções etc.

Todas as regras estabelecidas no sistema protetivo do consumidor e direcionadas para o fornecedor de serviços podem e devem ser aplicadas ao profissional liberal, por está inserido também nessa área de prestação de serviços. Ainda segundo o citado autor, para se produzir uma interpretação inteligente do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não se pode excluir o profissional liberal do sistema legal de proteção ao consumidor, porque assim o próprio Código o teria excluído. E como não o fez, nem o colocou sob a égide do regime comum do Código Civil, sujeito à responsabilidade subjetiva e culposa, deverá enquadrar-se nas disposições do CDC já mencionadas.

Quando o CDC fala em “verificação de culpa”, não se deve exigir tal providência do consumidor, só porque está a alegar defeito do serviço. Essa interpretação se chocaria com o princípio da inversão do ônus da prova e com todo o sistema de proteção desenhado pelo Código. A jurisprudência pátria, a princípio tímida, já deu sinais robustos de que seguirá essa linha de facilitação da defesa do consumidor, como já mencionamos e ainda veremos no decorrer deste trabalho.

Enfim, na avaliação da responsabilidade dos profissionais liberais, deve prevalecer o entendimento de que os desvios de conduta e as falhas na prestação de serviços devem ser punidos com rigor, tanto no plano ético como no jurídico. O objetivo é fazer com que sejam desestimuladas novas práticas lesivas e o aparecimento de maus profissionais. Quando se tratar de responsabilização de natureza civil, a fixação das indenizações deve atender à extensão total dos danos patrimoniais e morais sofridos pelas vítimas, impondo-se um ressarcimento justo e um sancionamento correto. No art. 951, como foi já dito, cuida a legislação civil da responsabilidade dos profissionais ligados à saúde, podendo o farmacêutico ser responsabilizado por ato próprio, ao lado dos médicos, cirurgiões e dentistas. Nesse caso, essa responsabilidade é de natureza contratual e somente se caracterizará provando-se que o profissional causou dano por imprudência, negligência ou imperícia.

Ora, se já havia a pretensão de se entender a posição do legislador como um avanço para responsabilizar objetivamente o farmacêutico no caso de falta de seu preposto, como se pretender, na atualidade, que somente estará presente essa responsabilidade em caso de comprovação de culpa? O farmacêutico não está, no caso, prestando ou fornecendo um serviço? Não há, caso esse serviço seja defeituoso ou eivado de vício, responsabilidade objetiva com presunção de culpa?

Quanto aos profissionais da odontologia, em muito assemelhados aos médicos em matéria de responsabilidade, na maioria das vezes, suas obrigações são de resultado. Na patologia das infecções dentárias, observa-se etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem prejuízo das relações que podem advir de desordens patológicas gerais. Conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas, e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar. Arnaldo Rizzardo¹⁸, analisando a responsabilidade dos cirurgiões-dentistas, conclui que é “acentuadamente objetiva”. Enfatiza que a profissão do odontólogo não está ligada a situações tão insondáveis e aleatórias como a do médico, revelando-se, pois, a obrigação pela essência do resultado.

Entendemos que a obrigação de resultado com relação ao dentista torna-se mais evidente quando se trata de colocação de ponte fixa, pivô, branqueamento dos dentes, implantação e feitura de canais. Nessas hipóteses, além da preocupação estética com os primeiros casos, há um compromisso do profissional da odontologia de “curar” o paciente. Não pode haver, na odontologia, processos aleatórios, dependências da sorte ou atitudes tais que impliquem instabilidade ou insegurança do odontólogo.

Se a enfermeira ou o auxiliar do dentista esquecem corpo estranho na boca do paciente, causa-lhe ferimento ou provoca a perda de um dente, claro está que serão devidamente responsabilizados, mesmo extracontratualmente. A nossa jurisprudência, nos casos de responsabilidade civil por danos decorrentes de cirurgias ortodônticas, extrações e próteses, tem se pautado por considerá-las obrigações de resultado, a exemplo do uso inadequado de técnicas cirúrgicas, da imperícia na aplicação medicamentosa, do dano estético e do dano decorrente da aplicação de anestésico.

A responsabilidade do advogado, que é em princípio disciplinar, pode também ser civil e até penal, dependendo da gravidade do fato. Além das sanções estabelecidas no Estatuto da OAB e no Código de Ética profissional, o advogado pode receber punições previstas no Código de Defesa do Consumidor, já que ele é caracterizado como um prestador ou fornecedor de serviços.

¹⁸RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 339.

Por fim, embora o CDC ressalve a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, devem ser empregados os demais princípios protetivos da legislação de consumo, objetivando-se essa responsabilidade. A tarefa dos aplicadores do direito será de suma importância para essa definição, levando-se em conta que os casos de responsabilidade profissional ainda não aparecem com frequência nos nossos tribunais, seja pela dificuldade que têm os clientes de enfrentá-los judicialmente, seja por desinformação ou inaplicabilidade dos postulados da Lei nº 8.078/90.

Acolhendo a lição de Roberto Senise Lisboa¹⁹, concluímos que, em se tratando de dano puramente patrimonial ou econômico, qualquer que seja o profissional liberal ou a natureza de sua atividade, a sua responsabilidade é, segundo a lei de proteção ao consumidor, objetiva. Assim, fica dispensada a prova da culpa.

6 Considerações finais

No estudo aqui apresentado, ousamos destacar algumas análises que, se não primam pela originalidade, têm, pelo menos, a intenção de oferecer modesta contribuição ao aprofundamento das teorias da responsabilidade civil. A evolução tecnológica proporcionou aos integrantes das inúmeras profissões liberais novos conhecimentos, possibilidades de excelente atualização e notória especialização. Impulsionou, assim, um novo entendimento de que essa prestação de serviços possa gerar obrigações de resultado e não de meio, como outrora se propalava. Os profissionais da atualidade dispõem de melhores condições técnicas para informar o consumidor e aquilatar as reais possibilidades de sucesso na empreitada.

O conceito arcaico de que profissional liberal exigia formação universitária sofreu alguns reveses. Atualmente, em qualquer situação, profissionais que agem de forma autônoma, sem vinculação a patrão ou empresa, com habilitação técnica e regulados por lei, tenham ou não curso superior, estão prestando ou fornecendo um serviço e, portanto, inseridos na conceituação moderna de profissão liberal.

A apuração da responsabilidade do profissional liberal pode ser analisada sob vários ângulos: civil, penal, disciplinar e ético. No campo civil, após as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, três dimensões podem ser vislumbradas: contratual, extracontratual ou mista. Mas o que importa é a constatação de que deve o profissional liberal portar-se com zelo e observância

¹⁹ LISBOA Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 289.

das regras éticas, técnicas e jurídicas que orientam sua profissão, para evitar o surgimento de danos e sua conseqüente reparação.

A princípio, eram admitidas apenas as responsabilidades contratual e extracontratual na reparação civil. Depois, percebeu-se, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que a adoção da responsabilidade objetiva eliminava a obrigação da vítima de provar a culpa do causador do dano. Porém, ainda restaram aspectos da responsabilidade subjetiva, a exemplo da exigência para os profissionais liberais, inserida no art. 14, § 4º, do CDC.

Na avaliação da responsabilidade profissional, sabe-se que não é fácil provar a culpa de um profissional liberal quando causou dano na prestação de um serviço, notadamente em algumas áreas, como a medicina, o direito e a engenharia. É patente a força das injunções corporativas, das difíceis culdades de ordem técnica e das pressões que o prejudicado terá de enfrentar para conseguir a reparação do dano. Mas, na nova sistemática das relações profissionais de consumo, mesmo com a existência do § 4º do art. 14 do CDC, há outras maneiras de se “objetivar” essa responsabilidade do profissional liberal.

Enfim, seja por força de contrato, seja no cometimento de ato ilícito, está o profissional liberal sujeito a um leque amplo de apuração da responsabilidade, longe das amarras da subjetivação. Está integrado num sistema que vai da inversão do ônus da prova à responsabilidade presumida. Entretanto, não seria justo isolar-se o profissional liberal do regramento que permite a exoneração da responsabilidade, prevista que está no próprio art. 14 do CDC e em alguns dispositivos do Código Civil, aplicáveis subsidiariamente e com as devidas cautelas.

7 Referências

BENJAMIN, Antônio H. Vasconcelos et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 6. ed. São Paulo: Fundação Editorial BYK, 1994.

GOMES, O., GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. Rio: Forense, 1990. 1 v e 2 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil: defesa do consumidor e serviços médicos. In: *Documentos Básicos do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil*. Blumenau: 1995.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. In: *Revista AJURIS*. Porto Alegre, v. 2, p. 541-550, 1998. Edição especial.

_____. *Responsabilidade por vício do produto e do serviço*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da S. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 4 v.

ROCHA, Silvio Luís. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SAVATIER, Jean. *La profession libérale: étude juridique et pratique*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1947.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: O NOVO PERFIL JURÍDICO-PUNITIVO DA LEI Nº 11.340/06

Ana Caroline Almeida Moreira

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

Quando se fala em violência contra a mulher, logo vêm à mente os históricos conflitos entre o homem e o sexo denominado frágil, provocados pelo machismo arraigado na sociedade e que traz reflexos até os dias atuais. É preciso considerar também a dinamização e evolução do mercado de trabalho, com a inclusão das mulheres a duras penas. Por fim, surgiu a revolução social protagonizada pela mulher atual como resposta ao preconceito que ainda insiste em minar o seu espaço. A violência contra a mulher possui raízes históricas. Em tempos não muito distantes, era considerada normal dentro de uma sociedade patriarcalista. Nesse contexto, os costumes e a educação preservavam o estereótipo de que o homem era agressivo e dominador por sua própria natureza, enquanto a mulher era frágil e submissa.

À guisa de ilustração, Rosseau, um dos filósofos da Revolução Francesa, considerava a família a mais antiga organização social. Nessa organização, os idosos teriam precedência sobre os jovens e os homens teriam naturalmente autoridade sobre as mulheres. Estava, assim, legitimada a discriminação contra as mulheres, bem como todas as formas de dominação, inclusive, a violência nas suas mais variadas formas. O *pater familias*, na Roma antiga, tinha o poder de vida e de morte sobre todos os membros de sua família, cabendo-lhe decidir o tempo de vida e a hora da morte das mulheres submetidas à sua chefia.

Entretanto, hodiernamente, a temática assume uma feição diversa e impostergável. Na retaguarda dessa problemática está a busca incansável pela defesa dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, indistintamente, a homens e mulheres. Assim, não mais se aceita a cultura milenar da dominação pela força, em que a mulher se resignava e se mantinha sempre submissa ao poder masculino, sem vez e sem voz.

A violência doméstica é uma realidade reconhecida pela Constituição Federal, ao estabelecer no § 8º do art. 226: “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”. A Lei nº 11.340, de 28 de março de 2006, vigente desde 22 de setembro do mesmo ano, enquadra-se na política pública de proteção a esse segmento social. Apesar das conquistas inegáveis, a mulher ainda se apresenta deveras hipossuficiente no cenário social. A busca da decantada isonomia material apregoada pelo movimento feminista, que nos últimos anos vem desenvolvendo ações afirmativas, a partir de alterações no ordenamento jurídico vigente, não passa de um ideal.

Com efeito, o novo Código Civil, em vigência desde janeiro de 2003, substituiu a palavra “homem” por “pessoa”, termo que abrange o homem e a mulher, ambos sujeitos de direitos e deveres na ordem civil. Homens e mulheres passaram a ter direitos iguais na sociedade conjugal, não se atribuindo mais a chefia da família ao marido; o poder familiar cabe igualmente ao homem e à mulher; a perda da virgindade pela mulher antes de contrair núpcias não é mais considerada causa de anulação do casamento. Por oportuno, ambos têm o direito de acrescentar ao seu nome o patronímico do cônjuge, como também o direito de requerer reciprocamente pensão alimentícia.

Nesse contexto de ações afirmativas, o assédio sexual foi reconhecido como crime pela legislação brasileira, por força da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001. Essa lei acrescentou ao Código Penal Brasileiro o artigo 216-A, estabelecendo a ilicitude do comportamento de quem constrange alguém para obter vantagem ou favor sexual, aproveitando-se de sua condição de superior hierárquico ou ascendência. Também de relevante importância no processo de erradicação à violência doméstica contra a mulher é a Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004. Essa lei acrescentou ao art. 129 do Código Penal os §§ 9º e 10. A lei prevê um tipo penal específico para a lesão praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação.

De igual forma, merece registro a Lei nº 11.106/05, que instituiu a mini-reforma do Código Penal, alterando a redação de vários tipos penais. O objetivo foi eliminar regras arcaicas que motivaram o Código Penal de 1940, mormente no que concerne à violência sexual, ao expurgar a expressão “mulher honesta” dos arts. 215 e 216. Com isso, retirou-se a conotação de que a mulher só podia ser vítima em tais casos se obedecesse a um padrão sexual de conduta aceito pelos homens. Revogou o crime de sedução, desconsiderando-se, com isso, a virgindade da mulher como *status* sexual legal.

A citada lei revogou, além disso, os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, os quais previam causas extintivas de punibilidade, nos crimes contra os costumes, quando da ocorrência de casamento do agente com a vítima ou o casamento da vítima com terceiro, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeresse o prosseguimento da ação penal em 60 (sessenta) dias. Todos esses dispositivos eram baseados exclusivamente na honra da família patriarcal, e não no princípio da igualdade e respeito à dignidade da mulher como pessoa. Essas regras significavam um empecilho à reparação do dano físico, psíquico e moral sofrido pela vítima real.

A Convenção Inter-Americana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como a Convenção de Belém do Pará, aprovada na Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos -

OEA, define a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”. Com base nos ditames da citada Convenção e no comando constitucional, por força do art. 5º, § 3º, da Carta Magna, surgiu, no ordenamento jurídico pátrio, a Lei nº 11.340/06, com o objetivo de eliminar a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Porém, a lei restringe-se ao âmbito da unidade familiar e a qualquer relação íntima de afeto presente ou finda. Essa relação é prevista no art. 5º, como o espaço de convívio permanente de parentes ou não e de pessoas esporadicamente agregadas, a comunidade formada por indivíduos unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, e a situação em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida.

Como se vê, o novo diploma legal tem seu enfoque voltado ao binômio violência/espaço privado da mulher. Isto porque, dentre todos os tipos de violência contra a mulher, a praticada no ambiente familiar é a mais comum e condenável. Além de atingir o ambiente que se presume acolhedor e seguro, constitui-se num ambiente propício a perigo contínuo envolto por relações pessoais, fazendo com que a vítima se sinta inibida a denunciar ou a se libertar do seu algoz.

Dessa forma, a Lei nº 11.340/06 veio preencher uma lacuna em nossa legislação, regulamentando a prevenção, a punição e a erradicação da violência doméstica contra a mulher. Com a promulgação da Lei nº 9.099/95, a quase totalidade das agressões praticadas contra as mulheres estava sob a competência do Juizado Especial Criminal e a incidência de institutos benéficos. Esses institutos em nada serviam para alijar a violência contra a mulher vitimada, mas apenas para satisfazer os ideais de maior acesso à justiça pelos cidadãos, a despenalização de condutas tidas de menor potencial ofensivo e a celeridade processual, características da moderna tendência da política criminal.

Como se sabe, ao ser proposta a multa em sede de transação penal no Juizado Especial Criminal, sequer é ouvido o relato das partes, em nome da agilidade processual. Assim, não raro, acaba acontecendo que o agressor aceita a multa proposta, sem entender bem o significado daquele mecanismo. Então, sai da audiência convicto de que a violência contra a mulher é institucionalizada, pois basta pagar a multa. Tal tratamento parecia motivar o Juizado Especial a se livrar do problema trazido, e não a resolver o conflito. O mais grave é que o conflito tendia a se repetir, tendo em vista que vítima e agressor dividiam o mesmo espaço físico.

Nesse sistema dos Juizados Especiais, abolido a partir do novo disciplinamento legal em análise, a vítima, que deveria ser amparada, após exercitar seu direito, saía frustrada com a forma banal com que era tratado o seu drama.

Dava-se a falsa idéia de que não se fez “justiça” e que a sina da vítima era aceitar a violência passivamente, pela falta da resposta estatal esperada. Foi nesse contexto que surgiram as inovações trazidas pela Lei n° 11.340/06. Ela reflete um marco histórico no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, nas suas mais variadas formas.

2 Competência material

A partir da vigência da Lei n° 11.340/06, em setembro de 2006, passou a competir à Justiça Comum Estadual processar e julgar os crimes praticados com violência doméstica contra a mulher. Futuramente, essa competência passará aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a serem criados pelos Estados ou pela União. Diferentemente dos Juizados Especiais Criminais, os novos Juizados não terão a sua competência fixada com base no *quantum* da pena (infrações com pena abstrata até dois anos).

A teor do disposto nos arts. 14 e 33 do referido diploma legal, a competência desses Juizados, quando forem estruturados, vai abranger as causas criminais e cíveis decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Entende-se essa violência como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito doméstico, familiar ou do relacionamento íntimo. Nesse caso, pode o agressor conviver no presente ou ter convivido com a ofendida. Excluem-se, logicamente, as competências especiais definidas na Constituição Federal, como é o caso dos crimes ocorridos em lugares sujeitos à administração militar, de competência exclusiva da Justiça Militar, assim como os crimes dolosos contra a vida, de competência exclusiva do Tribunal do Júri, em que ambas as fases (sumário de culpa e *judicium causae*) seguem o seu rito próprio.

Dessa forma, a competência é fixada não em razão da pena cominada ou do tipo penal, mas tendo em vista dois critérios peculiares: o sujeito passivo (vítima), que deve ser a mulher, e o âmbito em que a violência se consuma, que deve ser doméstico, familiar ou resultante do vínculo afetivo com o agressor. Ressalte-se que esse âmbito não se confunde com o local em que se dá o evento delituoso (ambiente privado ou público). A título de exemplo, o marido que aplica uma surra na esposa, seja em casa ou na rua, está praticando violência doméstica e será processado sob a égide da Lei n° 11.340/06. De igual forma, acontece com o ex-companheiro que, ao fim da união estável, ameaça a ex-mulher; com o patrão que estupra a empregada doméstica; com a amiga que agride a vítima com quem coabita, etc. Cumpre

frisar que, ao se reportar à mulher indistintamente como vítima passível da proteção legal, pela primeira vez, a legislação pátria reconheceu a união homossexual como realidade no atual cenário social. Deu, assim, um aceno de legitimidade a esse tipo de relação, que está longe de ser legitimada em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, o art. 2º prescreve que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Essa regra é ratifi cada em seu art. 5º, parágrafo único, quando estabelece que as relações pessoais independem de orientação sexual. Deixa, assim, uma brecha que certamente causará calorosos debates, ao reconhecer a relação homossexual como uma unidade doméstica capaz de produzir toda sorte de efeitos jurídicos. Discorrendo sobre o assunto, a Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vai mais além, quando atribui à lei o impulso que faltava para que a união homo-afetiva fosse considerada entidade familiar pelo nosso ordenamento jurídico:

O avanço é muito significativo, pondo um ponto final à discussão que entretém a doutrina e divide os tribunais. Sequer de sociedade de fato cabe continuar falando, subterfúgio que tem conotação nitidamente preconceituosa, pois nega o componente de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais (...).

No momento em que as uniões de pessoas do mesmo sexo estão sob a tutela da lei que visa a combater a violência doméstica, isso significa, inquestionavelmente, que são reconhecidas como uma família, estando sob a égide do Direito de Família. Não mais podem ser reconhecidas como sociedades de fato, sob pena de se estar negando vigência à lei federal.

3 Inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes de violência doméstica contra a mulher

É sabido que os Juizados Especiais Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099/95, surgiram a partir da idéia moderna de desburocratização e simplificação da justiça penal (direito penal mínimo). Tal idéia buscava a implantação de um processo criminal com mecanismos econômicos e despenalizadores como saída para desafogar o sistema carcerário e reduzir a morosidade no processamento de ilícitos penais considerados de menor potencial ofensivo. Acontece que os princípios norteadores dessa lei se distanciavam da sua finalidade prática quando se tratava de violência doméstica contra a mulher, considerada sob a forma de infrações penais de menor potencial ofensivo. A vítima, que deveria ter a sua paz individual e os seus bens jurídicos resguarda-

dos, não encontrava respaldo nesse modelo. Ao não se levar em conta a complexidade do ilícito e a sua repercussão, acaba-se por estimular uma violência cíclica.

De outra banda, não há dúvida de que a Constituição Federal atribuiu aos Juizados Especiais competência para processar e julgar os delitos de menor potencial ofensivo. Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei n° 11.340/06, tendo em vista que cabe à legislação infraconstitucional definir os crimes assim considerados. Isso foi feito inicialmente pela Lei n° 9.099/95, alterada pela Lei n° 10.259/01, e agora pela referida Lei n° 11.340/06, que excluiu deste rol os delitos de violência doméstica praticados contra a mulher. Dispõe o art. 41 da citada lei que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Com isso, não pode mais se adotar o rito especial e célere previsto na Lei n° 9.099/95 a qualquer dos crimes praticados com violência à mulher (ainda que a pena máxima seja igual ou inferior a dois anos). Por outro lado, não há mais espaço para os institutos despenalizadores previstos na citada lei, quais sejam: a transação penal, a composição civil dos danos nas hipóteses de ação penal privada ou pública condicionada, a exigência de representação nas lesões corporais leves ou culposas e a suspensão condicional do processo. Alguns juristas admitem que houve abandono do sistema consensual de justiça, sob o argumento de que neste sistema não se prima, em primeira instância, pela preservação do vínculo familiar, ressuscitando o sistema penal retributivo de outrora, que descarta o diálogo como recurso imediato para remediar os conflitos.

Ora, se o diálogo não acontece ou não surte efeito dentro de casa, será que a composição civil dos danos irá eliminar a dramática situação em que está imersa a mulher vitimada? Será que a transação penal, feita apenas entre o autor do fato e o Ministério Público, sem qualquer participação da vítima, rende ensejo ao consenso do casal? Será que satisfaz os anseios da vítima em ver punido exemplarmente o seu agressor e faz cessar a violência contumaz? O que dizer diante do arquivamento de 80% dos processos envolvendo violência doméstica devido à exigência de representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e culposas? Se há a possibilidade de reestruturação da unidade familiar, decerto que não será através dessas benesses legais.

A meu ver, nesse aspecto, a lei mais uma vez merece ser aplaudida. É uma hipocrisia se pensar que, porque houve a composição civil dos danos, a renúncia ao direito de representação, a transação penal ou a suspensão condicional do processo, o conflito foi resolvido. Além do viés preventivo e retributivo inerente a toda forma de sanção penal, esta se encontra associada a medidas

protetivas de urgência que procuram amparar antes de tudo a integridade física, mental e moral da mulher vitimada, titular imediata dos bens jurídicos violados. Ademais, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher contarão com uma equipe multidisciplinar que também atuará mediando o diálogo entre agressor e vítima.

A exigência de representação da vítima na lesão corporal 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 da Lei nº 11.340/06, passou a ser pública incondicionada, ou seja, não demanda mais a representação da vítima. *A contrario sensu*, o dispositivo citado se aplica tão-somente quando o ofendido for homem ou, em sendo mulher, o fato se dê fora do ambiente doméstico, nos termos da lei.

Certa está a lei ao derrogar esse dispositivo legal, eis que não passava de um grande ônus para a vítima de violência doméstica a decisão de representar ou não contra o seu agressor. Não se pode olvidar que este geralmente é o pai dos seus filhos, é a pessoa que a domina, é a pessoa a quem ama ou a quem uma dia amou, é a pessoa que provê materialmente a família. Tudo isso vem aliado a fatores outros, como a vergonha e o medo. Dessa forma, a alteração se justifica, haja vista que, em se tratando de violência doméstica, o interesse privado à intimidade da vítima não se sobrepuja ao interesse público, a justificar a necessidade de manifestação volitiva da vítima como condição para a persecução criminal.

Não há mais que se falar em termo circunstanciado de ocorrência. Diante de um caso concreto de violência doméstica contra a mulher, abre-se o inquérito policial independentemente da pena prevista para o crime perpetrado, seguindo-se a ação penal e o devido processo legal. De outro lado, não está mais vedada a prisão em flagrante do agressor, devendo a autoridade policial lavrar o respectivo auto. Em outras palavras, ocorrendo o flagrante de violência doméstica contra a mulher, as investigações não poderão ser paralisadas. Portanto, o agressor deve ser processado e punido, mesmo contra a vontade da vítima.

Outra particularidade trazida pela Lei nº 11.340/06, em seu art. 16, é no sentido de que, nos crimes sujeitos à ação penal pública condicionada à representação (ameaça, estupro, etc.), a vítima de violência doméstica somente poderá renunciar à representação perante o juiz e mediante manifestação ministerial, em audiência designada para tanto.

4 Outras alterações

Enquanto não forem criados os Juizados Especializados, as varas criminais deverão dar prioridade à tramitação das ações cíveis e criminais que envolvam violência doméstica ou familiar contra a mulher (parágrafo

único do art. 33). Esse direito de preferência deverá ser observado paralelamente a outros previstos em lei, como é o caso dos idosos (Lei n° 10.741/03). Com o advento da lei em análise, resta impossibilitada a aplicação de pena alternativa, na forma de prestação pecuniária. Dessa regra, infere-se que é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de fornecimento de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como substituição da pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17).

Convém salientar que não está de todo alijada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa. Mas isso só é possível, desde que esta se consubstancie nas outras modalidades enumeradas no art. 43 do Código Penal e desde que o crime não seja cometido mediante violência física ou grave ameaça (nos crimes contra a honra, p.ex., que são praticados mediante violência moral).

A Lei n° 11.340/06 modificou, também, a pena dos crimes de violência doméstica, alterando o § 9º do art. 129 do Código Penal. A pena máxima para o crime de lesão, em caso de violência doméstica, passou de 1 (um) ano para 3 (três) anos de detenção. Dessa maneira não é mais considerado crime de menor potencial ofensivo. Nesse aspecto, foi perspicaz o legislador. Muitos pensam que o aumento da pena denota tão-somente a rigidez da nova disciplina jurídica e a proclamada intolerância com a violência doméstica. O aumento da pena máxima para tal delito tem por objetivo primordial obstar a impunidade e a prescrição, como forma de compensar a tramitação mais lenta de feitos indistintamente sujeitos ao rito ordinário.

O art. 42 da Lei n° 11.340/06 acrescentou ao art. 313 do Código de Processo Penal outra hipótese de prisão preventiva, cabível nos casos de violência doméstica contra a mulher. Trata-se, muitas vezes, de medida assecuratória da execução das medidas protetivas de urgência previstas no art. 18 e ss. Tais medidas poderão ser decretadas de ofício e liminarmente pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, no prazo de 48 horas. Dentre as medidas de proteção à mulher vitimada, destaca-se a sua inclusão no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual ou municipal. Isso, de certa forma, evita que a ofendida, dependente economicamente do seu agressor, fique desassistida materialmente.

Paralelamente, poderão ser aplicadas medidas contra o agressor, tais como: afastamento do lar, proibição de frequentar certos locais, suspensão do porte de arma, suspensão de visitas aos dependentes menores, prestação de alimentos provisórios, restituição de bens subtraídos indevidamente, dentre outras. Os procedimentos que culminarão com a aplicação das medidas protetivas de urgência deverão ser autuados em apartado e tramitarão nas Varas

Criminais, enquanto não forem criados os Juizados. Essa providência é adotada, mesmo que algumas delas tenham base no direito de família, uma vez que acumulam competência criminal e cível nos casos de violência doméstica contra a mulher.

5 Considerações finais

A Lei nº 11.340/06, promulgada em 7 de agosto de 2006 e com vigência a partir de 22 de setembro do mesmo ano, criou mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal violência é tida como aquela praticada no âmbito doméstico ou familiar, ou quando há vínculo de intimidade com o agente.

A citada lei retira dos Juizados Especiais Criminais a competência para julgar os crimes de violência doméstica e familiar, estabelecendo a criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, a ser exercida pelas Varas Criminais enquanto não forem instituídos nos Estados. Proíbe a incidência da Lei nº 9.099/95 e, por conseguinte, a aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal, da composição civil dos danos e da suspensão condicional do processo, tornando os crimes de lesão corporal leve sujeitos à ação penal pública incondicionada.

Enfim, a nova dinâmica em torno da violência contra a mulher revestiu a causa de interesse público, engendrando uma nova concepção do sistema jurídico brasileiro. Este passa a reconhecer a violência doméstica contra as mulheres como crime de características próprias, cujos mecanismos jurídicos e institucionais específicos se apresentam mais consentâneos com o tão sonhado respeito e igualdade entre os sexos.





STO DE 1891